

BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

3 | 2020

September 2020

HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A

70174 Stuttgart

SCHRIFTLEITUNG

Notarassessor Anton Gordon,

Sindelfingen

ISSN-Nummer 1434-2979

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

ABHANDLUNGEN

Löschung jahrzehntealter Grundpfandrechte

von Professor Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz 144

Replik zu Späth-Weinreich, Das Sachagio bei der Gründung oder
Kapitalerhöhung einer GmbH, BWNotZ 2020, S. 98 ff

von Notar Dr. Peter Becker, Schwäbisch Gmünd 154

Duplik zu Becker – Zu den Gefahren und Risiken der Einbringung
eines Einzelunternehmens als Sachagio

von Dr. iur. Annette Späth-Weinreich,
Rechtsanwältin und Notarvertreterin, Stuttgart 155

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

OLG München (32. Zivilsenat), Beschluss vom 15.06.2020 – 32 Wx 140/20 Kost
Kostenrechnung für die Beurkundung eines Investment

und Shareholders' Agreements 160

FAMILIENRECHT

BGH (XII. Zivilsenat), Beschluss vom 13.05.2020 – XII ZB 427/19

Namensführung bei Volljährigenadoption – Gewährleistungen

des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts 168

LIEGENSCHAFTSRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 20.03.2020 – V ZR 317/18

Abgrenzung zwischen Grundstücksnießbrauch und

Benutzungsdienstbarkeit beim Wohnungseigentum 192

OLG Bremen (3. Zivilsenat), Beschluss vom 16.04.2020 – 3 W 9/20

mit Anmerkung Berchtold

Auftreten eines vollmachtlosen Vertreters für eine im Zeitpunkt

der Abgabe der Erklärung bereits verstorbene Person 199

OLG Schleswig (1. Zivilsenat), Urteil vom 21.02.2020 – 1 U 19/19

Bauträgervertrag: Unwirksamkeit einer Hinterlegungsklausel 213

Kunst & Auktionshaus Yves Siebers in Stuttgart

seit 2002

Alte & Moderne Kunst
Antiquitäten | Design
Gemälde | Skulpturen
Schmuck

Wir sind auf die Verwertung von ganzen Nachlässen, Sammlungen und hochwertiger Einzelstücke spezialisiert.

Seit knapp 20 Jahren versteigert das Auktionshaus Yves Siebers mit seinem 12-köpfigen Experten-Team erfolgreich Kunst und Antiquitäten aus dem Einzugsgebiet Baden-Württemberg.

Viele Notare, Nachlassverwalter, Rechtsanwälte sowie Privatpersonen nutzen unsere Kompetenz zur bestmöglichen Vermarktung des Inventars ihrer Auftraggeber.

Wir erstellen eine transparente Expertise für einen Nachlass zur Verteilung innerhalb der Erben und vermarkten die vakanten Gegenstände in unseren regelmäßigen Auktionen auf internationalem Niveau.

Schnelle und transparente Abwicklung garantiert.

Expertise / Logistik / Auktion alles aus einer Hand.

Ich würde mich freuen, auch für Sie tätig werden zu dürfen.



Yves Siebers,
von der Stadt Stuttgart
öffentlich bestellter und
vereidigter Auktionator



Adam Pynacker | "Italienisches Küstenstück mit Frachtenseglern"
Zuschlag: € 140.000,-



Barock-Schrank
Braunschweig | Mitte 18. Jh.
Zuschlag: € 18.500,-



Franz von Stuck
"Feinde ringsum"
um 1916
Zuschlag: € 28.000,-



Collier mit Ohrclips
"Fleur d'amour"
Juweliere Leicht | Pforzheim
Zuschlag: € 22.000,-

Yves Siebers

Auktionen

86. BAND

BWNotZ

AUSGABE 3|2020 INHALTSVERZEICHNIS

HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart

SCHRIFTFÜHRUNG

Notarassessor Anton Gordon, Sindelfingen

ISSN-Nummer 1434-2979

Erscheinungsweise: 6x pro Jahr

BESTELLUNGEN | ANZEIGEN

Geschäftsstelle des

Württembergischen Notarvereins e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart,

Tel. 0711 2237951, Fax 0711 2237956

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

Der Bezugspreis beträgt jährlich 50,- Euro einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt. Einzelhefte 8,- Euro einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

HERSTELLUNGErich Schretzmann Siebdruck GmbH
siebdruck-schretzmann.de.Huber Werbung, 73547 Lorch
www.huber-werbung-lorch.de**ABHANDLUNGEN**

Seite

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

Löschung jahrzehntealter Grundpfandrechte 144

von Notar Dr. Peter Becker, Schwäbisch Gmünd

Replik zu Späth-Weinreich, Das Sachagio bei der Gründung oder Kapitalerhöhung einer GmbH, BWNotZ 2020, S. 98 ff 154

von Dr. iur. Annette Späth-Weinreich,

Rechtsanwältin und Notarvertreterin, Stuttgart

Duplik zu Becker - Zu den Gefahren und Risiken der Einbringung eines Einzelunternehmens als Sachagio 155**RECHTSPRECHUNG****BERUFS- UND KOSTENRECHT**

LG Bremen (4. Zivilkammer), Beschluss vom 30.03.2020 - 4 T 212/19 158

OLG München (32. Zivilsenat), Beschluss vom 15.06.2020 - 32 Wx 140/20 Kost ... 160

ERBRECHT

OLG Hamm (5. Zivilsenat), Beschluss vom 16.03.2020 - I-5 W 19/20 162

OLG München (31. Zivilsenat), Beschluss vom 11.03.2020 - 31 Wx 10/20 164

OLG München (31. Zivilsenat), Beschluss vom 11.03.2020 - 31 Wx 74/20 166

FAMILIENRECHT

BGH (XII. Zivilsenat), Beschluss vom 13.05.2020 - XII ZB 427/19 168

OLG Hamm (4. Senat für Familiensachen),

Beschluss vom 23.01.2020 - II-4 UF 86/17 176

GESELLSCHAFTSRECHT

KG (22. Zivilsenat), Beschluss vom 24.04.2020 - 22 W 16/18 190

LIEGENSCHAFTSRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 20.03.2020 - V ZR 317/18 192

OLG Bremen (3. Zivilsenat), Beschluss vom 16.04.2020 - 3 W 9/20

mit Anmerkung Berchtold 199

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 31.03.2020 - 3 Wx 72/19 203

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 15.05.2020 - I-3 Wx 64/20 206

OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 15.06.2020 - 34 Wx 144/20 209

OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 08.06.2020 - 34 Wx 177/20 211

OLG Schleswig (1. Zivilsenat), Urteil vom 21.02.2020 - 1 U 19/19 213

BUCHBESPRECHUNGEN**1. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 16. Auflage**

(Besprechung von Professor Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz) 220

2. Beck'sches Formularbuch IT-Recht, 5. Auflage

(Besprechung von Notar Dr. Peter Becker, Schwäbisch Gmünd) 222

3. Gernhuber/ Coester-Waltjen, Familienrecht, 7. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M., Sindelfingen) 223

4. Beck'sches Handbuch der AG, 3. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M., Sindelfingen) 224

5. Vorsorgen mit Sorgenkindern, 2. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M., Sindelfingen) 225

6. Handbuch Scheidungsrecht 8. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M., Sindelfingen) 226

ABHANDLUNGEN

Löschung jahrzehntealter Grundpfandrechte

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

Die Aktualisierung von Grundbucheintragungen ist Sache des Rechtsinhabers bzw. des Grundstückseigentümers. Es kann deshalb vorkommen, dass jahrzehntealte Grundpfandrechte im Grundbuch noch eingetragen sind und der Wunsch nach einer Löschung der Grundbucheintragung besteht, insbesondere bei (lastenfreier) Veräußerung des Grundstücks. Dann können Schwierigkeiten auftauchen, weil oft der Grundpfandrechtsgläubiger seiner Person oder seinem Aufenthalt nach unbekannt ist. Die Beibringung von Löschungsunterlagen bereitet aufgrund des langen Zeitablaufs den Beteiligten Schwierigkeiten. Die verschiedenen Verfahren zur Löschung älterer Grundpfandrechte sollen dargestellt werden.

I. Löschung wegen Gegenstandslosigkeit

1. Gegenstandslosigkeit aus Rechtsgründen

Aus Rechtsgründen gegenstandslos ist eine Eintragung, sobald das eingetragene Recht (im weiten Sinne gemäß § 84 Abs. 3 GBO) „außerhalb des Grundbuchs“ materiell-rechtlich erloschen ist.¹ Der Grund des Erlöschens spielt keine Rolle; in Betracht kommt ein Erlöschen kraft Gesetzes, aufgrund Staatsakts oder aufgrund gesetzlicher Regelungen.

2. Erlöschensfiktion überholter dinglicher Rechte

Die im gesamten Bundesgebiet geltende Norm des § 5 GBBerG stellt die Fiktion auf, dass bestimmte dingliche Rechte mit Erreichen eines bestimmten Lebensalters des Berechtigten erlöschen. Dazu zählen auch Grundpfandrechte zugunsten natürlicher Personen, sofern die Rechte nicht vererblich und nicht übertragbar gestaltet wurden (§§ 399, 1153 BGB). Gleichgültig ob der Berechtigte zu diesem Zeitpunkt noch lebt oder nicht, das dingliche Recht erlischt und kann im Grundbuch – auf Antrag oder von Amts wegen – gelöscht werden. Mit dem Ablauf von

110 Jahren von dem Geburtstag des Berechtigten an erlischt das Recht, sofern nicht innerhalb von vier Wochen ab diesem Zeitpunkt eine Erklärung des Berechtigten beim Grundbuchamt eingegangen ist, dass er auf den Fortbestand seines Rechts bestehe. § 5 Abs. 1 Satz 1 GBBerG ist nur anwendbar, wenn sich aus dem Grundbuch oder den Grundakten das Geburtsdatum ergibt; ist dies nicht der Fall, so ist der Tag der Grundbucheintragung für den Beginn der 110-Jahres-Frist maßgeblich.

Nach § 5 Abs. 3 GBBerG kann das erloschene Grundpfandrecht vom Grundbuchamt von Amts wegen gelöscht werden. Antragsberechtigt ist jeder, der durch die Berichtigung (also durch die Löschung) eine Verbesserung (z. B. im Rang) erfährt, mithin also alle Inhaber nachrangiger beschränkter dinglicher Rechte am Grundstück. Es ist weder eine Berichtigungsbewilligung noch ein Unrichtigkeitsnachweis vorzulegen. Gemäß § 55 GBO ist der Berechtigte oder sein Rechtsnachfolger von der erfolgten Löschung zu benachrichtigen. Meist ist der Aufenthalt dieser Personen bzw. die Person des Rechtsnachfolgers nicht bekannt. Dem Grundbuchamt ist dann nicht zuzumuten, nur wegen der Nachricht über die Löschung eines bereits kraft Gesetzes erloschenen Rechts den Aufenthalt der genannten Personen zu ermitteln. Das Grundbuchamt ist auch nicht verpflichtet, die Rechtsinhaber von einer demnächst eintretenden Erlöschensfiktion zu benachrichtigen, damit diese eine Fortgeltungserklärung abgeben. Der Berechtigte hat sich selbst um den Erhalt seines Rechts zu sorgen.

3. Erlöschen wegen Nichtumstellung der Währung

Grundpfandrechte, deren Wert in Mark oder einer anderen seit dem Jahre 1924 nicht mehr geltenden inländischen Währung ausgedrückt war, unterlagen infolge des Währungsverfalls (Inflation) der Aufwertung.² Dies gilt für Guldenhypotheken, Talerhypotheken und alte Markhypotheken, die nicht nach dem AufwG aufgewertet wurden.

¹ Zum Lösungsverfahren Böhringer, Rpfleger 2019, 1.

² §§ 31, 63 AufwG (RGBl. 1925 I 117); Preuß. AufwG v. 28.12.1927 (Preuß. Gesetzessammlung Nr. 44 S. 215).

Zum 30.8.1924 wurde die alte Mark durch die Reichsmark ersetzt. Die erfolgte Aufwertung war bei dem aufgewerteten Recht zu vermerken. Wurde gemäß § 2 GBBerG 1930³ der Antrag zur Aufwertung des Grundpfandrechts beim Grundbuchamt nicht bis zum 31.3.1931 gestellt, erlosch das Grundpfandrecht, deren Geldbetrag in einer alten Währung (z. B. Thaler und Silbergroschen) angegeben ist und jetzt von Amts wegen gelöscht werden kann.⁴ Aus dem Wortlaut von § 2 GBBerG 1930 folgt, dass nach dem 31.3.1931 nur noch Grundpfandrechte in damals geltenden Währungseinheiten (Reichsmark oder Goldmark) im Grundbuch eingetragen sein sollten.

Unterlagen zur Löschung sind nicht vorzulegen, auch nicht der Grundpfandrechtsbrief, der mit Ablauf des 31.12.1931 nach § 8 Abs. 1 GBBerG 1930 kraftlos wurde. Obwohl das Grundbuchbereinigungsgesetz 1930 aufgehoben worden ist, ändert dies nichts am Erlöschen des dinglichen Rechts.⁵ Es dürfte auch nur noch reine Theorie sein, daß ein bis zum 31.3.1931 gestellter Aufwertungsantrag bis heute beim Grundbuchamt unerledigt blieb.⁶

Pfandrechte, die mit einer Forderung verknüpft worden waren, wurden am 1.1.1900 nach Art. 192 EGBGB in eine Buchhypothek übergeleitet. Im Gegensatz dazu steht die Grundsuld, welche nach Art. 195 EGBGB als Grundsuld am 1.1.1900 übergeleitet wurde und zwar als Briefrecht, wenn schon nach altem Recht ein Brief gebildet worden ist. Solche Uralt-Eintragungen haben ihre Bedeutung durch die Inflation und Währungsreform 1923 verloren und unterliegen den Regelungen des Grundbuchbereinigungsgesetzes 1930.

II. Löschung von besonderen Grundpfandrechten

1. Abgeltungshypotheken

Nach §§ 23, 36a GBMaßnG sind Abgeltungslasten in den alten Bundesländern mit dem Ende des Jahres 1964, in

den neuen Bundesländern mit dem Ende des Jahres 1995 erloschen. Die Forderungen aus Abgeltungsdarlehen konnten durch Hauszinssteuer-Abgeltungshypotheken an dem Grundstück gesichert werden, an dem die Abgeltungslast ruhte. Mit einem besonderen Lösungsverfahren beim Grundbuchamt nach §§ 24, 36a GBMaßnG können die in Vergessenheit geratenen Abgeltungshypotheken im Grundbuch zur Löschung gebracht werden.⁷

2. Umstellungsgrundschulden

Nach §§ 15, 16 GBMaßnG erloschen Umstellungsgrundschulden und können amtswegig gelöscht werden.⁸ Eine Löschung kommt nur dann nicht in Betracht, wenn der Übergang auf den Eigentümer eingetragen ist oder bis spätestens zum 31.12.1964 beantragt und nicht rechtskräftig zurückgewiesen worden ist.

3. Besondere Grundpfandrechte in den neuen Bundesländern

Eine Grundsuld kann als gegenstandslos gelöscht werden, wenn auf die mit der Grundsuld belasteten Grundstücke § 1 der Verordnung zur Sicherung von Vermögenswerten vom 17.7.1952 i. V. m. der in der ehem. DDR nicht veröffentlichten Dritten Anweisung v. 28.10.1952 zur Durchführung der Verordnung zur Sicherung von Vermögenswerten v. 17.7.1952 Anwendung gefunden hat.⁹

Schuldenregelungshypotheken können nicht nach § 84 GBO gelöscht werden; für sie gilt bis 31.12.2030 in den neuen Bundesländern § 113 Abs. 1 Nr. 6 Satz 3 Buchst. a GBV i. V. m. § 150 Abs. 5 Satz 1 GBO.¹⁰ Nach dem Gesetz über die Entschuldung der Klein- und Mittelbauern beim Eintritt in landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaften vom 17.2.1954¹¹ wurden Grundpfandrechte mit einem besonderen Lösungsvermerk¹² gelöscht. Der Lösungsvermerk kann gemäß § 113 Abs. 1 Nr. 6 GBV mit Löschungsbewilligung der Kreditanstalt für Wiederaufbau gelöscht werden.¹³

3 Grundbuchbereinigungsgesetz v. 18.7.1930 (RGBl. I 305). Das Gesetz ist spätestens mit dem Ablauf des 31.12.1968 außer Kraft getreten, weil es nicht in den Teil III des Bundesgesetzblattes aufgenommen worden ist; dazu auch *Schmidt-Räntsch* MittBayNot 1995, 250; OLG Naumburg NotBZ 2019, 73 = Rpfleger 2019, 192; *Richter/Böhringer*, Rpfleger 1995, 437; Gutachten DNotI Abruf-Nr. 11211.

4 Meikel/Böhringer, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2004, § 84 GBO Rn. B 21; Ausführlich zu Taler- und Gold-/Reichsmarkhypotheken *Böhringer*, RpfStud. 2018, 46; *ders.*, Rpfleger 1995, 139. Zum Erlöschen auch OLG Naumburg NotBZ 2019, 73 = Rpfleger 2019, 192.

5 OLG Naumburg NotBZ 2019, 73 = Rpfleger 2019, 192.

6 Zur Bereinigung ostdeutscher Grundbücher, insbesondere zur Löschung alter dinglicher Rechte an Grundstücken *Böhringer*, Rpfleger 1995, 51; *ders.*, Rpfleger 1995, 139; *Richter/Böhringer*, Rpfleger 1995, 437.

7 Ausführlich *Böhringer*, DtZ 1995, 432.

8 Dazu auch BayObLG Rpfleger 1963, 449; AG Bremen Rpfleger 1955, 322 und Rpfleger 1954, 114 sowie Rpfleger 1953, 160.

9 OLG Naumburg v. 15.12.1998, 11 Wx 20/98, juris = BeckRS 1998, 31356007.

10 *Böhringer*, NotBZ 2020, 81.

11 GBl. I Nr. 23 S. 224. Dazu *Kulaszewski*, NJ 1968, 593.

12 Wortlaut „Die unter lfd. Nr. ... verzeichneten Belastungen wurden aufgrund des Gesetzes vom 17.2.1954 über die Entschuldung der Klein- und Mittelbauern beim Eintritt in landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaften gelöscht.“

13 *Kulaszewski*, NJ 1968, 593; *Böhringer*, ZfIR 2017, 721; *ders.*, BWNotZ 1991, 131.

III. Aufgebot unbekannter Gläubiger

1. Unbekanntheit des Rechtsinhabers

Eine der Voraussetzungen des Aufgebotsverfahrens ist, dass entweder der Gläubiger selbst oder seine Erben unbekannt sind.¹⁴ Der Gläubiger eines Briefgrundpfandrechts ist im Sinne von §§ 1170, 1171 BGB auch dann unbekannt, wenn der für das Grundpfandrecht erteilte Brief unauffindbar und der Aufenthalt des letzten bekannten Inhabers unbekannt ist.¹⁵ Die bloße Unbestimmtheit des Aufenthaltsorts genügt nach h. M.¹⁶ nicht, wenn die Person des Gläubigers bekannt ist. In einem solchen Fall muss die Erhebung einer auf Grundbuchberichtigung gerichteten Klage durch öffentliche Zustellung (§§ 186 ff. ZPO) erfolgen und so die Löschung des Grundpfandrechts erreicht werden.¹⁷ Auch für ZGB-Hypotheken und Aufbaugrundschaften in den neuen Ländern sind die bundesgesetzlichen Vorschriften über das Aufgebotsverfahren entsprechend anwendbar.¹⁸

Strittig ist, ob bei lediglich unbekanntem Aufenthalt ein Aufgebot möglich ist.¹⁹ Ein Berechtigter ist unbekannt,²⁰ wenn er trotz nachweisbarer Bemühungen der Person nach unbekannt ist oder sein Gläubigerrecht nicht nachweisen kann.²¹ Unbekanntheit des Berechtigten liegt vor, wenn keine Kenntnis darüber besteht, wer Rechtsinhaber ist, sei es, weil mehrere Personen über ihre Berechtigung am Rechtsobjekt streiten (aber feststeht, dass eine von ihnen Rechtsinhaber ist), die Erben eines im Grundbuch eingetragenen Berechtigten nicht bekannt sind und deshalb auch keine Löschungsbewilligung abgeben können oder derzeit nicht festgestellt werden kann, wer überhaupt Rechtsinhaber ist oder geworden ist.

Kein Fall für ein Aufgebotsverfahren liegt vor, wenn bekannt ist, dass eine juristische Person beteiligt ist und

nur unbekannt bleibt, wer ihre Vertreter sind. Es kommt allein auf das Unbekanntsein des Rechtsinhabers und nicht des Vertreters an. Ggf. ist ein Nachtragsliquidator vom Gericht zu bestellen.

2. Sonderrecht in einigen Bundesländern

Strittig ist, ob bei lediglich unbekanntem Aufenthalt ein Aufgebot möglich ist.²² Mit § 6 Abs. 1a GBBerG schuf allerdings der Gesetzgeber (vor allem in den neuen Bundesländern) die Möglichkeit, Berechtigte unbekannten Aufenthalts im Wege des Aufgebotsverfahrens auch in den Fällen auszuschließen, in denen der eingetragene Berechtigte eben wegen dieser Eintragung zwar bekannt, aber nicht feststellbar ist, ob er noch lebt oder wo er seinen Aufenthalt hat.²³ § 6 Abs. 1a GBBerG sollte – über den Wortlaut hinaus – auch im originären Anwendungsbereich des § 1170 BGB auf Grundpfandrechte im Falle des unbekannten Aufenthalts des bekannten Gläubigers angewendet werden.²⁴ Die Sonderregelung kann nach § 6 Abs. 3 Satz 2 GBBerG auch im übrigen Bundesgebiet durch Rechtsverordnung der Landregierung in Kraft gesetzt werden, was für Bayern, Berlin (Westteil), Bremen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz geschehen ist.²⁵

Ein unbekannter Aufenthalt einer Person liegt vor, wenn sich jemand von seinem Wohnsitz oder, falls er einen solchen nicht hatte, von seinem Aufenthaltsort abgereist ist, ohne dass Nachricht über seinen neuen Aufenthaltsort vorliegt, insbesondere ohne polizeiliche Abmeldung verzogen ist. Unbekannten Aufenthalts ist auch, wer an seinem Wohnsitz verschwunden ist und Nachricht von seinem Verbleib trotz Nachforschungen nicht zu erlangen ist. Die Sonderregelung in § 6 Abs. 1a Satz 1 GBBerG erspart dem Grundstückseigentümer den vielleicht nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu führenden Todesnachweis des Berechtigten.

14 BGH DNotI-Report 2014, 6 = NJW 2014, 693 = Rpfleger 2014, 186; OLG Düsseldorf Rpfleger 2019, 203; OLG Düsseldorf ZEV 2019, 503; OLG München FGPrax 2017, 47; BayObLG MittBayNot 1998, 103.

15 BGH DNotZ 2014, 920 = Rpfleger 2014, 674; BGH DNotI-Report 2014, 6 = NJW 2014, 693 = Rpfleger 2014, 186; BGH DNotZ 2009, 544 = Rpfleger 2009, 325; BGH NotBZ 2004, 350 m. Anm. Krause; OLG München Rpfleger 2018, 380; OLG Schleswig Rpfleger 2011, 167.

16 Wenckstern, DNotZ 1993, 547.

17 Es sind hohe Anforderungen zu stellen, so BGH NJW 2012, 3582 = NJ 2013, 33 m. Anm. Klose: die begünstigte Partei ist gehalten, durch persönliche Nachfragen beim ehemaligen Arbeitgeber, beim letzten Vermieter oder bei Hausgenossen und Verwandten des Zustellungsadressaten den Aufenthalt zu ermitteln.

18 Anlage I Kapitel III Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 28a des Einigungsvertrages.

19 Ablehnend BGH NJW 2004, 664; LG Erfurt Rpfleger 1994, 310.

20 Zur Löschung von solchen Grundpfandrechten Böhringer, NJ 1994, 303.

21 LG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1232 zur Hypothek.

22 LG Erfurt Rpfleger 1994, 310.

23 Ebenso Bauer/Schaub/Maaß, GBO, 4. Aufl. 2018, § 6 Rn. 17, 19 GBBerG; Böhringer, NotBZ 2001, 197; Wehrstedt RNotZ 2001, 516.

24 Ebenso Bauer/Schaub/Maaß, GBO, 4. Aufl. 2018, § 6 Rn. 17, Böhringer, NotBZ 2001, 197 (202); Wehrstedt, RNotZ 2001, 516; Gutachten DNotI-Report 2007, 9, 37.

25 Bayern hat mit Verordnung v. 6.9.1994 (BayGVBl. S. 928) von der Ermächtigung Gebrauch gemacht; die ursprünglich nur befristete Geltung wurde aufgehoben (BayGVBl. 1995 S. 157 und BayGVBl. 1996, S. 577). § 6 GBBerG gilt auch in Berlin (West) durch Verordnung v. 27.2.1995 (GVBl. 1995 S. 65); dazu BGH NJW-RR 2010, 23; in Nordrhein-Westfalen, vgl. Verordnung v. 13.2.2001 (GV NWR 2001 S. 69); dazu Wehrstedt, RNotZ 2001, 516. Aufgrund Verordnung v. 10.10.2001 gilt diese Vorschrift auch in der Freien Hansestadt Bremen (GBI. 2001 S. 363), in Rheinland-Pfalz durch Verordnung v. 23.6.2003 (GVBl. 2003 S. 129 und GVBl. 2008, S. 257).

3. Verfahren und Wirkungen

Das Aufgebotsverfahren²⁶ erfolgt nach den §§ 447 ff. FamFG. Zu beachten sind die verschiedenen Fristen für die Grundbucheintragung und Nichtanerkennungshandlungen in § 1170 BGB (10 Jahre) und § 6 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 1a Satz 1 GBBerG (30 Jahre). Das Gericht, in dessen Bezirk das belastete Grundstück liegt, erlässt auf Antrag des Eigentümers das Aufgebot. Der Antragsteller hat die Voraussetzungen des Aufgebotsverfahrens glaubhaft zu machen (§ 449 FamFG). Das Aufgebot wird als Aufforderung an den Gläubiger mit der Bestimmung einer Frist öffentlich bekanntgemacht (Aufgebotsfrist von mindestens 6 Wochen, § 437 FamFG²⁷). Nach Ablauf der Frist ergeht der Ausschließungsbeschluss (§ 439 FamFG).

Mit Rechtskraft des Beschlusses treten die materiell-rechtlichen Wirkungen ein (§ 439 Abs. 2 FamFG). Bei BGB-Hypotheken erwirbt der Eigentümer die Hypothek. Zugleich wird der Hypothekenbrief kraftlos. Auf Antrag kann sich der Grundstückseigentümer einen neuen Brief erteilen lassen (§ 67 GBO). Die Forderung bleibt ungeachtet des Ausschließungsbeschlusses bestehen. Ist die Hypothek mit Rechten Dritter belastet (Nießbrauch, Pfandrecht), so ergreift die Wirkung des Ausschließungsbeschlusses auch deren Rechte.

Die Berichtigung des Grundbuchs hat der Eigentümer selbst zu veranlassen, nicht das Gericht. Mit Vorlage einer Ausfertigung/beglaubigten Abschrift²⁸ des Ausschließungsbeschlusses mit Rechtskraftvermerk kann die Umschreibung der Hypothek in ein Eigentümerrecht auf Antrag des Eigentümers (§§ 13, 137 Abs. 4 GBO) im Wege der Grundbuchberichtigung (§§ 22, 29 GBO) vorgenommen werden. Will der Grundstückseigentümer das Grundpfandrecht löschen lassen, muss er einen Antrag in der Form des § 29 GBO stellen (§§ 27, 30, 13, 137 Abs. 4 GBO). Für ZGB-Hypotheken und Aufbaugrundschulden in den neuen Bundesländern gilt die Besonderheit, dass diese Rechte nicht eigentümergehörig sind (Art. 233 § 6 EGBGB), ein Übergang auf den Grundstückseigentümer ist nicht möglich.²⁹

IV. Aufgebot eines Grundpfandrechtsbriefes

1. Aufgebot nach § 1162 BGB

§ 1162 BGB ermöglicht im Falle des Abhandenkommens oder der Vernichtung des Hypothekenbriefes das Aufgebot

des Grundpfandrechtsbriefes.³⁰ Das Aufgebotsverfahren kommt aber nicht in Betracht, wenn darüber hinaus unklar ist, wer Grundpfandgläubiger ist.³¹ Für das Aufgebotsverfahren gelten §§ 433 – 441, 466 – 479, 486 FamFG. Der rechtskräftige Ausschließungsbeschluss hat die Wirkung, dass der Brief kraftlos wird und sodann keinen (gutgläubigen) Erwerb mehr vermitteln kann. Gemäß § 67 GBO kann der Gläubiger sich vom Grundbuchamt einen neuen Brief erteilen lassen.

2. Verfahren nach § 26 GBMaßnG

Durch § 26 GBMaßnG wurde das Verfahren zur Kraftloserklärung eines Grundpfandrechtsbriefes vereinfacht. Die Vorschrift gilt für Grundpfandrechte, die vor Beginn des 2. Weltkriegs (1.9.1939) in das Grundbuch eingetragen worden sind. Ist ein Brief durch Kriegseinwirkung vernichtet worden oder abhandengekommen, so lässt § 26 GBMaßnG den Antrag auf Erteilung eines neuen Briefes oder auf Löschung des Grundpfandrechts genügen, ohne dass das Verfahren nach § 1162 BGB betrieben werden muss.

Gleiches gilt in den neuen Bundesländern, wenn im Zusammenhang mit besatzungsrechtlichen oder besatzungshoheitlichen Enteignungen von Banken oder Versicherungen der Brief (bis zur Gründung der DDR am 7.10.1949) vernichtet worden oder abhandengekommen ist und sein Verbleib seitdem nicht bekannt geworden ist. Hat der Gläubiger den Brief selbst vernichtet, liegt keine Kriegseinwirkung vor. Plünderungen, Vertreibungsmaßnahmen und dergleichen fallen unter § 26 GBMaßnG.

In den von § 26 GBMaßnG erfassten Fällen hat der Gläubiger beim Grundbuchamt entweder einen Antrag auf Erteilung eines neuen Hypothekenbriefes zu stellen (wenn über das Recht verfügt werden soll, mit Ausnahme der Löschung) oder aber das Feststellungsverfahren nach § 26 Abs. 2 GBMaßnG zu beantragen (bei Löschung des Rechts) oder bei Eintragung des Briefausschlusses.

Das Grundbuchamt hat von Amts wegen die erforderlichen Ermittlungen anzustellen (§§ 26 ff. FamFG). Es kann Zeugen anhören, andere Behörden um Auskunft bitten. Auch die Lebenserfahrung ist zu berücksichtigen. Das Grundbuchamt hat bei der Prüfung der Angaben des Antragstellers über den Verbleib des Briefes eine weite und großzügige Handhabung der Vorschrift des § 26 Abs. 3

²⁶ Einzelheiten Heinemann, NotBZ 2009, 300.

²⁷ In Baden-Württemberg beträgt die Aufgebotsfrist mindestens 3 Monate (§§ 24, 30 BWAGGVG).

²⁸ Ebenso Bauer/Schaub/Maaß, GBO, 4. Aufl. 2018, § 6 Rn. 21 GBBerG.

²⁹ Ebenso KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, § 6 Rn. 6 GBBerG.

³⁰ Zum Brief für eine Inhabergrundschuld KG Rpfleger 2019, 263.

³¹ KG BWNotZ 2019, 102.

GBMaßnG vorzunehmen. Wer zu streng ist, zwingt den Berechtigten zu einem Verfahren nach § 1162 BGB. Dies soll jedoch durch § 26 GBMaßnG gerade vermieden werden. Die Prüfung der Angaben hat sich in einem angemessenen Rahmen zu halten. Glaubhaftmachung der Angaben (§ 294 ZPO) genügt völlig; eidesstattliche Versicherung reicht als Beweismittel aus.

Ist das Grundbuchamt vom Vorliegen der Tatbestände des § 26 GBMaßnG überzeugt, hat es entweder einen neuen Brief zu erteilen oder durch Beschluss festzustellen, dass die Voraussetzungen für die Erteilung eines neuen Briefes vorliegen. Mit der Erteilung des neuen Briefes wird der bisherige Brief kraftlos. Soll die Hypothek gelöscht oder die Brieferteilung nachträglich ausgeschlossen werden, so wird mit der dem Feststellungsbeschluss nachfolgenden Eintragung der Löschung oder des Briefausschlusses der Brief kraftlos. Das Grundbuchamt kann (muss aber nicht) das Kraftloswerden des alten Briefes an bestimmter Stelle bekanntmachen.

3. Zwangsmaßnahmen anderer Staaten

Kann ein Grundpfandrechtsbrief nicht vorgelegt werden, weil ihn der Berechtigte infolge von Maßnahmen anderer Staaten (z. B. Enteignungsmaßnahmen), die im Bundesgebiet nicht wirksam sind, nicht mehr in Besitz hat, so bietet das „Gesetz über die Kraftloserklärung von Hypotheken-, Grundschild- und Rentenschuldbriefen in besonderen Fällen“ ein vereinfachtes Verfahren³², bei bestimmter Falllage eine Kraftloserklärung ohne Aufgebot. Dem Grundbuchamt ist ein Ausschlussbeschluss mit Rechtskraftzeugnis vorzulegen.

▶ V. Frühere Enteignungsmaßnahmen

In den neuen Bundesländern wurden nach dem 2. Weltkrieg Enteignungsmaßnahmen bei Banken und Versicherungen durchgeführt. Die Rechtsinhaberschaft an enteigneten Forderungen und Grundpfandrechten regelt Art. 231 § 10 EGBGB. Soweit bei eingetragenen Grundpfandrechten der Gläubiger nichtmehr bekannt ist oder nicht ermittelt werden kann, bestimmt Art. 231 § 10 EGBGB die treuhänderische Gläubigerschaft des Bundes. Den Nachweis der Berechtigung an einem Grundpfandrecht wird durch Bescheinigung der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) erbracht (Art. 231 § 10 Abs. 3 Satz 1

EGBGB).³³ Zusätzlich bestimmt § 113 Abs. 1 Nr. 6 GBV in den neuen Bundesländern umfangreiche Bewilligungsbefugnisse bei Rechtsinhaberschaft ehemals volkseigener Einrichtungen oder staatlicher Stellen (vgl. auch § 150 Abs. 5 Satz 1 GBO).³⁴

▶ VI. Ablöserecht in den neuen Bundesländern

1. Nur für geringwertige Grundpfandrechte

Gemäß § 10 GBBerG besteht (nur) in den neuen Bundesländern ein Ablöserecht für geringwertige Grundpfandrechte und Reallasten, die vor dem 1.7.1990 bestellt worden sind. Der Durchführung eines Aufgebotsverfahrens bedarf es nicht; es wird auch nicht vorausgesetzt, dass der Gläubiger unbekannt ist.³⁵ Abweichend von § 35 Abs. 3 und § 121 Abs. 1 Satz 2 GBO sowie § 18 Abs. 1 Satz 1 GBMaßnG wurde bei § 10 GBBerG eine Wertgrenze von 6 000 Euro³⁶ eingeführt. Ist der Umstellungsbetrag (§ 2 HypABlV, §§ 1 – 3 GBBerG) im Grundbuch noch nicht eingetragen, so ist von einem Umstellungsverhältnis von 1 Deutschen Mark zu 2 Reichsmark oder Umstellungsverhältnis von 1 Deutschen Mark zu 2 Mark der DDR auszugehen, 1 Deutsche Mark ist dann in Euro umzurechnen im Verhältnis 1,95583 DM zu 1 Euro.³⁷ Also erleichterte Löschung, wenn das in den Grundbüchern in den neuen Bundesländern eingetragene Grundpfandrecht keinen höheren Nennbetrag als 23 469,96 Reichsmark oder 23 469,96 Mark der DDR oder 23 469,69 Deutsche Mark der Deutschen Notenbank (MDN) hat.

2. Hinterlegung eines Geldbetrags

§ 10 GBBerG bietet die Möglichkeit, alte Grundpfandrechte durch eine Auswechslung der Sicherheit zum Erlöschen zu bringen; die dingliche Sicherheit am Grundstück wird durch einen hinterlegten Geldbetrag „ersetzt“.³⁸ Anstelle des dinglichen Anspruchs (§ 902 BGB) erhält der Gläubiger einen Anspruch auf Herausgabe der Hinterlegungsmasse. Das im Grundbuch ein-

³³ Ausführlich Eickmann/Böhringer, SachenRBerG, § 10 GBBerG Rn. 87 ff.

³⁴ Dazu Böhringer, NotBZ 2020, 81.

³⁵ KG Rpfleger 1996, 283; Krause, NotBZ 2004, 351.

³⁶ Umstellung auf Euro durch Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro v. 27.6.2000, BGBl. I 897, 907; Einzelheiten dazu Böhringer, Rpfleger 2000, 433.

³⁷ Ebenso AG Brandenburg BeckRS 2009, 14511.

³⁸ Ebenso KG Berlin NJ 2008, 412 = NotBZ 2008, 416 = Rpfleger 2008, 478.

³² BGBl. 1950 I 88, zuletzt geändert durch Gesetz v. 29.4.1960, BGBl. I 297.

getragene Grundpfandrecht bzw. die Reallast kann dann ohne ausdrückliche Bewilligung des Rechtsinhabers gelöscht werden.³⁹

Die Hinterlegungsstelle hat dem Eigentümer einen speziellen Hinterlegungsschein (Form: § 29 GBO) zu erteilen. Dieser muss folgende – wegen des Grundbuchverfahrens zwingende – Angaben enthalten: Angabe des Grundstückseigentümers als Hinterleger, Angabe der Art der Hinterlegung (Angabe der Rechtsnorm § 10 GBBerG), Angabe des Rücknahmeverzichts des Grundstückseigentümers, Angabe der Grundbuchstelle entsprechend § 28 GBO.⁴⁰ Nicht geklärt hat der Gesetzgeber die Frage, ob nach der Ablösung noch ein Aufgebotsverfahren⁴¹ nach §§ 1170 ff, 1112 BGB, § 6 Abs. 1a Satz 1 GBBerG beantragt werden kann; dies ist zu bejahen.⁴²

3. Wirkung der Hinterlegung

Die Ablösung (wirksame Hinterlegung nach § 10 GBBerG) führt zu einem Erlöschen⁴³ des Rechts und nicht etwa, wie z. B. der Verzicht nach § 1168 Abs. 1 BGB, zu einem Übergang auf den Eigentümer. Bei einer Gesamthypothek erlischt diese an allen Grundstücken. Die Fallgestaltungen der §§ 1172 – 1174 BGB entstehen nicht.

4. Grundbuchverfahren

Für die Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des Rechts gelten die §§ 13, 22, 29 GBO. Das Grundbuchamt prüft eigenverantwortlich das Vorliegen dieser Löschungsvoraussetzungen. Die Eintragung der Löschung ist deklaratorisch. Das Grundbuchamt hat zu prüfen, ob der Grenzwert mit 6.000,00 € in § 10 Abs. 1 GBBerG nicht überschritten wird, weil nur dann eine Löschung mit dem besonderen Hinterlegungsschein zulässig ist. Nicht zu prüfen hat das Grundbuchamt, ob ein Grundstückseigentümer bei dem Antrag auf Annahme von Geldhinterlegung ordnungsgemäß vertreten war (z. B. wer bei einer GbR den Antrag gestellt hat) und ob der Empfangsberechtigte des hinterlegten Betrags richtig bezeichnet worden ist.

39 KG Berlin NJ 2008, 412 = NotBZ 2008, 416 = Rpfleger 2008, 478. Ausführlich zum Ablöserecht *Böhringer*, ZfIR 2017, 721.

40 Ebenso *Salzig*, ZfIR 2008, 553, 562; *Böhringer*, BWNotZ 2007, 1, 2.

41 Zu Einzelheiten des Aufgebots *Heinemann*, NotBZ 2009, 300, 306.

42 Ebenso LG Erfurt, Beschl. v. 26. 5. 1995 – 2 T 38/95 (unveröff.), und Bauer/Schaub/Maaß, GBO, 4. Aufl. 2018, § 10 GBBerG Rz. 32; *Salzig*, ZfIR 2008, 553, 562. Ausführlich *Böhringer*, Rpfleger 2010, 193.

43 Ebenso KG Berlin NJ 2008, 412 = NotBZ 2008, 416 = Rpfleger 2008, 478; Gutachten DNotl-Report 1999, 95.

Zur Löschung des dinglichen Rechts ist dem Grundbuchamt ein Antrag des Eigentümers (§§ 13, 137 Abs. 4 GBO) und der Hinterlegungsschein (im Original oder beglaubigter Abschrift/beglaubigter Scann) vorzulegen. Nicht nötig ist die Zustimmung des Eigentümers gemäß § 27 Satz 2 GBO, die Zustimmung etwaiger Pfandgläubiger oder Nießbraucher am Grundpfandrecht gemäß §§ 875, 876 BGB, §§ 19, 27 BGB und auch nicht die Vorlage des Grundpfandrechtsbriefs bei Briefrechten (vgl. § 10 Abs. 4 Satz 1 GBBerG).

5. Kraftloswerden des Hypothekenbriefs

Bei einem Briefrecht wird der erteilte Brief kraftlos (ähnlich §§ 1170, 1171 BGB, vgl. § 10 Abs. 4 Satz 1 GBBerG). Es ist kein Aufgebotsverfahren nach § 1162 BGB und auch kein Feststellungsverfahren nach § 26 GBMAßnG notwendig. Der Brief bleibt kraftlos, selbst wenn er physisch vorhanden ist und auch vorgelegt werden könnte. Das Kraftloswerden des Briefes ist vom Grundbuchamt durch Aushang an bestimmten Stellen bzw. Veröffentlichung in bestimmten Zeitungen bekanntzumachen. Die Voreintragung der Euro-Währung, des Grundstückseigentümers oder Gläubigers ist nicht erforderlich.

VII. Pflegschaften

1. Abwesenheitspflegschaft gemäß § 1911 BGB

Möglich ist die Bestellung eines Pflegers nach § 1911 BGB, der mit Genehmigung des Betreuungsgerichts die Löschung des Grundpfandrechts bewilligen kann. Allerdings ist bei einer Pflegschaft zu berücksichtigen, daß diese nicht ausschließlich im Interesse eines Dritten (hier: des Grundstückseigentümers) angeordnet werden darf. Das Fürsorgebedürfnis wird allgemein so verstanden, dass die Pflegschaft in erster Linie nur im Interesse des Abwesenden anzuordnen ist, wobei sie daneben – jedoch nicht ausschließlich – auch einem Dritten dienlich sein kann.⁴⁴

Sind sowohl der ursprüngliche Grundpfandrechtsinhaber als auch dessen Erben bekannt, Letztere jedoch unbekannten Aufenthalts, kommt die Bestellung eines Abwesenheitspflegers gemäß § 1911 Abs. 2 BGB in Betracht oder es ist unmittelbar Klage auf Löschung mit öffentlicher Zustellung nach §§ 185 ff. ZPO zu erheben.

44 OLG Köln FamRZ 1996, 694; OLG Zweibrücken NJW-RR 1987, 584; BayObLGZ 1952, 129; LG Augsburg DNotZ 1968, 558.

Für unbekannte Erben ist kein Abwesenheitspfleger, sondern ein Nachlasspfleger zu bestellen, da die Bestellung eines Abwesenheitspflegers voraussetzt, dass bekannt ist, für welche Person der Abwesenheitspfleger bestellt wird.

2. Pflegschaft für unbekannte Beteiligte nach § 1913 BGB

Nicht praktisch dürfte eine Pflegschaft für unbekannte Beteiligte nach § 1913 BGB sein, weil bei dieser Personalpflegschaft ein gegenwärtiges Fürsorgebedürfnis vorliegen muss, das bejaht wird, wenn das Geschäft für den Unbekannten vorteilhaft ist und nicht ausschließlich im Interesse eines Dritten liegt.

3. Nachlasspflegschaft gemäß § 1960 BGB

Ist die Person des Erben unbekannt oder die Annahme der Erbschaft ungewiss, kommt eine Nachlasspflegschaft⁴⁵ nach §§ 1960 ff. BGB oder eine Pflegschaft für unbekannte Beteiligte nach § 1913 BGB in Betracht. Erforderlich ist das Fürsorgebedürfnis, das fehlen dürfte.⁴⁶ Die Anordnung einer Nachlasspflegschaft setzt auch voraus, dass wenigstens der maßgebliche Erblasser bekannt ist.⁴⁷

► VIII. Formelle Löschungserleichterungen

1. Keine Form des § 29 GBO für Lösungsunterlagen

Eintragungsgrundlagen bedürfen grundsätzlich der Form des § 29 GBO. Dies gilt für die verfahrensrechtlichen Erklärungen⁴⁸ des Grundpfandrechtsgläubigers, des Eigentümers und der Dritten gemäß § 876 BGB (Pfandgläubiger/Nießbraucher). Für den Nachweis der Erbfolge bei Gläubiger, Eigentümer und Dritten ist im Anwendungsbereich des § 18 GBMaßnG weder ein Erbschein noch der Ersatznachweis des § 35 Abs. 2 GBO erforderlich. Der Antragsteller kann auch zur Versicherung an Eides statt zugelassen werden. Bei der Löschung einer Schuldenregelungshypothek genügt für die Zustimmungserklärung des Eigentümers (§ 27 GBO) die Schriftform.

§§ 18 und 36 a GBMaßnG schaffen allerdings für geringwertige Grundpfandrechte Erleichterungen von der Formpflicht des § 29 GBO. Zu beachten ist aber, dass § 18 Abs. 1 GBMaßnG wohl keine Befreiung vom Erfordernis der Bewilligung⁴⁹ des betroffenen Rechtsinhabers und von der Pflicht zur Vorlage des Hypotheken-/Grundschuldbriefs gemäß § 41 GBO enthält, was bei Bagatellfällen wegen etwaiger langwieriger Suchaktionen misslich sein kann.⁵⁰ Die großzügige Anwendung der Vorschrift vom LG Köln⁵¹ wurde – zum Bedauern der Praxis⁵² – vom BayObLG⁵³ verworfen.

Die Form des § 29 GBO ist im Anwendungsbereich des § 18 GBMaßnG nicht einzuhalten für die Löschungsbewilligung des Gläubigers nach § 19 GBO (der Gläubiger ist stets zu ermitteln, soweit nicht in den neuen Bundesländern bei bestimmter Falllage die Kreditanstalt für Wiederaufbau nach § 11b Abs. 2 VermG als gesetzlicher Vertreter auftritt) und für die Zustimmungserklärung des Grundstückseigentümers (§ 27 GBO) sowie für den Nachweis der Erbfolge beim Gläubiger bzw. Eigentümer (es genügt Privattestament mit Eröffnungsprotokoll des Nachlassgerichts oder bei gesetzlicher Erbfolge eidesstattliche Versicherung der Erben).

2. Geltung nur für geringwertige umgestellte Grundpfandrechte

Hypotheken und Grundschulden mit einem umgerechneten Nennbetrag von nicht mehr als 3 000 Euro können ohne Einhaltung der Form des § 29 GBO gelöscht werden.⁵⁴ Alle auf Goldmark, Reichsmark, Deutsche Mark der Deutschen Notenbank, Mark der DDR lautenden Hypotheken und Grundschulden können so formerleichtert gelöscht werden.⁵⁵

In den alten Bundesländern gilt § 18 GBMaßnG für Hypotheken und Grundschulden aus der Zeit vor der Währungsreform am 20.6.1948. Es gilt das Umstellungsver-

45 OLG Schleswig NotBZ 2014, 395.

46 Gutachten DNotI Abruf-Nr.162147; Gutachten DNotI-Report 2010,75. Dazu auch Krauß, notar 2015, 286.

47 OLG München DNotZ 2013, 146 = Rpfleger 2013, 324.

48 §§ 19, 22, 27 GBO gelten.

49 H. M., BayObLG MittBayNot 1998, 103; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 4239; Gutachten DNotI Abruf-Nr. 162147; a. A. für extensive Auslegung der Vorschrift LG Köln MittRhNotK 1982, 252; Wolf, MittRhNotK 1998, 424; Keim, MittBayNot 1985, 247.

50 So zutreffend Hugel/Otto, GBO, 4. Aufl. 2020, § 29 Rn. 22.

51 LG Köln MittRhNotK 1982, 252. Zustimmend Keim, MittBayNot 1985, 247.

52 Keim, MittBayNot 1985, 247; Wolf, MittBayNot 1998, 424.

53 BayObLG MittBayNot 1998, 103 = NJW-RR 1998, 522 = Rpfleger 1998, 157; ablehnend Wolf, MittBayNot 1998, 424.

54 § 18 Abs. 1, §§ 19, 20, 36a GBMaßnG; Böhringer, Rpfleger 2000, 433; ders., ZfIR 2000, 1012. Vgl. auch Art. 4 Abs. 2 der 9. DVO z. SchRG (RGBl. 1937 I 1305). Dazu BayObLG MittBayNot 1998, 103; Böhringer, Rpfleger 2000, 433. Zur Umstellung auf Euro-Grenzwerte Böhringer, ZfIR 2000, 1012; ders., Rpfleger 2000, 433, ders., BWNotZ 2003, 97.

55 Böhringer, ZfIR 2000, 1012 (Schaubild mit Umrechnungstabelle).

hältnis 10 RM zu 1 DM; unter die Formerleichterung fallen also alle auf Goldmark⁵⁶ und Reichsmark lautende Hypotheken und Grundschulden bis zur Rechnungsgröße 58 674,90 (3 000 Euro x 1,95583 x 10) der Denominationen RM/GM und der Rechnungsgröße 5 867,49 bei der Denomination DM.

Da in der sowjetischen Besatzungszone des Jahres 1948 keine Währungsreform mit Umrechnung der Reichsmark in Deutsche Mark stattgefunden hat, wurde die Reichsmark 1:1 auf die Mark der Deutschen Notenbank und später die Mark der DDR umgerechnet.⁵⁷ In den neuen Bundesländern gilt § 36a GBMaßnG und können gelöscht werden: alle auf Goldmark, Reichsmark, Deutsche Mark⁵⁸, Deutsche Mark der Deutschen Notenbank (MDN, seit 1.8.1964), Mark der Deutschen Notenbank (seit 1.1.1968), Mark der Deutschen Demokratischen Republik lautenden Hypotheken und Grundschulden bis zu der Rechnungsgröße 11 734,98 (3 000 x 1,95583 x 2⁵⁹); also erleichterte Löschung, wenn die Hypothek oder die Grundschuld keinen höheren Kapitalumfang als 11 734,98 RM oder 11 734,98 Mark der DDR hat.⁶⁰ Bei bereits auf die DM-Denomination umgestellten Rechten kommt die Löschungserleichterung nur bis zu einem Geldbetrag von 5 867,49 DM in Betracht.

IX. Besondere Bewilligungsbefugnis in den neuen Bundesländern

Bei beschränkten dinglichen Rechten alter öffentlicher Stellen besteht in den neuen Bundesländern eine Bewilligungsbefugnis von Dienststellen des Bundes u. a. nach § 113 Abs. 1 Nr. 6 GBV.⁶¹ Die Regelung gilt aber nicht für natürliche Personen als Gläubiger. Bei solchen Gläubigern ist die Anwendung von § 11c VermG denkbar.⁶² Zu

beachten ist auch die Regelung Art. 231 § 10 EGBGB zugunsten des Bundes.⁶³

X. Klage auf Erteilung einer Löschungsbewilligung

Sind sowohl der frühere Grundpfandrechtsinhaber als auch dessen Erben bekannt, bekannten Aufenthalts und mit grundbuchlichen Mitteln nachgewiesen, jedoch nicht willens, die Löschungsbewilligung zu erteilen, bleibt nur der Weg einer Leistungsklage auf Abgabe der Löschungsbewilligung; mit Rechtskraft des stattgebenden Urteils gilt die Löschungsbewilligung als abgegeben (§ 894 BGB).⁶⁴

XI. „Vergessene“ Rechte aufgelöster Gesellschaften

Im Rahmen der Liquidation einer Personenhandelsgesellschaft oder Kapitalgesellschaft wird manchmal vergessen oder übersehen, dass für die Gesellschaft ein beschränktes dingliches Recht/Vormerkung u. a. im Grundbuch eingetragen ist. Viele Jahre nach der Löschung des Berechtigten im Handelsregister wurde die Eintragung anlässlich der Veräußerung des belasteten Grundstücks wieder entdeckt und soll nunmehr gelöscht werden.

Rechtsfolge der Vollbeendigung einer Kapitalgesellschaft (nach Liquidation) ist, dass die Gesellschaft als Rechtssubjekt erlischt. Mit der Gesellschaft erlischt auch ihre Firma. Die Eintragung der Löschung einer Firma im Handelsregister hat aber nur rechtsbekundende, nicht jedoch rechtsgestaltende Wirkung. Die Firma erlischt demnach nicht mit der Löschung, sondern erst im Augenblick der tatsächlichen Beendigung der Liquidation.⁶⁵ Stellt sich nach der Löschung einer Firma im Handelsregister heraus, dass noch Gesellschaftsvermögen vorhanden oder ein Anspruch geltend zu machen ist, so ist die Liquidation nicht beendet, die Firma noch nicht erloschen; sie existiert in Wahrheit noch.⁶⁶ Dieser Grundsatz gilt nicht nur für

⁵⁶ Goldmark-Grundpfandrechte werden wie Reichsmarkgrundpfandrechte behandelt, vgl. § 1 Abs. 1 der Verordnung über wertbeständige v. 16.11.1940 (RGBl. I 1521).

⁵⁷ Ausführlich *Böhringer*, OV spezial 4/93 S. 1; *ders.*, BWNotZ 2003, 97. Zur Umstellung auch AG Brandenburg BeckRS 2009, 14511.

⁵⁸ Verordnung über die Währungsreform in der sowjetisch besetzten Zone Deutschlands v. 21.6.1948 (ZVOBl. 1948 Nr. 19 S. 220 und UmtauschAO v. 20.7.1948 (ZVOBl. 1948 Nr. 26 S. 295).

⁵⁹ Umstellung nach dem Staatsvertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik v. 18.5.1990 (BGBl. 1990 II 700) im Verhältnis 2 Mark zu 1 Deutsche Mark. Bei Rentenschulden und Reallasten (Erbbauszins), die regelmäßig zu leistende Geldschulden beinhalten, erfolgte eine Umstellung allerdings 1:1.

⁶⁰ Wegen anderer alter Basisangaben für den Kapitalumfang des Rechts vgl. §§ 1 - 3 GBBerG.

⁶¹ Gutachten DNotI Abruf/Nr. 1624 und 1636; LG Dresden DtZ 1996, 152 m. Anm. *Böhringer*.

⁶² LG Dresden DtZ 1996, 152 m. Anm. *Böhringer*.

⁶³ Vom 10.06.2005, BGBl. I 1589. Dazu *Rodenbach*, NJ 2005, 348; *Broschat*, ZOV 2005, 274; BGH NJ 2006, 409 m. zust. Anm. *Nawroth*. Zuständig ist der Entschädigungsfonds nach § 9 EntschG, der vom BARoV (seit 1.1.2006 umbenannt in Bundesamt für zentrale Dienste und offene Vermögensfragen) unter der Aufsicht des BMF verwaltet wird. Zur Erfüllung von Entschädigungsansprüchen Ruhe, NJ 2015, 279.

⁶⁴ So *Krauß*, notar 2015, 286.

⁶⁵ LG Hagen Rpfleger 2009, 312; *Leuering/Simon*, NJW-Spezial 2007, 27.

⁶⁶ BayObLG BB 1983, 82 = DB 1983, 170 = Rpfleger 1983, 73 = WM 1983, 353; OLG Düsseldorf DB 1994, 2609 = DNotZ 1995, 977 = NJW-RR 1995, 611 = Rpfleger 1995, 257. Dazu auch Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 84 Rn. 7.

Kapitalgesellschaften, sondern auch für Personenhandelsgesellschaften. Eine automatische Fortführung des Geschäftsführeramtes/Vorstandamtes bei Kapitalgesellschaften ist ausgeschlossen.⁶⁷

Besteht noch für die gelöschte Gesellschaft eine Buchposition (formale Rechtsposition) im Grundbuch, so bedarf es zur Beseitigung der Buchposition einer Nachtragsliquidation. Der Hauptfall einer Nachtragsliquidation ist zwar das nachträgliche Hervortreten unverteilter Vermögens der Gesellschaft. Daneben genügt aber auch bereits die Notwendigkeit irgendwelcher weiteren Abwicklungsmaßnahmen (vgl. z. B. §§ 273 Abs. 4 AktG), somit auch solcher, die ein verteilbares Vermögen gerade nicht voraussetzen. Es kann ferner etwa die Beseitigung formaler Rechtspositionen erforderlich sein, weil z. B. noch eine Grundbucheintragung zu löschen ist. Es genügt in solchen Fällen, dass Rechtsbeziehungen oder Tatsachen bekannt werden, die eine gesetzliche Vertretung der Gesellschaft verlangen.⁶⁸

Während bei einer OHG/KG die Vertretungsbefugnis der Liquidatoren weiter besteht, wenn Abwicklungsmaßnahmen notwendig werden, und es keiner gerichtlichen Bestellung eines Liquidators bedarf, ist dies bei einer Kapitalgesellschaft anders, hier ist die gerichtliche Bestellung eines Liquidators erforderlich. Aus dem Fortbestand der Liquidationsgesellschaft folgt indessen noch nicht, dass auch ihre Liquidatoren im Amt geblieben seien und deshalb eine Neubestellung in der Regel entfalle. Ist demnach eine GmbH im Handelsregister gelöscht worden, nachdem die Abwickler die Beendigung der Liquidation angezeigt hatten, und erweisen sich nachträglich weitere Abwicklungsmaßnahmen als notwendig, so lebt die Vertretungsbefugnis der früheren Abwickler nicht ohne weiteres wieder auf, sondern das Gericht hat in entsprechender Anwendung des § 273 Abs. 4 AktG auf Antrag die bisherigen oder andere Abwickler neu zu bestellen, wobei die Auswahl seinem pflichtgemäßen Ermessen unterliegt.⁶⁹ Dies ist ständige Rechtsprechung des BGH.⁷⁰

67 OLG Koblenz DB 2007, 1972 = RNotZ 2007, 290 = ZIP 2007, 2166 = GmbHR 2007, 1109.

68 OLG München DB 2008, 1311 = FGPrax 2008, 171 = MDR 2008, 817 = RNotZ 2008, 498 = ZIP 2009, 490; BayObLG BayObLGZ 1983, 130 = BB 1983, 1303 = DB 1983, 1648 = Rpfleger 1983, 404 = WM 1984, 159; BayObLG BayObLGZ 1955, 292 = DNotZ 1955, 638; OLG Stuttgart NJW-RR 1995, 805 = GmbHR 1995, 595 = Rpfleger 362. Vgl. auch BGHZ 105, 259 = DNotZ 1989, 387 = EWIR 1989, 83 m. Anm. Müller = NJW 1989, 220 = Rpfleger 1989, 68; Wachter/Ott, AktG, 2011, § 273 Rn. 10.

69 BGHZ 53, 264 = WM 1970, 520 = DNotZ 1970, 427 = Rpfleger 1970, 165; abweichend von RGZ 109, 387.

70 BGH DNotZ 1986, 158 = NJW 1985, 2479 = Rpfleger 1985, 302.

XII. Löschung nicht existenter Grundpfandrechte

1. Grundbuchunrichtigkeit bei inexistenter Person

Die Eintragung einer existenten Person gehört nach § 873 BGB zu den wesentlichen Voraussetzungen für die Entstehung eines beschränkten dinglichen Rechts an einem Grundstück. Bei Eintragung einer inexistenten Person fehlt es am Tatbestand einer wirksamen Verfügung. Wird für eine nicht existierende Person ein beschränktes dingliches Recht im Grundbuch eingetragen, so wird das Grundbuch unrichtig.⁷¹

2. Möglichkeiten der Grundbuchberichtigung

a. Löschung wegen Grundbuchunrichtigkeit/ Gegenstandslosigkeit

Die Berichtigung des Grundbuchs kann durchgeführt werden mit einem Verfahren nach § 22 GBO oder wegen Gegenstandslosigkeit des Rechts nach § 84 GBO. Vom Erfordernis des Urkundennachweises nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO kann beim Berichtigungsverfahren nach § 22 GBO abgesehen werden (freie Beweiswürdigung vorgelegter Beweismittel unter Einbeziehung allgemeiner Erfahrungssätze, z. B. Bescheinigung des Registergerichts oder Schriftverkehr). Der Antragsteller befindet sich in Beweisnot, weil die Beibringung von formgerechten Urkunden ihm unmöglich ist. Allgemein anerkannt ist, dass auch im Berichtigungsverfahren nach § 22 GBO Beweiserleichterungen gelten, wenn weder eine (freiwillig oder erzwungene) Berichtigungsbewilligung noch eine öffentliche Urkunde beigebracht werden können.⁷²

Im Verfahren nach § 87 Buchst. c GBO suspendiert der Feststellungsbeschluss von der Notwendigkeit des Urkundsbeweises. Voraussetzung der Löscharkeit der Eintragung ist nach § 84 Abs. 2 GBO, dass das gebuchte Recht gar nicht entstanden ist und auch nicht mehr entstehen kann.⁷³ Wenn beide Voraussetzungen zweifelsfrei festgestellt sind, darf die Eintragung von Amts wegen gelöscht werden.

b. Ablöserecht in den neuen Bundesländern

In den neuen Ländern besteht bei vor dem 1.7.1990 bestellten Grundpfandrechten die Möglichkeit der Ablösung

71 Ausführlich zur Löschung eines Rechts wegen anfänglicher Nichtexistenz des Berechtigten Böhringer, NotBZ 2007, 189.

72 Vgl. BayObLG BayObLGZ 1991, 301 = DNotZ 1992, 157 = NJW-RR 1992, 228 = Rpfleger 1992, 19; Ertl, MittBayNot 1992, 11.

73 Eickmann, RpfStud. 1984, 1, 10.

nach § 10 GBBerG. Die Vorschrift bietet eine sofort wirkende Problemlösung, zumal es nicht selten um Hinterlegungssummen von wenigen Hundert Euro geht. Die Hinterlegungsstelle prüft nicht die Existenz des vermeintlichen Rechtsinhabers. Rechtsfolge der Hinterlegung ist das Erlöschen des Rechts; es entsteht kein Eigentümerrecht. Ein über das Recht ausgestellter Brief wird kraftlos.

3. Nichtanwendbare Rechtsinstitute

Das für eine inexistente Person eingetragene Recht ist keine Eintragung i. S. v. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO, die nach ihrem aus dem Grundbuch ersichtlichen Inhalt etwas Unzulässiges enthält.⁷⁴ Bei allen Aufgebotsverfahren wird vorausgesetzt, dass der Berechtigte einmal existiert hat, jetzt aber unbekannt oder unbekannten Aufenthalts ist.⁷⁵ Die Bestellung eines Pflegers nach §§ 1911, 1913 BGB ist kein Weg⁷⁶ zur Beseitigung der auf die inexistente Person lautenden Grundbucheintragung, denn bei allen Falllagen wird ein Rechtssubjekt vorausgesetzt, für das ein Fürsorgebedürfnis besteht.

⁷⁴ RGZ 88, 83; KG FGPrax 1997, 212 = NJW-RR 1998, 447.

⁷⁵ Böhringer, NotBZ 2005, 269, 274.

⁷⁶ Ebenso Dümig, ZfR 2005, 240; Böhringer, NotBZ 2005, 269, 274.

Replik zu Späth-Weinreich, Das Sachagio bei der Gründung oder Kapitalerhöhung einer GmbH, BWNotZ 2020, S. 98 ff.

Dr. Peter Becker, Notar in Schwäbisch Gmünd

Das Sachagio ist als Gestaltungsvariante in der notariellen Praxis kaum mehr wegzudenken. Es bildet eine aus verschiedenen Gründen interessante Alternative zur Sacheinlage im klassischen Sinne. Der Beitrag stellt daher zu Recht die Vorteile des Sachagios auf Seite 99 dar, ohne sich jedoch überhaupt auch mit den Gefahren bzw. Risiken des Sachagios auseinanderzusetzen. Diese sind v.a. bei der Einbringung eines Einzelunternehmens als Sachagio virulent.

Heidinger/Knaier¹ setzten sich mit diesen Risiken bereits ausführlich auseinander, so dass die nachstehenden Ausführungen nur als Hinweis auf diese verstanden sein wollen. Die Autoren weisen hier zu Recht auf die Gefahr der Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung der Gründer hin, wenn der Wert des Sachagios negativ ist. Bei der Kapitalerhöhung kommt eine Differenzhaftung in Frage. Werden bei einem Einzelunternehmen auch Verbindlichkeiten übernommen, kommt zudem eine verdeckte Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG) bzw. eine verbotene Einlagenrückgewähr (§ 19 Abs. 5 GmbHG) in Betracht. Dieses muss auch bei der Geschäftsführerversicherung berücksichtigt werden. Deshalb empfehlen die Autoren für die Einbringung eines Einzelunternehmens nach wie vor als sichersten Weg die offene Sacheinlage bzw. die Ausgliederung nach § 152 UmwG. Das Sachagio ist also hier keineswegs eine „Wunderwaffe“.

Wird hingegen kein Einzelunternehmen eingebracht, sondern Einzelgegenstände oder GmbH-Anteile, halte ich das Sachagio ebenfalls für einen eleganten Weg, insbesondere zur Vermeidung der Werthaltigkeitsprüfung. Für ein Aktiendepot könnte etwa (auszugsweise) formuliert werden:²

„Als (echtes, korporatives) Sachagio und **nicht** als Sacheinlage, d.h. ohne dass die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften für Sacheinlagen nach § 5 Abs. 4 GmbHG, Anwendung finden, hat der Übernehmer des Anteils mit der lfd. Nr. # (der Gesellschafterliste) als weitere Gegenleistung folgende Gegenstände im Wert von #,- Euro in die Gesellschaft – dinglich jedoch aufschiebend bedingt durch die Eintragung d. Gründung im Handelsregister und die Aufnahme einer entsprechenden Gesellschafterliste in den Registerordner des zuständigen Handelsregisters - einzubringen:

Die nachstehenden Aktien mit allen daraus folgenden Rechten und Pflichten: # zum Tageskurs. Hierzu wird der Übernehmer die Depotbank anweisen, die genannten Aktien auf das von der Gesellschaft bei der Depotbank eingerichtete Wertpapierdepot zu übertragen.

Das Sachagio wird in die Rücklage gemäß § 272 Abs. 2 Ziff. 1 HGB gebucht und **nicht** als sonstige Zuzahlung gemäß § 272 Abs. 2 Ziff. 4 HGB.

Wirtschaftlich erfolgt die Einbringung mit Wirkung zum #.

Eine Prüfung der Angemessenheit des Agios erfolgt durch den Notar nicht, insoweit handelt es sich um wirtschaftliche Fragen, die mit dem Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer im Vorfeld geklärt wurden.

¹ Heidinger/Knaier, Die verborgenen Risiken des Sachagios bei der Bargründung und der Barkapitalerhöhung, FS DNotI, 2018, S. 467 ff.

² Vgl. hierzu auch etwa BeckKOF/Giehl, 53. Ed., Stand: 01.12.2019, Nr. 7.8.2.1.5.1.

Duplik zu Becker – Zu den Gefahren und Risiken der Einbringung eines Einzelunternehmens als Sachagio*

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

Der Beitrag von *Becker* (Replik zu meinem Beitrag „Das Sachagio bei der Gründung oder Kapitalerhöhung einer GmbH“, BWNotZ 2020, S. 98 ff) weist zu Recht darauf hin, dass auch bei der Einbringung eines Einzelunternehmens im Wege eines Sachagios die allgemeinen Regelungen zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung beachtet werden müssen. Andernfalls drohen die Gefahren einer Vorbela-tungs- oder Verlustdeckungshaftung, sowie der verdeckten Sacheinlage oder verdeckten Einlagenrückgewähr.

Der Hinweis auf die besonders „virulenten Risiken bzw. Gefahren“ der Einbringung eines Einzelunternehmens als Sachagio (im Vergleich zur offenen Sacheinlage oder zur Ausgliederung) erscheint mir jedoch in erster Linie akademischer Natur, und zwar vor dem Hintergrund folgender Überlegungen:

1. Keine Einbringung oder Ausgliederung eines Einzelunternehmens mit negativem Wert

In der Praxis muss bei einer offenen Sacheinlage im Wege einer Sachgründung oder Sachkapitalerhöhung bzw. bei einer Ausgliederung zur Neugründung oder Aufnahme gegenüber dem Registergericht nachgewiesen werden, dass das Einzelunternehmen den Wert des dafür übernommenen Stammkapitals deckt. Ein Einzelunternehmen, das keinen positiven Wert hat, kann somit auch nicht wirksam in eine GmbH ausgegliedert werden bzw. als offene Sacheinlage eingebracht werden, da der hierfür erforderliche Werthaltigkeitsnachweis nicht erbracht werden kann.

Im Falle der Gestaltung eines Sachagios muss ein solcher Werthaltigkeitsnachweis nicht vorgelegt werden. Das bedeutet aber nicht, dass das Registergericht nicht prüft, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass das Stammkapital nicht ordnungsgemäß erbracht wurde. Um zu vermeiden, dass über die Einbringung eines Einzelunternehmens als Sachagio möglicherweise die Kapitalaufbringungsvorschriften des GmbHG verletzt werden, wird von vielen Registergerichten die im Beitrag genannte zusätzliche

Versicherung der Geschäftsführung gefordert, dass das Vermögen des als Aufgeld eingebrachten Einzelunternehmens größer ist als dessen Verbindlichkeiten.¹

Wenn eine solche Versicherung nicht wahrheitsgemäß abgegeben werden kann, darf die Einbringung des Einzelunternehmens als Sachagio nicht erfolgen und wird in der Konsequenz die GmbH-Gründung oder Kapitalerhöhung nicht im Handelsregister eingetragen. Auch wenn die genannte Versicherung im Einzelfall vom zuständigen Registergericht nicht gefordert werden sollte, da sie gesetzlich nicht normiert ist, würde die Einbringung eines Einzelunternehmens mit negativem Wert als Sachagio schon deshalb ausscheiden, weil jedenfalls die allgemeine Versicherung des Geschäftsführers zur freien Verfügbarkeit des eingezahlten Stammkapitals nicht richtig sein dürfte.

Im Ergebnis kann und darf ein Einzelunternehmen, das keinen positiven Wert hat, auch nicht im Wege eines Sachagios eingebracht werden.

Hier unterscheiden sich Ausgliederung, offene Sacheinlage und Sachagio also nicht: Die Einbringung oder Ausgliederung eines Einzelunternehmens scheidet in allen drei Varianten aufgrund der allgemeinen Grundsätze zur Kapitalaufbringung aus, wenn das eingebrachte oder ausgegliederte Einzelunternehmen einen negativen Wert hat.

2. Zu den aufgeworfenen Risiken und Gefahren

Wenn aber in der Praxis nur ein Einzelunternehmen mit positivem Wert als Sachagio eingebracht werden kann, scheinen die von *Becker* unter Verweis auf *Heidinger/Knaier*² aufgeworfenen Gefahren und Risiken überschaubar, wie folgt:

* in diesem Heft Seite 154

¹ siehe auch Abschnitt III. Ziff. 6 lit. a) meines Beitrags in BWNotZ 2020, S. 98 ff.

² *Heidinger/Knaier*, Die verborgenen Risiken des Sachagios bei der Bargründung und der Barkapitalerhöhung, FS DNotI, 2018, S. 467 ff.

a) Zur Vorbelastungshaftung/Differenzhaftung

Soweit sich durch Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft bei Eintragung ins Handelsregister eine Differenz zwischen Stammkapital und Wert des Gesellschaftsvermögens ergibt, haften die Gesellschafter, welche der vorzeitigen Geschäftsaufnahme zugestimmt haben, anteilig auf Ausgleich (Vorbelastungshaftung).³ Die Vorbelastungshaftung ist eine reine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft.⁴

In der Konstellation, dass – wie versichert – *das Vermögen des als Aufgeld eingebrachten Einzelunternehmens größer ist als dessen Verbindlichkeiten*, dürfte eine Vorbelastungshaftung ausscheiden, da es bei Eintragung ins Handelsregister keine Differenz zwischen Stammkapital und Wert des Gesellschaftsvermögens gibt.

Entsprechendes gilt im Falle einer Barkapitalerhöhung mit Sachagio (Differenzhaftung).

b) Zur Verlustdeckungshaftung

Bei Scheitern der Eintragung der Gesellschaft hat die Rechtsprechung als Äquivalent zur Vorbelastungshaftung eine Verlustdeckungshaftung entwickelt, die jedoch nur auf die Abdeckung offener Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft gerichtet ist und bei Eintragung in der Vorbelastungshaftung aufgeht.⁵ Auch die Verlustdeckungshaftung ist eine reine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft.⁶

Die Verlustdeckungshaftung dürfte zu keiner Haftungsverschärfung bei einem Einzelunternehmer führen, der sein Einzelunternehmen als Sachagio einbringt und ohnehin persönlich für die Verbindlichkeiten des Einzelunternehmens haftet. Da die Verlustdeckungshaftung gleichermaßen bei einer Sachgründung greift, ist auch kein höheres Haftungsrisiko im Vergleich zu einer offenen Sacheinlage erkennbar. Bei einer Ausgliederung ist die Weiterhaftung des Einzelunternehmers als Außenhaftung sogar ausdrücklich in § 156 UmwG geregelt.

3 GrdI. BGHZ 80, 129 (140 ff.) = NJW 1981, 1373 (1376); BGHZ 80, 183 ff. = NJW 1981, 1452; 105, 300 (302 ff.) = NJW 1989, 710; 134, 333 (338) = NJW 1997, 1507; heute ganz hM, OLG Karlsruhe NZG 2014, 622 (623); ausf. UHL/Ulmer/Habersack Rn. 98 ff.; Scholz/Schmidt Rn. 139 ff.; MHLS/Blath Rn. 143; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 42 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff Rn. 26 ff.; Roth/Altmeyen/Altmeyen Rn. 55 ff.; Lieb FS Zöllner, 1998, 347 ff.

4 BGH NZG 2006, 64.

5 Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 22. Auflage 2019, § 11 Rn. 62.

6 Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 22. Auflage 2019, § 11 Rn. 24.

c) Zur verdeckten Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG)

Das Risiko einer verdeckten Sacheinlage, die etwa gegeben ist, wenn die Kapitalaufbringung durch Verrechnung der Einlageforderung mit Gesellschafterforderungen erfolgt oder wenn der eigentlich der Gesellschaft zugedachte Gegenstand dieser alsbald entgeltlich zugeführt wird, und die dazu führt, dass die Bareinlagepflicht fortbesteht (§ 19 Abs. 4 GmbHG), ist bei der Gestaltung des Sachagios vergleichsweise gering, da die Charakterisierung des Gegenstands als Agio sowie der Zusammenhang mit der Anteilsgewährung anfänglich offengelegt wird.⁷

Außerdem würde die Annahme einer verdeckten Sacheinlage voraussetzen, dass der zugleich zur Bareinlage verpflichtete Einzelunternehmer von der Gesellschaft ein Entgelt für die Übertragung des bisherigen Einzelunternehmens erhalten hat; nur dann könnte von einem Unterlaufen der Bareinlagevorschriften gesprochen werden.⁸

Wenn aber – wie versichert – *das Vermögen des als Aufgeld eingebrachten Einzelunternehmens größer ist als dessen Verbindlichkeiten*, dann dürfte in der Übernahme der Verbindlichkeiten des Einzelunternehmens kein die Bareinlage beeinträchtigendes Entgelt zu sehen sein. Die Verbindlichkeiten sind vom Vermögen des Einzelunternehmens gedeckt.

d) Zur verdeckten Einlagenrückgewähr (§ 19 Abs. 5 GmbHG)

Die genannten Überlegungen zur verdeckten Sacheinlage dürften auch zutreffen bei dem angesprochenen Risiko einer verdeckten Einlagenrückgewähr. Wenn – wie versichert – *das Vermögen des als Aufgeld eingebrachten Einzelunternehmens größer ist als dessen Verbindlichkeiten*, dürfte mit der Tilgung der übernommenen Verbindlichkeiten auch keine bare Einlagenleistung des Inferenten zurückgeführt werden.

Im Übrigen wird die Einbringung des Einzelunternehmens als Agio sowie der Zusammenhang mit der Anteilsgewährung anfänglich offengelegt.

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Regelungen zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung

7 Lubberich, Sachagio bei GmbH-Gründungen und Kapitalerhöhungen – Gestaltungsmöglichkeiten und Risiken im Überblick, DNotZ 2016, S. 164.

8 So OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7. 5. 2014 - 11 Wx 24/14, MittBayNot 2014, S. 468.

auch bei der Einbringung eines Einzelunternehmens als Sachagio beachtet werden müssen.

Die Registergerichte prüfen zwar nicht die Werthaltigkeit des Aufgelds, aber sie prüfen durchaus, ob durch das Aufgeld die Bareinlagen auf das Stammkapital beeinträchtigt werden können. Deshalb wird für die Eintragung der GmbH-Gründung bzw. der Kapitalerhöhung häufig eine entsprechende zusätzliche Versicherung der Geschäftsführung gefordert, *dass das Vermögen des als Aufgeld*

eingebrachten Einzelunternehmens größer ist als dessen Verbindlichkeiten.

Die Einbringung eines Einzelunternehmens als Sachagio setzt damit ebenso wie die offene Sacheinlage und die Ausgliederung voraus, dass der Wert des eingebrachten Einzelunternehmens nicht negativ ist.

Die damit verbundenen Haftungsrisiken dürften dann aber überschaubar sein.

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

Notarkosten – Übersendung eines Vertragsentwurfs

GNotKG § 19, § 29, § 21

Amtliche Leitsatz:

Der Notarkosten Schuldner kann dem Gebührenanspruch keinen Schadensersatzanspruch nach § 21 GNotKG wegen unrichtiger Sachbehandlung entgegenhalten, wenn der Notar ohne ausdrückliche Rücksprache mit dem Kostenschuldner einen Vertragsentwurf an die Gegenseite übersandt hat; hierzu ist der Notar auch ohne ausdrücklichen Antrag oder Auftrag aufgrund seiner Amtsstellung und der Unabhängigkeit der Auftragsdurchführung berechtigt.

LG Bremen (4. Zivilkammer),
Beschluss vom 30.03.2020 – 4 T 212/19

I. Tatbestand:

1 Die Antragstellerin wendet sich mit ihrem Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen eine Notarkostenrechnung, mit der der Antragsgegner die Erstellung eines Entwurfs eines Kaufvertrags abgerechnet hat.

Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

2 Die Antragstellerin beabsichtigte Grundeigentum zu veräußern. Die Antragstellerin erteilte dem Antragsgegner den Auftrag einen entsprechenden Kaufvertrag zu entwerfen und teilte dem Antragsgegner, u.a. das betroffene Grundeigentum, den beabsichtigten Verkaufspreis, die Verkäufer- und Käuferdaten, die Bankverbindung etc., mit.

3 Unter dem 25.07.2018 übermittelte der Antragsgegner den Kaufvertragsparteien einen Kaufvertragsentwurf (Bl. 9 ff. d.A.).

4 Nach weiteren Gesprächen zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner beendete die Antragstellerin das Vertragsverhältnis.

5 Daraufhin stellte der Antragsgegner der Antragstellerin mit Rechnung vom 27.07.2018 (Rechnungs-Nr. [...]) Notarkosten iHv 2.062,17 € (brutto) in Rechnung.

6 Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit dem streitgegenständlichen Antrag.

7 Nach Stellungnahme der Dienstaufsicht vom 13.01.2020 reichte der Antragsgegner im laufenden Verfahren eine korrigierte Notarkostenrechnung ein (Rechnung vom 10.02.2020, Rechnungsnummer [...]). Auch gegen diese korrigierte Rechnung wendet sich die Antragstellerin.

8 Die Antragstellerin stützt ihren Antrag im Wesentlichen darauf, dass der Antragsgegner in dem übersendeten Entwurf nicht sämtliche Informationen und Daten eingearbeitet habe und entgegen des geäußerten Wunsches der Entwurf bereits der Käuferpartei übersendet worden sei.

9 Die Antragstellerin beantragt deshalb sinngemäß, die Kostenberechnung des Antragsgegners vom 27.08.2018 gemäß Rechnung-Nr. [...] durch gerichtliche Entscheidung aufzuheben.

10 Der Antragsgegner beantragt, den Antrag der Antragstellerin auf gerichtliche Entscheidung zurückzuweisen.

11 Der Antragsgegner verteidigt seine Gebührenforderung.

12 Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

13 Die Kammer hat gemäß § 128 Abs. 1 GNotKG eine weitere Stellungnahme der Dienstaufsicht zu der Korrekturrechnung eingeholt und die Stellungnahme vom 20.03.2020 den Beteiligten übermittelt.

II. Aus den Gründen:

14 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist nach § 127 GNotKG zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

15 1. Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung und Grundlage des Verfahrens ist dabei die im laufenden Verfahren von dem Antragsgegner erteilte Korrekturrechnung (OLG Frankfurt, Beschluss vom 06.12.2012. Az.: 20 W 270/12, Rdz. 8, zit. nach juris; OLG Köln, FGPrax 2007, 291; Korintenberg, GNotKG, 20. Aufl., § 127 Rd. 22; BeckOK KostR/Schmidt-Räntsch, 25. Ed. 1.9.2018, GNotKG § 128 Rn. 25). Die Einwendungen, die die Antragstellerin mit ihrem Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen die Rechnung in ursprünglicher Gestalt erhoben

hat, wenden sich auch gegen die Rechnung in jetziger Gestalt, da diese sich durch die Berichtigung nicht vollumfänglich erledigt haben.

16 2. Ein Verstoß gegen das Zitiergebot aus § 19 GNotKG war nicht anzunehmen. Grds. sind nach dem GNotKG strenge Anforderungen an das Zitiergebot in der Rechnung zu stellen (Korintenberg, GNotKG, 20. Aufl., § 19 Rn. 21). Zu beachten ist allerdings, dass das Zitiergebot nicht um seiner selbst willen besteht und daher auch nicht von seinem Zweck gelöst werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 03.04.2008, Az.: V ZB 115/07). Nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GNotKG sind die Nummer des Kostenverzeichnisses zu nennen und nach § 19 Abs. 3 Nr. 2 GNotKG sollen die Wertvorschriften genannt werden. Dies ist in der korrigierten Kostenrechnung der Fall. Die eingereichte Korrekturrechnung trägt zudem die erforderliche Unterschrift, § 19 Abs. 1 GNotKG.

17 3. Die Antragstellerin haftet gemäß § 29 GNotKG für die Kosten der Erstellung des streitgegenständlichen Kaufvertragsentwurfs.

18 Gemäß § 29 GNotKG schuldet Notarkosten, wer den Auftrag erteilt oder den Antrag gestellt hat (§ 29 Nr. 1), die Kostenschuld gegenüber dem Notar übernommen hat (§ 29 Nr. 2) oder für die Kostenschuld eines anderen kraft Gesetzes haftet (§ 29 Nr. 3).

19 Die notarielle Tätigkeit wird grundsätzlich durch einen Beurkundungsauftrag oder einen Antrag (z.B. auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung) ausgelöst. Auftraggeber ist im Wesentlichen derjenige, welcher dem Notar durch Wort oder Schrift zu erkennen gegeben hat, dass in seinem Interesse eine bestimmte Beurkundung bzw. Entwurfserstellung vorgenommen werden soll (Hans. OLG Bremen, Beschluss vom 23.02.2017, Az.: 1 W 9/17, unveröffentlicht; Hans. OLG Bremen, Beschluss vom 12.01.2018, Az.: 1 W 49/17; Rz. 9, juris; OLG Celle, Beschluss vom 23.02.2015, 2 W 37/15, Rz. 9; Korintenberg/Gläser GNotKG, 20. Auflage, § 29 Rn. 1-37). Das Verhalten des Kostenschuldners muss für den Notar nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte den Schluss zulassen, es sei ihm ein Auftrag mit Kostenfolge erteilt worden (BGH, Beschluss vom 19.01.2017, Az.: V ZB 79/16, Rz. 6, zit. n. juris; Hans. OLG Bremen, Beschluss vom 12.01.2018, Az.: 1 W 49/17; Rz. 9, juris; Fackelmann/Heinemann, GNotKG, 1. Aufl., § 29 Rn. 16; BeckOK KostR/Toussaint GNotKG § 29 Rn. 7, beck-online). Die Auftragserteilung braucht aber weder schriftlich noch durch ausdrückliche Erklärung zu geschehen, sondern kann auch durch schlüssige Handlung erfolgen (Hans. OLG Bremen, Beschluss vom 12.01.2018, Az.: 1 W 49/17; Rz. 9, juris; OLG Celle, Beschluss vom 23.02.2015, 2 W 37/15, Rz. 9; OLG Köln, JurBüro 1997, 604; Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht,

GNotKG § 29 Rn. 14, beck-online). Im vorliegenden Fall ist die Erteilung des Auftrages zwischen den Parteien unstreitig.

20 4. Soweit die Antragstellerin Lücken oder offene Punkte in dem Entwurf einwendet, so verfängt auch dieser Ansatz nicht. Wann ein Entwurf vollständig ist, richtet sich vor allem nach dem Entwurfsauftrag. Was nicht beantragt ist, spielt für die Frage der Vollständigkeit keine Rolle. Der Notar muss das ggf. laienhaft vorgetragene Regelungsziel erfassen, auslegen und sich daran orientieren. Er muss alle ihm zur Verfügung gestellten Informationen auswerten und ggf. im Entwurf berücksichtigen. Fehlen tatsächliche Angaben (zB Anschriften, Geburtsdaten, der Kaufpreis, etc.), die der Notar nicht selbst in zumutbarer Weise feststellen kann und die in der Beurkundung ergänzt werden können, ist eine vollständige Entwurfsfertigung dennoch gegeben, weil die Verwendbarkeit des Entwurfs für die Beteiligten gegeben ist (Korintenberg/Diehn, 20. Aufl., GNotKG § 92 Rn. 40-44). Allgemein kann ein Entwurf auch dann als vom Notar „vollständig gefertigt“ angesehen werden, wenn dieser noch „planmäßige“ Lücken bzw. nicht dem Notar zuzurechnende Auslassungen enthält. Entscheidendes Merkmal ist, ob der Notar die ihm von den Beteiligten zur Verfügung gestellten Informationen vollständig verarbeitet hat, der Notar ohne weitere Angaben durch die Beteiligten also keine weiteren Entwurfstätigkeiten entfalten kann. Sind die von den Beteiligten gelieferten Daten unvollständig, so muss der Entwurf zwangsläufig ergänzungsbedürftige Lücken enthalten. Gleiches gilt, wenn der Auftraggeber des Entwurfs bewusst Regelungen offenhalten will, etwa, weil noch Verhandlungsbedarf mit einem Vertragspartner besteht oder noch keine Entscheidung in der Sache getroffen ist. Hat der Notar die bis dahin feststehenden Daten bei der Entwurfsfertigung verwertet, liegt demnach dennoch eine „vollständige Fertigung“ vor, auch wenn der Entwurf für sich betrachtet noch keine abschließende Regelung enthält (BeckOK KostR/Bachmayer, 24. Ed. 1.12.2018, GNotKG § 92 Rn. 59-60.1). Hier war der vom Antragsgegner erstellte Vertragsentwurf vollständig in diesem Sinne. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird insoweit auf die zutreffende Stellungnahme der Dienstaufsicht vom 23.01.2020 Bezug genommen.

21 5. Der Umstand, dass es zur Durchführung des Beurkundungsauftrages nicht mehr gekommen ist, ändert an alldem nichts. Dies hat nur Einfluss auf die Gebührentatbestände, die an die Stelle derjenigen für die Beurkundung treten, berührt jedoch die Frage der Kostenschuldnerschaft im Rahmen des § 29 Nr. 1 GNotKG nicht.

22 6. Die abgerechneten Gebühren entsprechen nach Grund und Höhe dem GNotKG.

23 7. Der dem Antragsgegner erwachsene Gebührenanspruch ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt der unrichtigen Sachbehandlung nach § 21 GNotKG bzw. wegen entgegenstehender Ansprüche unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes entfallen. Allein in der gerügten Übersendung des Entwurfes an die Gegenseite liegt nach Auffassung der Kammer keine unrichtige Sachbehandlung iSd § 21 GNotKG. Unrichtigkeit liegt iSd § 21 GNotKG vor, wenn der Kostenschuldner eindeutig zu erkennen gegeben hat, dass er die kostenpflichtig vorgenommene Maßnahme nicht wünscht oder der Notar sie trotz entsprechender Anhaltspunkte ohne Rücksprache vornimmt oder der Notar ohne triftigen Grund, ohne Rücksprache oder ohne entsprechenden Hinweis von dem erteilten Auftrag abweicht (Schneider/Volpert/Fölsch, *Gesamtes Kostenrecht*, GNotKG § 21 Rn. 10, beck-online). Jedoch muss sich nicht alles, was der Kostenschuldner nicht (oder jedenfalls nicht ausdrücklich) beantragt bzw. beauftragt hat, als unrichtig darstellen. Denn der Notar ist im Hinblick auf seine Amtsstellung und Unabhängigkeit grds. befugt, alles zur Auftragsdurchführung Erforderliche oder zweckmäßigerweise Übliche zu veranlassen, ohne dass er insoweit einen ausdrücklichen Auftrag des Kostenschuldners benötigt (Schneider/Volpert/Fölsch, *Gesamtes Kostenrecht*, GNotKG § 21 Rn. 9, beck-online). Da der Antragsgegner aufgrund seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit beiden potentiellen Vertragsparteien gleichermaßen verpflichtet war, liegt in der Übersendung des Entwurfes an die Gegenseite entgegen des Wunsches der Antragstellerin keine unrichtige Sachbehandlung iSd § 21 GNotKG.

Kostenrechnung für die Beurkundung eines Investment und Shareholders' Agreements

Normenkette:

GNotKG § 31 Abs. 1, § 54 S. 1, § 86, § 97

OLG München (32. Zivilsenat),

Beschluss vom 15.06.2020 – 32 Wx 140/20 Kost

I. Tatbestand:

1 Die Antragsteller wenden sich gegen die Kostenrechnungen der Antragsgegnerin vom 28.05.2017, ergänzt

durch die Kostenrechnungen vom 18.12.2019, in Höhe von 36.427,80 €, die diese für Beurkundung eines „Investment und Shareholders' Agreements“ (d.h. eines „Anlage- und Gesellschaftervertrags“) in englischer Sprache stellte, welches zum einen eine Kapitalerhöhung bezüglich der Antragstellerin zu 7 und zum andern Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern, insbesondere Optionsvereinbarungen enthält. Insoweit wird auf die beglaubigte Übersetzung des Vertrags in Anlage zum Schriftsatz der Antragsteller vom 20.04.2020 verwiesen. Dabei legte die Antragsgegnerin einen Geschäftswert von 11.621.000 € (Kapitalerhöhung: 825.000 €, sonstige Vereinbarungen: 10.796.000 €) zu Grunde.

2 Die Antragsteller sind der Ansicht, dass der Geschäftswert nur 825.000 € beträgt.

3 Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die oben genannten Kostenrechnungen und den angefochtenen Beschluss des Landgerichts Bezug genommen.

4 Das Landgericht wies mit Beschluss vom 03.03.2020 den Antrag zurück.

5 Gegen diesen am 6./7.03.2020 zugestellten Beschluss legten die Antragsteller noch im März 2020 formgerecht Beschwerde ein.

II. Aus den Gründen:

6 Die zulässige Beschwerde ist überwiegend begründet.

7 1. Der Antragsgegnerin steht nur der im Tenor ausgewiesene Betrag zu, da nur ein Geschäftswert von 1.650.000 € zu Grunde zu legen ist.

8 a) Bezüglich der Beurkundung der Kapitalerhöhung mit Agio (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 26.02.2018 – 32 Wx 405/17 Kost = JurBüro 2018, 424 = NJW-RR 2018, 668) ist der Ansatz eines Geschäftswerts von 825.000 € nicht zu beanstanden. Auch die Antragsteller erheben hiergegen keine Einwendungen.

9 b) Zu Recht haben die Antragsgegnerin und das Landgericht die Kapitalerhöhung und die so genannten Optionsvereinbarungen unter den Gesellschaftern als verschiedene Beurkundungsgegenstände im Sinne des § 86 GNotKG angesehen. Der Geschäftswert für die „Optionsvereinbarungen“ ist daher zu dem Geschäftswert für die Beurkundung der Kapitalerhöhung nach § 31 Abs. 1 GNotKG zu addieren.

10 c) Bei der Bewertung dieser zusätzlichen Vereinbarung ist, da alle Anteile betroffen sind, der Wert aller Anteile an der Antragstellerin zu 7 maßgebend, deren Wert nach § 54 Satz 1 GNotKG mangels Vorliegens von Anhaltspunkten für die Anwendung von dessen Satz 2 und 3 zu bestimmen ist. Diese Vorschrift bestimmt, dass

sich der Wert nach dem Eigenkapital im Sinne von § 266 Absatz 3 des Handelsgesetzbuchs, das auf den jeweiligen Anteil oder die Beteiligung entfällt, bemisst, wenn keine genügenden Anhaltspunkte für einen höheren Wert von Anteilen an Kapitalgesellschaften bestehen. Diese Anhaltspunkte können sich aus dem Inhalt des Geschäfts, den Angaben der Beteiligten, den amtlich bekannten Tatsachen und den offenkundigen Tatsachen ergeben (vgl. § 46 Abs. 2 GNotKG). Nach der Anlage 1 des Schriftsatzes der Beschwerdegegnerin vom 04.09.2019 wurde nicht mitgeteilt, dass die Gesellschaft vor der Investition bereits einen Wert von ca. 10.000.000 € aufweist. Trotz des Hinweises des Berichterstatters in der Verfügung vom 03.04.2020 wurde auch keine konkrete andere Mitteilung oder Erkenntnisquelle für die Angabe der Pre-Money-Bewertung in der Präambel des Vertrages in Höhe von 10.000.000 € genannt. Damit verbleibt als einzelner Anhaltspunkt, dass die Summe von der jeweils von den einzelnen Gesellschaftern zu leistenden Einlage und des in die Kapitalrücklage zu zahlenden Betrages jeweils geteilt durch die Beteiligungsquote ca.

10 Mio. € ergibt. Der Antragsgegnerin ist sicher zuzugeben, dass diese (rein) internen Wertverhältnisse meist ein ausreichender Anhaltspunkt für den Wert des Unternehmens und daher auch der Anteile sind, da ein Kaufmann wirtschaftlich handelt und deshalb für einen Anteil nicht über Wert bezahlt. Dies gilt jedoch nicht ohne Weiteres für ein eine neue Technologie entwickelndes Unternehmen – wie es hier gegeben ist, bei dem bei den Anlegern in besonderen Maße das Prinzip Hoffnung gilt. In diesen Fällen existiert auch meist kein objektiver Vergleichswert, vielmehr beruht die interne Einschätzung der betroffenen Gesellschafter auf Visionen bzw. auf ihrem eigenen rein subjektiven Vertrauen in die Fähigkeiten des Gründers. Allerdings können die Geldzuflüsse Anhaltspunkte liefern, da sie zumindest vorübergehend den Wert erhöhen, so dass für die Beurkundung der Wert der sonstigen Vereinbarungen den Geschäftswert um 825.000 € erhöht. Da die Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern umfassend war und sich nicht auf die in § 50 Nr. 1, § 51 GNotKG genannten Vereinbarungen beschränkte, war auch der volle Wert anzusetzen.

ERBRECHT

Auskunftsanspruch, Unrichtigkeit der Auskunft, Unvollständigkeit der Auskunft, Ergänzung, eidesstattliche Versicherung, Nachlassverzeichnis, Notar, Zwangsgeld, Hinzuziehungsberechtigt

ZPO § 704 Abs. 1, § 724 Abs. 1, § 725, § 750 Abs. 1, § 793, § 887, § 888; BGB § 226, § 242, § 611, § 2314 Abs. 1

Redaktionelle Leitsätze:

1. Ein Auskunftsanspruch ist nicht erfüllt, wenn zwar eine Auskunft erteilt wurde, diese aber bereits formell offensichtlich unvollständig ist. In diesem Fall besteht ein Anspruch auf Ergänzung der Auskunft. Sind dagegen hinsichtlich eines einheitlichen Teils Angaben gemacht worden, berechtigt dies nicht zur Ergänzung der Auskunft wegen inhaltlicher Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit, sondern allenfalls zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung. (Rn. 6 – 7)

2. Die Abgrenzung zwischen einer den Ergänzungsanspruch auslösenden offensichtlichen Unrichtigkeit und einer ggf. den Anspruch auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung auslösenden Unrichtigkeit, die – weil die richtigen Angaben fehlen – auch immer eine Unvollständigkeit ist, ist unter Abwägung der Interessen der Parteien zu treffen. Dabei ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, ob die eidesstattliche Versicherung über die Richtigkeit und Vollständigkeit der Rechnungslegung als milderes Mittel genügt, um das Interesse des Gläubigers zu wahren, oder ob es des schärferen Mittels der Zwangsgeldfestsetzung nach § 888 ZPO bedarf. (Rn. 8)

3. Ein Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 BGB liegt nicht bereits dann vor, wenn der Notar lediglich Erklärungen des Auskunftspflichtigen über den Bestand bekundet. Es setzt vielmehr voraus, dass der Notar den Nachlassbestand selbst ermittelt hat und durch Unterzeichnung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringt, dass er für dessen Inhalt verantwortlich ist. Die Aufnahme des Verzeichnisses durch eine Amtsperson soll dem Pflichtteilsberechtigten einen höheren Grad an Richtigkeit der Auskunft gewährleisten als die Privatauskunft des Erben. Sie ist schon begrifflich eigene Bestandsaufnahme, nicht nur Aufnahme von Erklärungen einer anderen Person. (Rn. 12)

OLG Hamm (5. Zivilsenat),
Beschluss vom 16.03.2020 – I-5 W 19/20

I. Aus Gründen:

1 Die gemäß den §§ 567 Abs. 1 Nr. 1, 793 ZPO statthafte, form- und fristgerecht (§§ 78 Abs. 1, 569 Abs. 1 und 2 ZPO) eingelegte sofortige Beschwerde des Schuldners hat in der Sache Erfolg. Gegen den Schuldner war ein weiteres Zwangsgeld in Höhe von 1.250 € zu verhängen.

2 1. Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen der §§ 704 Abs. 1, 724 Abs. 1, 725, 750 Abs. 1 ZPO sind erfüllt. Der Vollstreckungstitel, das Teilanerkennnisurteil vom 09.05.2017, ist den Prozessbevollmächtigten des Schuldners ausweislich des bei den Akten befindlichen Empfangsbekenntnisses bereits am 12.05.2017 zugestellt worden. Der Gläubiger hat zudem am 07.08.2018 eine vollstreckbare Ausfertigung dieses Urteils erwirkt.

3 2. Die titulierte Verpflichtung, durch Vorlage eines notariellen aufgenommenen Vermögensverzeichnisses Auskunft zu erteilen, betrifft eine nach § 888 ZPO zu vollstreckende unvertretbare Handlung (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16. April 2013 – 7 W 20/13 –, Rn. 4, juris; OLG Köln, RNotZ 2013, 127; OLG Celle, DNotZ 2003, 62).

4 Der Erfüllungseinwand, den der Schuldner im vorliegenden Verfahren erhebt, ist im Falle der Zwangsvollstreckung zur Erzwingung vertretbarer Handlungen gem. § 887 ZPO auch im Vollstreckungsverfahren selbst zu beachten (BGHZ 161, 61). Für den hier gegebenen Fall der Zwangsvollstreckung zur Erzwingung der Vornahme einer nicht vertretbaren Handlung nach § 888 ZPO gilt nichts anderes (OLG Köln, RNotZ 2013, 127; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16. April 2013 – 7 W 20/13 –, Rn. 6, juris; Zöller/Stöber, ZPO, § 888 Rz. 11).

5 3. Der von dem Schuldner erhobene Erfüllungseinwand ist nicht berechtigt. Der Schuldner ist seinen Verpflichtungen aus dem Teilanerkennnisurteil vom 09.05.2017 durch Vorlage der notariellen Urkunden des Notars XY vom 04.12.2019 (UR-Nr. 580/2019) nicht in der geschuldeten Weise nachgekommen.

6 a) Der Auskunftsanspruch ist nicht erfüllt, soweit zwar eine Auskunft erteilt wurde, diese aber bereits formell offensichtlich unvollständig ist. In diesem Fall besteht ein Anspruch auf Ergänzung der Auskunft (BGH, Urteil vom 16.09.1982 – X ZR 54/81, GRUR 1982, 723, 726 zu geschätzten Angaben statt eines konkreten Zahlenwerks; OLG Hamburg, Urteil vom 31.01.2003 – 3 U 72/01, NJW-RR 2002, 1292). Das gilt etwa, wenn zu einem abgrenzbaren Gegenstand keinerlei Angaben gemacht wurden (RG, Urteil vom 12.01.1914 – IV 492/13, RGZ 84, 41, 44).

7 Sind dagegen hinsichtlich eines einheitlichen Teils Angaben gemacht worden, berechtigt dies nicht zur Ergänzung der Auskunft wegen inhaltlicher Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit, sondern allenfalls zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung (RG, Urteil vom 12.01.1914

– IV 492/13, RGZ 84, 41, 44; BAG, Urteil vom 26.11.1971 – 3 AZR 220/71, ; BGH, Urteil vom 29.10.1957 – I ZR 192/56, LM Nr. 3 und 6 zu § 254 ZPO; a.M. OLG Kassel, Urteil vom 07.03.1921, I ZS, OLGE 41, 131).

8 Die Abgrenzung zwischen einer den Ergänzungsanspruch auslösenden offensichtlichen Unrichtigkeit und einer ggf. den Anspruch auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung auslösenden Unrichtigkeit, die – weil die richtigen Angaben fehlen – auch immer eine Unvollständigkeit ist, ist unter Abwägung der Interessen der Parteien zu treffen (BGH, Urteil vom 16.09.1982 – X ZR 54/81, MDR 1983, 128, 129). Dabei ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, ob die eidesstattliche Versicherung über die Richtigkeit und Vollständigkeit der Rechnungslegung als milderes Mittel genügt, um das Interesse des Gläubigers zu wahren, oder ob es des schärferen Mittels der Zwangsgeldfestsetzung nach § 888 ZPO bedarf.

9 b) Gemessen an diesen Grundsätzen liegt hier eine formelle Unvollständigkeit des notariellen Nachlassverzeichnisses vor, die einen nach § 888 ZPO zu vollstrecken den Anspruch auf Ergänzung der Auskunft begründet.

10 aa) Der Schuldner ist nach dem Tenor des Anerkenntnis-Teilurteils vom 09.05.2017 verpflichtet, unter anderem Auskunft über alle pflichtteilsergänzungsrelevanten Zuwendungen zu erteilen, die die Erblasserin zu Lebzeiten getätigt hat und zwar ohne zeitliche Begrenzung auch über den Zehn-Jahres-Zeitraum hinaus. In dem notariellen Nachlassverzeichnis des Notars XY heißt es auf S. 2, dass die Erblasserin nach Kenntnis des Schuldners während der letzten zehn Jahre vor dem Tode keine Schenkungen gemacht habe, die über Anstandsschenkungen hinaus gingen. Zu dem davorliegenden Zeitraum verhält sich das Nachlassverzeichnis mithin nicht. Damit ist es bereits formell offensichtlich unvollständig mit der Folge, dass die Gläubigerin gegen den Schuldner einen Anspruch auf Ergänzung der Auskunft hat.

11 bb) Die weiteren Einwendungen der Gläubigerin gegen den Inhalt des notariellen Nachlassverzeichnisses sind dagegen unbegründet.

12 Das im Streitfall geschuldete durch einen Notar aufgenommene Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 BGB liegt nicht bereits dann vor, wenn der Notar lediglich Erklärungen des Auskunftspflichtigen über den Bestand bekundet, sondern setzt vielmehr voraus, dass der Notar den Nachlassbestand selbst ermittelt hat und durch Unterzeichnung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringt, dass er für dessen Inhalt verantwortlich ist (OLG Celle, DNotZ 2003, 62; OLG Celle, OLGR 2003, 370; OLG Koblenz, OLGR 2007, 468; OLG Karlsruhe, ZEV 2008, 189; OLG Düsseldorf, RNotZ 2008, 105; OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.8.2009 – 12 W 1364/09, BeckRS 2009, 27573, beck-online; Palandt/

Weidlich, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2314 Rz. 7). Die Aufnahme des Verzeichnisses durch eine Amtsperson soll dem Pflichtteilsberechtigten einen höheren Grad an Richtigkeit der Auskunft gewährleisten als die Privatauskunft des Erben. Sie ist schon begrifflich eigene Bestandsaufnahme, nicht nur Aufnahme von Erklärungen einer anderen Person (BGHZ 33, 373; OLG Koblenz, NJW 2014, 1972).

13 Der Notar entscheidet unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände nach eigenem Ermessen, welche Ermittlungen er vornimmt. Zu Nachforschungen ins Blaue hinein ist er nicht verpflichtet. Das Ergebnis dieser Ermittlungen muss er in der Urkunde niederlegen und als eigene Erklärung zum Ausdruck bringen, dass nach diesen Ermittlungen weitere Nachlassgegenstände nicht vorhanden sind. Seine Verantwortung für die abgegebene Erklärung kann er dabei dadurch eingrenzen, dass er die von ihm vorgenommenen Ermittlungen offenlegt, so dass deutlich wird, in welchem Umfang er überhaupt eigene Feststellungen treffen konnte (OLG Koblenz, Beschluss vom 18. März 2014 – 2 W 495/13 –, Rn. 28, juris).

14 Diesen Anforderungen genügt die notarielle Urkunde des Notars XY.

15 Dieser lässt sich entnehmen, dass der Notar nicht nur Erklärungen des Schuldners entgegengenommen, sondern auch eigene Feststellungen zu dem Bestand des Nachlasses getroffen hat. Der Notar hat auf S. 1 und 2 des Nachlassverzeichnisses vom 04.12.2019 dargelegt, dass er mehrere ausführliche Gespräche mit dem Schuldner geführt, die drei im Nachlass befindlichen Immobilien in Augenschein genommen sowie eine Ortsbesichtigung des Wohnhauses der Erblasserin vorgenommen habe, bei der auch das Inventar und die persönliche Habe gesichtet worden seien. Zudem seien die vom Schuldner vorgelegten Unterlagen in Augenschein genommen worden. Damit hat der Notar in ausreichender Weise dargelegt, dass und welche Ermittlungstätigkeiten er nach seinem Dafürhalten für erforderlich gehalten und durchgeführt hat. Einer konkreteren Bezeichnung der durchgeführten Maßnahmen bedurfte es insoweit nicht. Ebenso wenig bedurfte es – über die noch offene Frage, ob pflichtteilsrelevante Zuwendungen über den Zehn-Jahres-Zeitraum hinaus erfolgt sind – weiterer Ermittlungen bezüglich vermeintlicher Schenkungen. Die pauschal gehaltenen Ausführungen der Gläubigerin zu der Führung der Versicherungsagentur, den finanziellen Verhältnissen der Eheleute und angeblichen Überweisungen des Schuldners von dem Geschäftskonto der Agentur auf sein Privatkonto begründen keine objektiven Anhaltspunkte für derartige pflichtteilsrelevante Zuwendungen, die den Notar zwingend zu weiteren Ermittlungen hätten veranlassen müssen. Der Schuldner bezog nach dem eigenen Vortrag der Gläubigerin eine Erwerbsunfähigkeitsrente in einer

von seinerzeit bereits 4.000 DM, von der er problemlos seinen Lebensunterhalt bestreiten konnte.

16 Der Notar hat zudem durch Unterzeichnung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck gebracht, dass er für dessen Inhalt verantwortlich ist.

17 cc) Das Nachlassverzeichnis ist auch nicht deshalb evident unvollständig, weil die einzelnen Gegenstände der Auskunftspflicht in ihm nicht entsprechend der Tenorierung der Anerkenntnis-Teilurteile abschnittsweise „abgearbeitet“ worden sind; es genügt, wenn das notarielle Nachlassverzeichnis die geschuldeten Auskünfte überhaupt enthält.

18 3. Ebenfalls mit Erfolg rügt die Gläubigerin indessen einen Verstoß gegen ihr Hinzuziehungsrecht nach § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB.

19 Ein Verstoß gegen die verlangte Zuziehung begründet einen Anspruch auf Wiederholung der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses. Ein nachträgliches Verlangen erfordert dagegen nur dann die Wiederholung, wenn nicht die §§ 226, 242 BGB entgegenstehen (Palandt/Weidlich, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2314 Rz. 6).

20 Hier ist das Zuziehungsrecht von der Gläubigerin mit Schriftsatz des Prozessbevollmächtigten der Gläubigerin vom 11.07.2019 (Bl. 491 d.A.) geltend gemacht worden, damit lange vor Erstellung des notariellen Notarverzeichnisses vom 04.12.2019. Zwar hat der Schuldner bereits mit Schriftsatz seiner Anwälte vom 24.06.2019 ein Nachlassverzeichnis übermittelt, das von dem Notar Becker erstellt und übermittelt worden sein soll. Nach eigenen Angaben des Prozessbevollmächtigten des Schuldners handelte es sich dabei aber nur um ein vorläufiges Nachlassverzeichnis. Ob zu diesem Zeitpunkt bereits eine Sichtung des Nachlasses durch den Notar erfolgt war, ist nicht ersichtlich. Demzufolge lässt sich nicht feststellen, dass eine Wiederholung der Aufnahme des Verzeichnisses gegen das Schikaneverbot oder den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen würde.

21 4. Die festgesetzte Höhe des Zwangsgeldes ist mit 1.250,00 € ausreichend, aber auch erforderlich. Insofern war zu berücksichtigen, dass es sich bereits um eine zweite Vollstreckungsmaßnahme handelt und der Schuldner inzwischen knapp drei Jahre Zeit hatte, um den titulierten Anspruch zu erfüllen, während andererseits nicht außer Betracht bleiben konnte, dass der Schuldner mittlerweile ein notarielles Nachlassverzeichnis vorgelegt hat, das in großen Teilen nicht zu beanstanden ist.

Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments bei fehlender Regelung für die Erbfolge nach dem Erstversterbenden

BGB § 125 S. 1, § 133, § 2084, § 2105 Abs. 1, § 2265, § 2269

Amtlicher Leitsatz:

Zur Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments, in dem die Ehegatten keine ausdrückliche Regelung der Erbfolge für den Fall des Todes des Erstversterbenden getroffen haben (im Anschluss an OLG München ZEV 2020, 20). (Rn. 7 – 14)

Redaktionelle Leitsätze:

1. Findet sich in einem gemeinschaftlichen Testament keine gegenseitige Erbeinsetzung und der Abschlussvermerk, dass das Testament nur gültig sei, wenn beide Testierende tot seien, ergibt die Auslegung, dass das Testament nur den Zweiterbfall gelten soll. (Rn. 9 – 12)

2. Da eine unterlassene Testierung sich nicht im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung korrigieren lässt, ist es unerheblich, ob die Testierenden Kenntnis davon hatten, dass ohne die Testierung die gesetzliche Erbfolge eintritt. (Rn. 15)

OLG München (31. Zivilsenat),

Beschluss vom 11.03.2020 – 31 Wx 10/20

I. Tatbestand:

1 Aus der Ehe des Erblassers mit der Beteiligten zu 1 gingen die Beteiligten zu 2 und 3 hervor. Für den Beteiligten zu 3 ist ein Abwesenheitspfleger bestellt.

2 Es liegt ein gemeinschaftliches Testament der Ehegatten vom 2.8.2016 vor, das wie folgt lautet:

„Testament von (... = Erblasser) und (... = Beteiligte zu 1). (Ort) den 2.8.2016

Geboren: (= Beteiligte zu 1) (Geburtsdatum)

(= Erblasser) (Geburtsdatum)

Wir beide besitzen gemeinsam Haus mit Grundstück und etwas Ersparnis auf der Reifeisenbank (...).

Allein Erbe ist unser Sohn (... = Beteiligter zu 2)

(Geburtsdatum)

Sohn (... = Beteiligter zu 3) (Geburtsdatum) hat kein Anspruch also Enterbt Dieses Testament ist nur gültig Wen wir Beide Tot sind Unterschrift Unterschrift (Erblasser Beteiligte zu 1“

3 Die Beteiligte zu 1 beantrage am 7.8.2019 die Erteilung eines Erbscheins, der bezeugt, dass sie aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments Alleinerbin des Erblassers ist. Die Beteiligten zu 1 und 2 sind der Auffassung, dass aus dem Gesamtzusammenhang des Testaments der Wille der Ehegatten ersichtlich sei, sich für den Tod des Erstversterbenden gegenseitig zu Alleinerben einzusetzen. Die Ehegatten hätten nicht gewollt, dass nach dem Tod des Erstversterbenden die gesetzliche Erbfolge eintrete. Der Beteiligte zu 3 habe an dem gemeinsamen Besitz nicht beteiligt sein sollen.

4 Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 15.11.2019 die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Abwesenheitspflegers des Beteiligten zu 3.

II. Aus den Gründen:

5 Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Der Senat teilt nicht die Auffassung des Nachlassgerichts, dass sich im Rahmen der Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments der Ehegatten vom 2.8.2016 nach dem Willen der Ehegatten die Einsetzung der Beteiligte zu 1 als Alleinerbin nach dem Vorversterben des Erblassers ergebe.

6 1. Eine ausdrückliche Einsetzung der Beteiligten zu 1 als Alleinerbin für den Fall des Vorversterben ihres Ehegatten bzw. eine ausdrückliche gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten für den Fall ihres Ablebens findet sich in dem gemeinschaftlichen Testament vom 2.8.2016 nicht.

7 2. Eine Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 für den Fall des Erstversterbens ihres Ehegatten ergibt sich auch nicht im Wege der individuellen Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments vom 2.8.2016.

8 a) Bei einer Testamentsauslegung gemäß § 133 BGB kommt es auf den wirklichen Willen des Erblassers an, ohne am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (BGH ZEV 1997, 376 FamRZ 2012, 26; MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 2084 Rn. 1; Burandt/Rojahn/Czubayko ErbR, 3. Aufl. § 2084 Rn. 9; Firsching/Graf/Krätzsche/NachlassR, 11. Aufl., § 9 Rn. 11; BeckOGK/Gierl BGB § 2084 Rn. 9 ff.; NK-Erbrecht/Fleindl, 5. Aufl., § 2084 Rn. 3). Eine Erbeinsetzung, die in dem Testament nicht enthalten und nicht einmal angedeutet ist, kann den aufgeführten Formzwecken nicht gerecht werden. Sie ermangelt der gesetzlich vorgeschriebenen Form und ist daher gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig (BGH NJW 1981, 1737; OLG München FGPrax 2013, 2). Auch wenn Ehegatten sich üblicherweise gegenseitig selbst bedenken, stellt diese Tatsache keinen ausreichenden Anhalt für eine gegenseitige Erbeinsetzung dar. Die gegenseitige Erbeinsetzung kann daher nicht

allein aufgrund der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments angenommen werden (BGH NJW 1981, 1737, 1738); NK-Erbrecht/Gierl a.a.O. § 2269 Rn 10; Horn in Horn/Kroiß Testamentsauslegung, 2. Auflage, § 24 Rn. 62; Firsching/Graf/Krätzsche/NachlassR, 11. Aufl., § 9 Rn. 17 „Fehlende Alleinerbeinsetzung“).

9 b) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze teilt der Senat nicht die Auffassung des Nachlassgerichts, dass der von der Beteiligten zu 1 angebrachte Wille betreffend eine gegenseitige Alleinerbeinsetzung für den Fall des Ablebens eines der Ehegatten in dem gemeinschaftlichen Testament angedeutet ist.

10 aa) Die von den Ehegatten angeordneten letztwilligen Verfügungen (Einsetzung des Beteiligten zu 2 als Alleinerbe und Enterbung des Beteiligten zu 3) betreffen allein den Fall, dass beide Ehegatten verstorben sind. In dem am Ende, vor ihrer Unterschrift niedergelegten Absatz, haben sie ausdrücklich erklärt, dass „dieses Testament nur gültig ist, wenn wir beide Tot sind“. Insofern ergibt sich für den hier allein maßgeblichen Willen beider Ehegatten im Zeitpunkt der Testamenterrichtung eindeutig, dass allein die Erbfolge nach ihrer beider (!) Ableben, also der Zweiterbfall, geregelt sein sollte.

11 bb) Der von der Beteiligten zu 1 behauptete Wille einer Regelung des Erbfalls betreffend das Erstversterben eines der Ehegatten und damit einer Alleinerbeinsetzung der Beteiligten zu 1 ist entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts nicht in der Zuwendung der Immobilie an den Beteiligten zu 2 und der Enterbung des Beteiligten zu 3 angedeutet.

12 (1) Eine solche Auslegung steht im Widerspruch zu der ausdrücklichen Anordnung der Ehegatten der Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments für den Fall ihres beider Ablebens. Insoweit haben sie den Fall des Erstversterbens eines der Ehegatten gerade ungeregelt gelassen. Die Enterbung des Beteiligten zu 3 betrifft insofern allein die Erbfolge nach dem zweiten Erbfall.

13 (2) Die Behauptung der Beteiligten zu 1, den Ehegatten sei nicht bewusst gewesen, dass mit der von ihnen gewählten Formulierung gesetzliche Erbfolge eintritt und ihr Wille sei darauf gerichtet gewesen, sich gegenseitig als Erben einzusetzen, trägt nicht.

14 In der Gesamtschau der in dem gemeinschaftlichen Testament angeordneten Verfügungen finden sich keinerlei Anhaltspunkte, die nahelegen, dass die Ehegatten im Zeitpunkt ihrer Testierung von der Vorstellung ausgingen, dass sie zwei im zeitlichen Abstand zueinander eintretende Erbfälle regeln wollten. Geregelt ist vielmehr allein die Erbfolge nach dem Tod beider Ehegatten; ein solcher Wille ist gerade durch den Abschlussvermerk unmissverständlich zum Ausdruck gebracht worden. Insofern ist der Fall des Erstversterbens eines der Ehegatten ungeregelt geblieben.

15 Unmaßgeblich ist auch, dass die beiden Ehegatten nach dem Vorbringen der Beteiligten zu 1 keine Kenntnis davon hatten, dass damit im ersten Erbfall gesetzliche Erbfolge eintritt. Darauf, ob ein Erblasser diese Rechtsfolge gewollt hat oder nicht, kommt es nicht an. Denn die gesetzliche Erbfolge beruht nicht auf einem Willen des Erblassers, sondern tritt kraft Gesetzes unabhängig von dessen Willen als Folge davon ein, dass dieser von seinem Recht zur Gestaltung der Erbfolge durch letztwillige Verfügung nicht Gebrauch gemacht hat (OLG München FGPrax 2010, 244). Es wäre auch unmaßgeblich, ob die insofern angedachte Anordnung mangels Regelung des Ersterbfalls letztendlich nicht praktikabel ist. Denn dies wäre allein Folge dessen, dass die Ehegatten sich in ihrer Testierung gerade auf die Regelung des zweiten Erbfalls (bewusst) beschränkt haben. Eine unterlassene Testierung lässt sich nicht im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung korrigieren (OLG München a.a.O.).

16 (3) Vorliegend sind aber die von den Ehegatten für den zweiten Erbfall getroffenen Anordnungen mittels Anwendung des § 2105 Abs. 1 BGB umsetzbar:

17 Demgemäß hätte der Beteiligte zu 3 an dem Stamm des ehelichen Vermögens keine (endgültige) Teilhabe, da er im ersten Erbfall in Bezug auf das Nachlassvermögen des Erblassers neben der Beteiligten zu 1 und dem Beteiligten zu 2 als gesetzlicher Erbe des Erblassers dessen Vorerbe wäre und bei Ableben der Beteiligten zu 1 der Beteiligte zu 2 Nacherbe des Erblassers sowie Vollerbe der Beteiligten zu 1 ist. Insofern wäre auch gewährleistet, dass der Beteiligte zu 2 nach dem Ableben der Beteiligten zu 1 entsprechend dem Willen der Ehegatten (nach beider Ableben) deren Immobilie erhalten wird.

Ausschlagung des Zweitnachlasses

BGB § 1931 Abs. 3, § 1944 Abs. 1, § 1952 Abs. 1

Amtlicher Leitsatz:

Die Ausschlagung des Zweitnachlasses führt zum Wegfall der Erbenstellung in Bezug auf den Erstnachlass. Insofern ist für eine Annahme der Erbschaft in Bezug auf den Erstnachlass kein Raum. (Rn. 4)

OLG München (31. Zivilsenat),
Beschluss vom 11.03.2020 – 31 Wx 74/20

I. Aus den Gründen:

1 Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Die Voraussetzungen für die Erteilung des von der Beschwerdeführerin beantragten Erbscheins liegen vor.

2 Die Beschwerdeführerin ist als Ehefrau des Erblassers gemäß § 1931 Abs. 3 BGB dessen Alleinerbin aufgrund gesetzlicher Erbfolge, da weder Verwandte der ersten oder zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden sind. Alle insoweit in Frage kommenden gesetzliche Erben haben das Erbe in Bezug auf den Erblasser form- und fristgerecht ausgeschlagen. Dies ist entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts auch in Bezug des Beteiligten zu 2 der Fall.

3 1. Dessen Erbenstellung ergab sich ursprünglich daraus, dass an sich die Schwester des Erblassers gesetzliche Erbin war, die aber während des Laufs der Ausschlagungsfrist im Sinne des § 1944 Abs. 1 BGB verstorben ist. Deren Ausschlagungsfrist ist nach § 1952 Abs. 1 BGB vererblich. Im Hinblick darauf, dass ihr Abkömmling, der Vater des Beteiligten zu 2, seinerseits am 17.08.2013 verstorben war, trat an dessen Stelle der Beteiligte zu 2 als sein Abkömmling.

4 2. Entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts führt die von dem Beteiligten zu 2 form- und fristgemäß erklärte Ausschlagung des Erbes in Bezug auf seine Großmutter auch zum Wegfall seiner Erbenstellung in Bezug auf den Erblasser. Denn den Erstnachlass erhält er als Erbeserbe nur als Bestandteil des Zweitnachlasses, so dass er mit der Ausschlagung des Zweitnachlasses auch das Annahme- und Ausschlagungsrecht hinsichtlich des Erstnachlasses verliert, welches sodann auf den Nächstberufenen übergeht (NK-BGB/Ivo Erbrecht 5. Auflage 2018 § 1952 Rn. 2; MüKo BGB/Leipold 8. Auflage § 1952 Rn 5; 11; Staudinger/Otte BGB 2017 § 1952 Rn. 1; vgl. dazu auch Motive V S. 502 zitiert in: Horn MatK ErbR § 1952 Rn. 3). Insoweit bewirkt allein die Ausschlagung der Erbschaft in Bezug auf seine Großmutter den Verlust beider Erbschaften (Brox/Walker Erbrecht 28. Auflage 2018 § 22 Rn. 2).

5 3. Der Verweis des Nachlassgerichts auf die Kommentarstelle „NK-BGB/Ivo Erbrecht a.a.O. § 1952 Rn. 16 und 5“ in Bezug auf die von ihm vertretene Auffassung, dass der Beteiligte zu 2 trotz Ausschlagung des Nachlasses seiner Großmutter nunmehr aufgrund eigenem Erbrecht als Erbe des Erblassers berufen ist, trägt nicht. Denn diese betrifft die andere Fallkonstellation, nämlich, dass einer von mehreren Erbeserben den Erstnachlass ausschlägt. Vorliegend hat aber der Beteiligte zu 2 als Erbeserbe den Zweitnachlass ausgeschlagen. Infolge dessen ist für eine Erbenstellung des Beteiligten zu 2 als Rechtsnachfolger des Erblassers kein Raum.

6 4. Im Hinblick darauf, dass alle übrigen in Betracht kommende Erbeserben den Erstnachlass nach dem Erblasser ausgeschlagen haben, stellt sich auch nicht die Frage, ob im Hinblick auf die Erbteile der ausschlagenden Erbeserben jeweils der Nächstberufene an deren

Stelle tritt oder eine Anwachsung unter den annehmenden übrigen Erbeserben erfolgt (vgl. zur Problematik NK-BGB/*vo* Erbrecht a.a.O. § 1952 Rn. 14). Solche den Erstnachlass annehmende Ersatzerben sind nicht vorhanden.

FAMILIENRECHT

Namensführung bei Volljährigenadoption – Gewährleistungen des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

GG Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, 100 Abs. 1 S. 1; BGB § 1757, § 1767 Abs. 2; FamFG § 197 Abs. 3 S. 1

Amtliche Leitsätze:

1. Ein Annahmebeschluss unterliegt der Anfechtung, soweit damit zugleich ein Antrag zur Namensführung nach § 1757 Abs. 3 BGB abgelehnt wird (Rn. 11 – 16).
2. Es wird eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu der Frage eingeholt, ob es mit dem von Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unvereinbar ist, dass gemäß §§ 1767 Abs. 2 Satz 1, 1757 BGB bei der sog. schwachen Volljährigenadoption für einen Angenommenen, der bis zur Annahme als Kind seinen Geburtsnamen als Familiennamen, nicht aber als Ehenamen geführt hat, auch bei Vorliegen besonderer Umstände nicht die Möglichkeit besteht, diesen Geburtsnamen als alleinigen Familiennamen fortzuführen. (Rn. 39)

BGH (XII. Zivilsenat),

Beschluss vom 13.05.2020 – XII ZB 427/19

I. Tatbestand:

- 1 Das Verfahren betrifft die Namensführung der Beteiligten zu 1 (im Folgenden: Angenommene) nach ihrer Volljährigenadoption durch die Beteiligte zu 2 (im Folgenden: Annehmende).
- 2 Die im Jahre 1964 geborene Angenommene ist seit Ende 1994 mit dem Beteiligten zu 3 verheiratet. Die Ehegatten behielten ihre Geburtsnamen W. und D. auch nach der Eheschließung bei. Aus der Ehe sind vier Kinder hervorgegangen, die als Geburtsnamen den Familiennamen der – als selbständige Hebamme tätigen – Angenommenen (W.) erhielten.
- 3 Angenommene und Annehmende haben mit notariell beglaubigtem Antrag die Annahme ohne die Wirkungen einer Minderjährigenadoption begehrt, und zwar unter Weiterführung des bisherigen Geburtsnamens W. als (alleinigem) Familiennamen der Angenommenen. Hilfsweise haben sie beantragt, dem neuen Familiennamen der Angenommenen B. deren bisherigen Familiennamen

W. voranzustellen (W.-B.). Das Amtsgericht hat dem Annahmebegehren stattgegeben, zur Namensführung aber lediglich dem Hilfsantrag entsprochen. Die gegen die Abweisung ihres Hauptantrags zur Namensführung gerichteten Beschwerden der beiden Beteiligten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen.

4 Mit ihren zugelassenen Rechtsbeschwerden verfolgen Angenommene und Annehmende das Begehren einer unveränderten Namensfortführung der Angenommenen weiter.

II. Aus den Gründen:

5 Das Verfahren ist nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG auszusetzen. Nach Überzeugung des Senats ist es mit dem von Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unvereinbar, dass gemäß §§ 1767 Abs. 2 Satz 1, 1757 BGB bei der sog. schwachen Volljährigenadoption für einen Angenommenen, der bis zur Annahme als Kind seinen Geburtsnamen als Familiennamen, nicht aber als Ehenamen geführt hat, auch bei Vorliegen besonderer Umstände nicht die Möglichkeit besteht, diesen Geburtsnamen als alleinigen Familiennamen fortzuführen.

6 Das Beschwerdegericht ist in seiner in FamRZ 2020, 514 veröffentlichten Entscheidung von der Zulässigkeit beider Beschwerden ausgegangen. Die Namensänderung sei als Folge der Annahme als Kind nicht von der die Unanfechtbarkeit regelnden Norm des § 197 Abs. 3 Satz 1 FamFG erfasst; sowohl die Angenommene als auch die Annehmende seien beschwerdebefugt im Sinne des § 59 FamFG.

7 Eine über den ausdrücklichen Wortlaut von § 1757 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 iVm § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB hinausgehende Auslegung dahingehend, dass ein volljähriger Angenommener in Einzelfällen seinen bisherigen Familiennamen unverändert beibehalten könne, sei jedoch nicht geboten. Eine planwidrige Regelungslücke liege nicht vor, weil der Gesetzgeber die namensrechtlichen Wirkungen der Volljährigenadoption bewusst nicht abweichend von den für die Adoption Minderjähriger geltenden Bestimmungen geregelt habe. Trotz geänderter Anschauungen hinsichtlich Ehe und Familie sowie der in Rechtsprechung und Literatur geäußerten Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit der namensrechtlichen Vorschriften bei der Volljährigenadoption habe der Gesetzgeber anlässlich der letzten Modifikationen des § 1757 BGB keine inhaltliche Änderung vorgenommen. Die für den Adoptionsfall vorgesehenen namensrechtlichen Regelungen seien auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Volljährigenadoption verfassungsgemäß.

8 Die Frage, ob die Regelung der §§ 1767 Abs. 2 Satz 1, 1757 BGB zum Geburts- und Familiennamen des Angenommenen bei der sog. schwachen Volljährigenadoption verfassungsgemäß ist, ist für die Entscheidung über die von der Angenommenen eingelegte Rechtsbeschwerde erheblich. Würde die Bestimmung gegen Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG verstoßen, wäre der Senat insoweit an einer Entscheidung gehindert, während bei Annahme der Verfassungsmäßigkeit der Regelung beide Rechtsbeschwerden zurückzuweisen wären.

9 1. Beide Rechtsbeschwerden sind statthaft und auch im Übrigen zulässig.

10 a) Die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde setzt neben den hier erfüllten Erfordernissen des § 70 FamFG voraus, dass zuvor die Erstbeschwerde eröffnet war. Konnte die erstinstanzliche Entscheidung von Gesetzes wegen nicht angefochten werden, ist auch eine Rechtsbeschwerde gegen die zweitinstanzliche Entscheidung – unbeschadet einer Zulassung durch das Beschwerdegericht – nicht statthaft (Senatsbeschlüsse vom 21. Juni 2017 – XII ZB 18/16 – FamRZ 2017, 1583 Rn. 6 mwN und vom 23. Mai 2012 – XII ZB 417/11 – FamRZ 2012, 1204 Rn. 4 mwN). Vorliegend war trotz § 197 Abs. 3 Satz 1 FamFG die Erstbeschwerde gegen den amtsgerichtlichen Annahmebeschluss gegeben, soweit der Hauptantrag auf unveränderte Fortführung des bisherigen Geburtsnamens der Angenommenen abgelehnt worden ist.

11 aa) Allerdings ist ein die Kindesannahme aussprechender Beschluss nach § 197 Abs. 3 Satz 1 FamFG nicht anfechtbar. Gleiches gilt für eine darin enthaltene – deklaratorische – Aussage zur Änderung des Geburtsnamens des Angenommenen, die sich ausdrücklich auf § 1757 Abs. 1 BGB bezieht und lediglich die unmittelbar aus dem Gesetz folgende Namensänderung wiedergibt (vgl. Senatsbeschluss vom 21. Juni 2017 – XII ZB 18/16 – FamRZ 2017, 1583 Rn. 8). Ob jedoch ein Annahmebeschluss der Anfechtung unterliegt, soweit damit zugleich ein Antrag zur Namensführung nach § 1757 Abs. 3 BGB abgelehnt wurde, hat der Senat bislang offengelassen (Senatsbeschluss vom 21. Juni 2017 – XII ZB 18/16 – FamRZ 2017, 1583 Rn. 7).

12 bb) Mit der in Rechtsprechung und Literatur weit überwiegend vertretenen Auffassung (vgl. OLG Bamberg FamRZ 2018, 1929; OLG Köln FamRZ 2003, 1773 f.; OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 1733; OLG Köln StAZ 1982, 278 f.; LG Braunschweig StAZ 1999, 336, 337; LG Koblenz StAZ 1983, 205; LG Berlin FamRZ 1979, 79; BeckOK BGB/Pöcker [Stand: 1. Februar 2020] § 1757 Rn. 13.1; Erman/Saar BGB 15. Aufl. § 1757 Rn. 14; Keidel/Engelhardt FamFG 20. Aufl. § 197 Rn. 24; MünchKommBGB/Maurer 8. Aufl. § 1757 Rn. 92; MünchKommFamFG/Maurer 3. Aufl. § 197 Rn. 93; NK BGB/Dahm 3. Aufl. § 1757

Rn. 33; Palandt/Götz BGB 79. Aufl. § 1757 Rn. 12; Prütting/Helms/Krause FamFG 4. Aufl. § 197 Rn. 42, 51; Staudinger/Helms BGB [2019] § 1757 Rn. 35; Frank StAZ 2008, 1, 6; aA Haußleiter/Eickelmann FamFG 2. Aufl. § 197 Rn. 28) ist dies zu bejahen.

13 (1) Nach seinem Wortlaut bezieht sich § 197 Abs. 3 Satz 1 FamFG allein auf den Ausspruch über die Annahme als Kind. Der Grund für die damit angeordnete, aus § 56 e Satz 3 FGG übernommene Unanfechtbarkeit des Annahmebeschlusses besteht darin, dass die Wirksamkeit einer von Annehmendem und Angenommenem gleichermaßen angestrebten Annahme nicht unnötig hinausgeschoben werden soll (vgl. BT-Drucks. 16/6308 S. 248 iVm BT-Drucks. 7/3061 S. 58 f.). Vielmehr soll der Annahmeausspruch im Interesse der Beteiligten möglichst bald wirksam werden (OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 1733; OLG Köln StAZ 1982, 278; LG Braunschweig StAZ 1999, 336, 337), weshalb der Eintritt der Wirksamkeit (vgl. § 197 Abs. 2 FamFG) auch nur von der Zustellung des Beschlusses an den Annehmenden (und nicht etwa zusätzlich an den Angenommenen) abhängt (vgl. BT-Drucks. 7/3061 S. 59). Anhaltspunkte dafür, dass sich die Unanfechtbarkeit des Ausspruchs zur Annahme auch auf eine – gleichzeitig erfolgte – Ablehnung eines Antrags zur Namensführung nach § 1757 Abs. 3 BGB erstrecken soll, lassen sich weder dem Gesetzeswortlaut noch den Materialien entnehmen (vgl. OLG Köln FamRZ 2003, 1773; OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 1733; OLG Köln StAZ 1982, 278).

14 (2) Es fehlt auch an durchgreifenden sachlichen Gründen für einen sofortigen Rechtskräfteintritt bezüglich der Ablehnung eines Namensführungsantrags.

15 Erfolgt die Klärung der richtigen Namensführung des Angenommenen erst im Instanzenzug, beeinträchtigt dies nicht das auf die Annahme als Kind gerichtete Interesse der Beteiligten, die durch die Unanfechtbarkeit des Annahmeausspruchs bereits Sicherheit über ihre verwandtschaftlichen Beziehungen erlangt haben (vgl. OLG Köln StAZ 1982, 278; LG Braunschweig StAZ 1999, 336, 337). Für Entscheidungen zur Namensführung außerhalb des Adoptionsrechts ist – je nach einschlägiger Rechtsgrundlage (z.B. §§ 1355, 1616 ff. BGB; §§ 1 ff. NamÄndG) – uneingeschränkt der ordentliche oder der Verwaltungsrechtsweg eröffnet; die damit einhergehende Unsicherheit bezüglich der endgültigen Namensführung wird hingenommen (NK-BGB/Dahm 3. Aufl. § 1757 Rn. 33). Entscheidungen zur Namensführung im Rahmen einer Adoption demgegenüber einer zusätzlichen Rechtskontrolle zu entziehen, ist nicht veranlasst (vgl. BeckOK BGB/Pöcker [Stand: 1. Februar 2020] § 1757 Rn. 13.1).

16 Die Namensführung bildet keinen so wesentlichen Bestandteil der Kindesannahme, dass sie zwingend zeitgleich mit dieser Rechtskraft erlangen müsste. Die in

§ 1757 Abs. 3 BGB vorgesehene zeitliche Verknüpfung der Namensbestimmung mit dem Annahmeausspruch ist auch dann noch gewahrt, wenn die Kindesannahme vom Amtsgericht verbindlich ausgesprochen wird und die endgültige Namensbestimmung erst anschließend im Rechtsmittelverfahren erfolgt (vgl. OLG Köln FamRZ 2003, 1773, 1774; StAZ 1982, 278 f.).

17 cc) Unterliegt mithin die Ablehnung eines Antrags betreffend die Namensführung des Angenommenen der Beschwerde nach § 58 Abs. 1 FamFG, so gilt dies auch für den vorliegenden Fall der Beantragung einer nach dem Gesetzeswortlaut so nicht vorgesehenen Namensführung. Denn die Rechtsmittelführerinnen machen gerade geltend, die Vorschrift sei verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass auch die alleinige Fortführung des bisherigen Geburtsnamens der Angenommenen zulässig ist.

18 b) Die Beschwerdebefugnis von Annehmender und Angenommener für das Verfahren der Rechtsbeschwerde folgt bereits daraus, dass ihre Erstbeschwerden zurückgewiesen worden sind (vgl. Senatsbeschlüsse vom 31. Oktober 2018 – XII ZB 288/18 – NJW-RR 2019, 129 Rn. 4 mwN und vom 5. November 2014 – XII ZB 117/14 – FamRZ 2015, 249 Rn. 4 mwN).

19 2. Der Rechtsbeschwerde der Annehmenden dürfte allerdings ein Erfolg unabhängig von der verfassungsrechtlichen Vorlagefrage schon deshalb versagt bleiben, weil ihre Erstbeschwerde unzulässig und daher zu verwerfen sein dürfte. Denn anders als die Angenommene (siehe NK-BGB/Dahm 3. Aufl. § 1757 Rn. 34; vgl. auch Kissner StAZ 2009, 316) war die Annehmende entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts nicht zur Beschwerde gegen die erstinstanzliche Ablehnung des Antrags auf Fortführung des Geburtsnamens der Angenommenen befugt.

20 a) Nach § 59 Abs. 1 FamFG steht die Beschwerde demjenigen zu, der durch die erstinstanzliche Entscheidung in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Dabei ist der Begriff der Rechtsbeeinträchtigung in § 59 Abs. 1 FamFG inhaltsgleich mit demjenigen der unmittelbaren Rechtsbetroffenheit in § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG. Eine Rechtsbeeinträchtigung liegt somit vor, wenn der Entscheidungssatz des angefochtenen Beschlusses unmittelbar in ein dem Beschwerdeführer zustehendes Recht eingreift. Eine Beeinträchtigung nur wirtschaftlicher, rechtlicher oder sonstiger berechtigter Interessen ist nicht ausreichend (Senatsbeschluss vom 25. April 2018 – XII ZB 414/16 – FamRZ 2018, 1184 Rn. 11 mwN).

21 b) Die Ablehnung des Antrags auf Fortführung des Geburtsnamens der Angenommenen greift nicht unmittelbar in ein der Annehmenden zustehendes Recht ein (vgl. NK-BGB/Dahm 3. Aufl. § 1757 Rn. 34; aA wohl Münch-

KommBGB/Maurer 8. Aufl. § 1757 Rn. 93; MünchKomm-FamFG/Maurer 3. Aufl. § 197 Rn. 93).

22 Gegenteiliges folgt nicht daraus, dass bei einer Volljährigenadoption eine von § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB abweichende Namensführung gemäß § 1757 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 iVm § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB – wie die Annahme selbst (§ 1768 Abs. 1 Satz 1 BGB) – eines Antrags des Annehmenden bedarf (vgl. OLG Bamberg FamRZ 2018, 1929; BeckOGK/Löhnig [Stand: 1. Mai 2019] BGB § 1757 Rn. 40) und der von der Annehmenden gestellte Hauptantrag zur Namensführung der Angenommenen erfolglos geblieben ist. Zwar steht, wenn ein Beschluss nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist, gemäß § 59 Abs. 2 FamFG nur dem Antragsteller die Beschwerde zu. Diese Regelung begründet allerdings keine eigenständige Beschwerdebefugnis, sondern setzt eine Beschwerdebefugnis nach § 59 Abs. 1 FamFG voraus. Dies gilt nur dann nicht, wenn ein Antrag – anders als hier – erstinstanzlich allein aus verfahrensrechtlichen Gründen zurückgewiesen worden ist (Senatsbeschluss vom 25. April 2018 – XII ZB 414/16 – FamRZ 2018, 1184 Rn. 10 mwN).

23 Bei einer Volljährigenadoption ist aber auch unter Berücksichtigung der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte nicht ersichtlich, dass die formelle Antragstellerposition hinsichtlich der Namensführung dem Schutz eines subjektiven Rechts des Annehmenden zu dienen bestimmt ist. Das grundsätzlich von Art. 6 Abs. 2 GG umfasste Recht der Eltern, bei Bestehen einer Wahlmöglichkeit darüber zu entscheiden, welchen Namen ein Kind tragen soll, unterfällt zwar grundsätzlich dem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG, ist aber allein im Rahmen der Sorgeverantwortung im Interesse des Kindes eingeräumt (BVerfGE 104, 373 = FamRZ 2002, 306, 310) und erlischt mit dessen Volljährigkeit (BVerfGE 72, 122 = FamRZ 1986, 871, 874 mwN). Der Annehmende wird auch nicht in seinen Rechten aus Art. 6 Abs. 1 GG beeinträchtigt, wenn dem Angenommenen die unveränderte Beibehaltung seines Geburtsnamens verwehrt wird. In den Rechtskreis des Annehmenden könnte nämlich allenfalls eine Namensbestimmung eingreifen, die dem Angenommenen gestattet, einen anderen Familiennamen zu führen als der Annehmende, weil dann die familiäre Zusammengehörigkeit der Adoptionsbeteiligten nicht mehr durch den Namen dokumentiert wäre (vgl. BVerfGE 19, 177 = NJW 1966, 340, 341). Schließlich ist auch das durch Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht des Annehmenden nicht berührt. Es erfasst nur die eigene Identität und Lebenssphäre, eröffnet dagegen kein Bestimmungsrecht über den Namen eines anderen Menschen. Dies gilt auch für Eltern, denen verfassungsrechtlich nicht im Interesse eigener Persönlichkeitsentfal-

tung, sondern allein im Interesse ihres (minderjährigen) Kindes ein Namensbestimmungsrecht eingeräumt wird (vgl. BVerfG FamRZ 2002, 877; BVerfGE 104, 373 = FamRZ 2002, 306, 310 mwN).

24 3. Demgegenüber hängt der Erfolg der von der Angenommenen eingelegten Rechtsbeschwerde von der Verfassungsmäßigkeit der Namensregelung in §§ 1767 Abs. 2 Satz 1, 1757 BGB ab. Denn das Beschwerdegericht hat zu Recht eine Gesetzesauslegung, wonach der Angenommenen die unveränderte Fortführung ihres Geburtsnamens W. als Familienname möglich wäre, abgelehnt.

25 a) Nach § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB erhält der Angenommene kraft Gesetzes als Geburtsnamen den Familiennamen des Annehmenden. Das Familiengericht kann auf Antrag gemäß § 1757 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB dem neuen Familiennamen des Angenommenen den bisherigen Familiennamen voranstellen oder anfügen, wenn dies aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Angenommenen erforderlich ist. Aufgrund der Verweisung in § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB gilt diese namensrechtliche Regelung sinngemäß auch bei der Annahme Volljähriger, soweit sich aus den auf diese Bestimmung folgenden Vorschriften nichts anderes ergibt. In § 1767 Abs. 2 Satz 3 BGB ist geregelt, dass sich die Änderung des Geburtsnamens bei einem verheirateten Angenommenen, dessen bisheriger Geburtsname zum gemeinsamen Familiennamen bestimmt wurde, nur dann auf den Ehenamen erstreckt, wenn sich der Ehegatte des Angenommenen der Namensänderung vor dem Ausspruch der Annahme anschließt.

26 b) Diese namensrechtliche Regelung ist der von der Rechtsbeschwerde begehrten Auslegung dahingehend, dass ein volljähriger Angenommener – jedenfalls bei Vorliegen besonderer Umstände, die die Angenommene hier für sich in Anspruch nimmt – seinen bisherigen Geburtsnamen als alleinigen Familiennamen fortführen darf, nicht zugänglich (vgl. Senatsbeschlüsse vom 21. Juni 2017 – XII ZB 18/16 – FamRZ 2017, 1583 Rn. 9 und vom 17. August 2011 – XII ZB 656/10 – FamRZ 2011, 1718 Rn. 18 f.).

27 aa) Nach seinem klaren Wortlaut ordnet § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB die Ersetzung des Geburtsnamens des Angenommenen durch den Familiennamen des Annehmenden als zwingende Adoptionsfolge an. Das Gesetz sieht insoweit nur die in § 1757 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB geregelte Einschränkung (Hinzusetzung des bisherigen Familiennamens bei schwerwiegenden Gründen) sowie als einzige Ausnahme in § 1767 Abs. 2 Satz 3 BGB bei verheirateten Angenommenen unter näher bestimmten Voraussetzungen die Beibehaltung des Ehenamens vor. Die Möglichkeit, den bisherigen Geburtsnamen unverändert fortzuführen, ist dagegen vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckt.

28 Der Umstand, dass § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB für Volljährigenadoptionen – bei Fehlen von Sondervorschriften – lediglich eine sinngemäße Anwendung der Vorschriften über die Annahme Minderjähriger vorschreibt, öffnet den Gesetzeswortlaut nicht für die von der Rechtsbeschwerde begehrte Auslegung. Zum einen hat der Gesetzgeber den Verweisungsbegriff „sinngemäß“ (vgl. auch §§ 736, 1615 n, 1716, 1747, 1758, 1908 i, 2168 a BGB) als synonym zu „entsprechend“ verwendet, was daraus folgt, dass letztgenannter Begriff im Gesetzesentwurf vorgesehen war (BT-Drucks. 7/3061 S. 8, 52), der auf Vorschlag des Rechtsausschusses – „sprachlich überarbeitet“ – umformuliert wurde (BT-Drucks. 7/5087 S. 21, 42). Zum anderen ändert die sinngemäße Geltung der Vorschriften über die Annahme Minderjähriger nichts daran, dass der Gesetzeswortlaut die unveränderte Fortführung des Geburtsnamens nicht vorsieht (vgl. auch Molls Rechtsprobleme der Erwachsenenadoption und ihre Lösung de lege ferenda S. 132; Maurer FamRZ 2009, 440).

29 bb) Dies entspricht auch dem durch die Gesetzgebungsgeschichte belegten Willen des Gesetzgebers.

30 (1) Die grundlegende Reform des Adoptionsrechts durch das Adoptionsgesetz vom 2. Juli 1976 (BGBl. I S. 1749) sollte der gewandelten sozialen Bedeutung von Adoptionen Rechnung tragen. Das bis dahin geltende Adoptionsrecht, welches eine Annahme auf vertraglicher Basis mit nur geringen rechtlichen Wirkungen vorsah, wurde als nicht mehr ausreichend erachtet. Fortan sollte ein anzunehmendes Kind durch Volladoption eine sichere Geborgenheit erlangen und – unter Auflösung der bisherigen Verwandtschaftsverhältnisse – mit allen Rechtswirkungen als eigenes Kind in die neue Familie aufgenommen werden (vgl. BT-Drucks. 7/3061 S. 1). Vor diesem Hintergrund sollte der Angenommene grundsätzlich den gleichen Familiennamen wie seine Adoptiveltern und -geschwister führen, um eine volle Eingliederung in die neue Familie zu erreichen. Zugleich erkannte der Gesetzgeber an, dass in bestimmten Fällen ein berechtigtes Interesse des Angenommenen an einer Weiterführung seines bisherigen Namens bestehe, in denen dem Angenommenen ermöglicht werden sollte, zwar nicht – wie vor der Reform – nach freier Wahl, aber ausnahmsweise auf Antrag dem neuen Namen seinen bisherigen Familiennamen hinzuzufügen, wenn dies seinem Wohl entspreche (BT-Drucks. 7/3061 S. 45).

31 Diese im Regierungsentwurf vorgeschlagene Ausnahmeregelung wurde schließlich in einer noch engeren, vom Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags empfohlenen Fassung (vgl. BT-Drucks. 7/5087 S. 37 f.) verabschiedet, die eine Hinzufügung des bisherigen Familiennamens nur gestattet, wenn dies aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Angenommenen erforder-

derlich ist. Der Rechtsausschuss befürwortete in seinem Bericht die Namensänderung des Angenommenen als zwingende Rechtsfolge der Adoption und betonte, dass ein Abweichen von diesem Grundsatz nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen zulässig sein sollte. Denn Unterschiede in der Namensführung seien geeignet, das Ziel der völligen Eingliederung des Angenommenen in die neue Familie zu gefährden. Deshalb solle die Hinzufügung des bisherigen Familiennamens nur dann in Betracht gezogen werden, wenn sich der Angenommene mit diesem Namen bereits identifiziert habe und der Namenswechsel störend auf die Familieneingliederung wirken könne (BT-Drucks. 7/5087 S. 18).

32 (2) Diese Erwägungen sind allerdings nur im Rahmen der Minderjährigenadoption erfolgt (vgl. BT-Drucks. 7/3061 S. 44 f.; BT-Drucks. 7/5087 S. 18). Bei der Volljährigenadoption finden namensrechtliche Aspekte hingegen an keiner Stelle der Materialien Erwähnung (vgl. BT-Drucks. 7/3061 S. 52 f.; BT-Drucks. 7/5087 S. 21), so dass sich diesen nicht unmittelbar entnehmen lässt, ob der Reformgesetzgeber eine abweichende Namensregelung erwogen hat, um etwaigen Besonderheiten der Volljährigenadoption Rechnung zu tragen. Der Reformgesetzgeber hat für die Volljährigenadoption die geringeren Rechtswirkungen des bis Ende 1976 geltenden Adoptionsrechts für die Annahme Volljähriger grundsätzlich als ausreichend erachtet (vgl. BT-Drucks. 7/3061 S. 23) und die Wirkungen daher im Vergleich zur Minderjährigenannahme beschränkt. Sie erstrecken sich nach § 1770 Abs. 1 und 2 BGB – von den Fällen der „starken“ Annahme nach § 1772 BGB abgesehen – nicht auf die Verwandten des Annehmenden, und auch das Verwandtschaftsverhältnis des Angenommenen zu seiner Herkunftsfamilie bleibt grundsätzlich unberührt.

33 Mit dieser abweichenden Regelung hat der Gesetzgeber jedoch die Eigenheiten der Volljährigenadoption anerkannt, zugleich aber davon abgesehen, hinsichtlich der namensrechtlichen Folgen der Volljährigenadoption ebenfalls Abweichendes zu bestimmen. Daher ist davon auszugehen, dass er die Volljährigenadoption über die Verweisungsnorm des § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB dem namensrechtlichen Regime des § 1757 BGB unterwerfen wollte. Die Annahme, dass sich der Verweisungswille gerade nicht auf diese Norm als eine der zentralen Regelungen des reformierten Adoptionsrechts beziehen sollte, ist fernliegend (vgl. *Molls* Rechtsprobleme der Erwachsenenadoption und ihre Lösung de lege ferenda S. 133 ff.; *Löhnig* FamRZ 2012, 679), wäre doch anderenfalls eine ausdrückliche abweichende Regelung – wie sie für andere Fragen in den §§ 1768 ff. BGB erfolgt ist – zu erwarten gewesen.

34 (3) Hinzu kommt, dass schon vor der Adoptionsrechtsreform eine (alleinige) Fortführung des bisherigen Geburtsnamens des Angenommenen nicht möglich war. Vielmehr sah das Bürgerliche Gesetzbuch seit seiner Ursprungsfassung (RGBl. 1896, 195 ff.) in § 1758 BGB aF stets vor, dass das Kind den Familiennamen des Annehmenden erhielt und diesem (vorbehaltlich des Annahmevertrags) allenfalls seinen früheren Familiennamen hinzufügen durfte. Dass die von der Rechtsbeschwerde befürwortete Auslegung mit dem Willen des Reformgesetzgebers, der die Regelung zur Namensführung nach einer Adoption nicht liberalisieren, sondern verschärfen wollte, in Einklang zu bringen ist, kann vor diesem Hintergrund ausgeschlossen werden.

35 (4) An der durch das Adoptionsgesetz geschaffenen Rechtslage sind im Übrigen auch im Zuge späterer Gesetzesänderungen – abgesehen von einer Lockerung der Voraussetzungen für eine Vornamensänderung (vgl. BT-Drucks. 12/2506 S. 1) – nur redaktionelle Anpassungen vorgenommen worden (vgl. BT-Drucks. 12/3163 S. 18; BT-Drucks. 13/4899 S. 115; BT-Drucks. 14/3751 S. 45; BT-Drucks. 16/6308 S. 347; BR-Drucks. 275/17 S. 25), obwohl die obergerichtliche Rechtsprechung weit überwiegend die unveränderte Fortführung des Geburtsnamens durch den volljährigen Angenommenen abgelehnt hatte (vgl. etwa OLG Hamm FamRZ 2012, 138; BayObLG FamRZ 2003, 1869 f.; OLG Karlsruhe StAZ 1999, 372, 373; OLG Karlsruhe NJW-RR 1999, 1089 f.; OLG Celle FamRZ 1997, 115 f.; vgl. auch Senatsbeschluss vom 17. August 2011 – XII ZB 656/10 – FamRZ 2011, 1718 Rn. 19 ff.). Vielmehr hat der Gesetzgeber die namensrechtlichen Folgen der Volljährigenadoption selbst dann unverändert gelassen, als er die ursprünglich in § 1757 Abs. 3 BGB enthaltene Bestimmung zur Erstreckung der Änderung des Geburtsnamens auf den Ehenamen des minderjährigen Angenommenen, die auf die Volljährigenadoption nur durch den Verweis in § 1767 Abs. 2 Satz 2 BGB anwendbar war, mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2429) ohne inhaltliche Abweichung in § 1767 Abs. 2 Satz 3 BGB verschoben hat.

36 cc) Die Ausnahmebestimmungen in §§ 1757 Abs. 3 Nr. 2, 1767 Abs. 3 Satz 2 BGB sind zudem eine gesetzes-systematische Bestätigung dafür, dass sich der Gesetzgeber die Frage vorgelegt hat, ob und ggf. für welche Fälle von der Regel des § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB Abweichendes gelten soll, und diese Frage abschließend beantworten wollte. Von diesen ausdrücklich normierten Ausnahmen abgesehen soll mit Hilfe der Namensübereinstimmung zwischen Annehmendem und Angenommenem stets die durch die Adoption bewirkte neue verwandtschaftliche Beziehung nach außen dokumentiert werden.

37 c) Mit Blick auf den im Gesetz eindeutig zum Ausdruck kommenden objektivierten Willen des Gesetzgebers (vgl. BVerfGE 133, 168 = NJW 2013, 1058 Rn. 66 mwN; Senatsbeschlüsse vom 22. April 2020 – XII ZB 383/19 – Rn. 17 mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt und vom 14. November 2018 – XII ZB 292/16 – FamRZ 2019, 181 Rn. 56) kommt die von der Rechtsbeschwerde unter Verweis auf verfassungsrechtliche Gründe geforderte abweichende Gesetzesauslegung nicht in Betracht (so auch OLG Hamm FamRZ 2012, 138; BayObLG FamRZ 2003, 1869 f.; OLG Karlsruhe StAZ 1999, 372, 373; OLG Karlsruhe NJW-RR 1999, 1089 f.; OLG Celle FamRZ 1997, 115 f.; AG Sangerhausen NJOZ 2013, 631, 632; MünchKommBGB/Maurer 8. Aufl. vor § 1741 Rn. 57 f.; Staudinger/Helms BGB [2019] § 1757 Rn. 9; Ebert Handbuch Namenrecht in Deutschland S. 106; Maurer FamRZ 2009, 440; aA OLG Hamm FamRZ 2013, 557, 559; AG Halberstadt RNotZ 2012, 574, 576; AG Leverkusen RNotZ 2009, 544 und FamRZ 2008, 2058, 2059). Denn die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenze dort, wo sie zum Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde. Der Respekt vor dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber verbietet es, im Wege der Auslegung einem nach Sinn und Wortlaut eindeutigen Gesetz einen entgegengesetzten Sinn beizulegen oder den normativen Gehalt einer Vorschrift grundlegend neu zu bestimmen (BVerfGE 138, 296 = NJW 2015, 1359 Rn. 132 mwN; Senatsbeschlüsse vom 22. April 2020 – XII ZB 383/19 – Rn. 27, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt und vom 1. Juli 2015 – XII ZB 89/15 – FamRZ 2015, 1484 Rn. 35).

38 Es ist zwar Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt, das geltende Recht anzupassen und unter Umständen fortzuführen. Dieser Aufgabe sind jedoch durch die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit, der Gesetzesbindung und der Gewaltenteilung Grenzen gesetzt. Danach ist es ausgeschlossen, dass die Gerichte Kompetenzen beanspruchen, die der Wahrnehmung durch den Gesetzgeber vorbehalten sind, indem sie sich aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben und sich damit der Bindung an Recht und Gesetz entziehen. Vielmehr muss die gesetzgeberische Entscheidung respektiert und der Wille des Gesetzgebers – auch unter gewandelten Bedingungen – möglichst zuverlässig zur Geltung gebracht werden. Eine Norminterpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, keinen Widerhall im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder – bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke – stillschweigend gebilligt ist, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein (st. Rspr., vgl. etwa BVerfG NJW 2019, 2837 Rn. 41 mwN; BVerfGE 128, 193 = FamRZ 2011, 437 Rn. 52 f. mwN). Innerhalb dieser Grenzen muss

sich auch eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung bewegen, die geboten ist, wenn von mehreren möglichen Normdeutungen nur eine zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führt. Aber auch eine verfassungskonforme Interpretation muss eine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige, insbesondere durch den Wortlaut des Gesetzes gedeckte Auslegung sein, die nicht dazu führen darf, dass das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht wird (st. Rspr., vgl. etwa BVerfGE 128, 326 = NJW 2011, 1931 Rn. 160; BVerfGE 119, 247 = NVwZ 2007, 1396, 1401 mwN). Das aber wäre hier der Fall, wenn man dem Gesetz die Möglichkeit des volljährigen Angenommenen entnähme, nach der Adoption seinen Geburtsnamen unverändert fortzuführen.

39 Der Senat ist davon überzeugt, dass diese gesetzliche Regelung zur Namensführung bei der sog. schwachen Volljährigenadoption gegen Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG verstößt, soweit sie einer volljährigen Person wie der hier Angenommenen, die bis zu ihrer Annahme als Kind ihren Geburtsnamen als Familiennamen, nicht aber als Ehenamen geführt hat, auch bei Vorliegen eines besonderen Kontinuitätsinteresses am eigenen Geburtsnamen die Möglichkeit verwehrt, diesen Geburtsnamen als alleinigen Familiennamen fortzuführen.

40 1. Zu dem durch Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Recht einer Person auf Entfaltung ihrer Persönlichkeit gehört der Schutz ihres Namens. Dieser Schutz umfasst neben dem Vornamen auch den Familiennamen. Erhält ein Kind einen Geburtsnamen als Familiennamen, verbindet sich dieser Name mit seiner Person (BVerfGE 109, 256 = FamRZ 2004, 515, 516 mwN). Er hilft ihm, seine eigene Identität zu finden und Individualität zu entwickeln (BVerfGE 104, 373 = FamRZ 2002, 306, 310). In dieser Funktion, dem Einzelnen als Mittel zur Selbsterkennung und zugleich zur Unterscheidbarkeit von anderen zu dienen, hat die Rechtsordnung den Namen seines Trägers zu respektieren und zu schützen (BVerfGE 109, 256 = FamRZ 2004, 515, 516 mwN; BVerfGE 78, 38 = FamRZ 1988, 587, 589). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt den Namensträger vor Entzug oder auferlegter Änderung seines Namens (BVerfGE 109, 256 = FamRZ 2004, 515, 517; BVerfGE 84, 9 = FamRZ 1991, 535, 538).

41 Indem § 1757 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 iVm § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB eine Änderung des Geburtsnamens des Angenommenen anordnet und – unter bestimmten Voraussetzungen – lediglich die Beifügung des bisherigen Geburtsnamens gestattet, trifft das Gesetz nicht nur eine das Namensrecht ausgestaltende Regelung, sondern greift in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein. Denn es verwehrt dem Angenommenen, seinen vor der Adoption geführten Namen als alleinigen Familiennamen fortzuführen.

42 2. Der Schutzanspruch eines Namensträgers ist allerdings nicht uneingeschränkt gewährleistet. Insbesondere hat der Einzelne kein uneingeschränktes Recht auf Beibehaltung seines geführten Namens (BVerfGE 78, 38 = FamRZ 1988, 587, 589). Eingriffe des Gesetzgebers in das Namensrecht dürfen aber angesichts des hohen Werts, der diesem zukommt, nicht ohne gewichtige Gründe und nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgen (BVerfGE 109, 256 = FamRZ 2004, 515, 517; BVerfGE 84, 9 = FamRZ 1991, 535, 538; BVerfGE 78, 38 = FamRZ 1988, 587, 589; Senatsbeschlüsse vom 13. November 2019 – XII ZB 118/17 – NJW 2020, 470 Rn. 31 und vom 17. August 2011 – XII ZB 656/10 – FamRZ 2011, 1718 Rn. 19 f.).

43 Dem entspricht es, dass nach Art. 8 Abs. 1 der als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten zu berücksichtigenden (vgl. BVerfGE 151, 101 = FamRZ 2019, 1061 Rn. 58 mwN) Europäischen Menschenrechtskonvention jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens hat und hierdurch auch der Name einer Person geschützt ist, selbst wenn Art. 8 Abs. 1 EMRK keine ausdrücklichen Regelungen im Hinblick auf die Namensgebung enthält. Denn als Mittel zur persönlichen Identität und Zeichen der Zugehörigkeit zu einer Familie betrifft der Name einer Person ihr Privat- und Familienleben (EGMR FamRZ 2014, 537 [Ls.]; StAZ 2008, 375, 377; FamRZ 2005, 427; NJW 2003, 1921, 1922). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte stellt zwar nicht jede Namensregelung einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK dar, wohl aber eine solche, die eine Verpflichtung zur Namensänderung beinhaltet. Ein derartiger Eingriff ist nur unter den Voraussetzungen des Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt, wobei ein fairer Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen gefunden werden muss (EGMR StAZ 2008, 375, 377; vgl. auch EGMR NJW 2003, 1921, 1922).

44 3. Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt die eine unveränderte Namensfortführung nach der Volljährigenadoption – nur mit der Ausnahme des § 1767 Abs. 2 Satz 3 BGB – versagende gesetzliche Regelung nicht (vgl. BeckOGK/Löhnig [Stand: 1. Mai 2019] BGB § 1757 Rn. 53 ff.; NK-BGB/Dahm 3. Aufl. § 1757 Rn. 28 und § 1767 Rn. 18; Molls Rechtsprobleme der Erwachsenenadoption und ihre Lösung de lege ferenda S. 135 ff.; Molls ZRP 2012, 174, 177; Adamietz in Festschrift für Kanzleiter S. 3, 23 ff.), weil es insoweit jedenfalls an der Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs fehlt.

45 a) Zwar verfolgt der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB einen legitimen Zweck (vgl. Molls Rechtsprobleme der Erwachsenenadoption und ihre Lösung de lege ferenda S. 136; vgl. auch BVerfGE 78,

38 = FamRZ 1988, 587, 589), nämlich die neue Zugehörigkeit des Angenommenen zur Familie des Annehmenden auch äußerlich sichtbar zu machen (vgl. BT-Drucks. 7/3061 S. 45).

46 b) Mangels einer Regelung zur alleinigen Fortführung des Geburtsnamens im Falle der „schwachen“ Volljährigenadoption selbst bei Vorliegen besonderer Umstände verstößt die gesetzliche Bestimmung nach Überzeugung des Senats aber gegen Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG.

47 aa) Nach dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss eine grundrechtsbeschränkende Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet und erforderlich sein. Sie ist geeignet, wenn der gewünschte Erfolg mit ihrer Hilfe gefördert werden kann, und erforderlich, wenn der Gesetzgeber kein anderes, das betreffende Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können. Ferner darf der mit der Maßnahme verbundene Eingriff nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache stehen (BVerfGE 78, 38 = FamRZ 1988, 587, 589 mwN).

48 bb) Die in § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgesehene Änderung des Geburtsnamens des Angenommenen ist infolge der dadurch bedingten gemeinsamen Namensführung von Annehmendem und Angenommenem fraglos geeignet, die zwischen ihnen neu begründete familiäre Zusammengehörigkeit für Dritte sichtbar zu machen (vgl. Molls Rechtsprobleme der Erwachsenenadoption und ihre Lösung de lege ferenda S. 137). Es ist auch nicht erkennbar, mit welchem milderem Mittel der neue familiäre Zusammenhang im Rechtsverkehr ebenso gut hätte sichtbar gemacht werden können wie mit einer übereinstimmenden Namensführung (vgl. Senatsbeschluss vom 13. November 2019 – XII ZB 118/17 – NJW 2020, 470 Rn. 29; im Ergebnis ebenso Molls Rechtsprobleme der Erwachsenenadoption und ihre Lösung de lege ferenda S. 137 ff.). Insbesondere die von der Rechtsbeschwerde angeführte Dokumentation des neuen Familienverhältnisses lediglich im Personenstandsregister (so auch Löhnig FamRZ 2012, 679, 681) wäre weniger gut geeignet, weil einer solchen keine der Namensführung vergleichbare Außenwirkung zukäme.

49 cc) Bei Vorliegen besonderer Umstände wird ein volljähriger Angenommener aber unzumutbar dadurch belastet, dass sich sein Geburtsname infolge der Adoption zwingend ändert und er seinen bisher geführten Namen nicht als alleinigen Familiennamen fortführen darf.

50 (1) Anders als bei der Minderjährigenadoption sowie bei der durch § 1772 BGB geregelten „starken“ Volljährigenadoption werden im Regelfall der Annahme eines Volljährigen als Kind gemäß § 1770 Abs. 2 BGB die Rechte und Pflichten aus den Verwandtschaftsverhältnissen des Angenommenen und seiner Abkömmlinge zu ihren

Verwandten nicht berührt, soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt. Die bisherigen Verwandtschaftsverhältnisse bestehen mithin fort, so dass die obligatorische Namensänderung dazu führt, dass die fortdauernde Zugehörigkeit zur Herkunftsfamilie in der Namensführung nicht mehr sichtbar ist. Da sich umgekehrt gemäß § 1770 Abs. 1 BGB die Wirkungen der Annahme eines Volljährigen nicht auf die Verwandten des Annehmenden erstrecken und der Ehegatte des Annehmenden nicht mit dem Angenommenen und dessen Ehegatte nicht mit dem Annehmenden verschwägert wird, findet durch die Volljährigenadoption gerade keine Vollintegration des – verwandtschaftlich weiterhin in vollem Umfang seiner ursprünglichen Familie zugehörigen – Angenommenen in die „neue“ Familie statt. Der gesetzlich angeordnete Wechsel des Geburtsnamens korrespondiert damit nicht vollständig mit dem nach der Adoption bestehenden verwandtschaftlichen Beziehungsgeflecht, sondern spiegelt nur einen – zudem zumindest bezogen auf die Zahl der Verwandten regelmäßig deutlich untergeordneten – Teilausschnitt der familiären Beziehungen des Angenommenen wider.

51 Zudem hat ein Volljähriger im Vergleich zu einem Minderjährigen regelmäßig ein ungleich stärkeres und mit fortschreitendem Alter weiter steigendes Interesse an einer Fortführung seines bisherigen Namens. Die Bedeutung dieses Kontinuitätsinteresses ist angesichts der identitätsstiftenden Funktion des Familiennamens als besonders hoch zu bewerten (vgl. BVerfGE 109, 256 = FamRZ 2004, 515, 517; BVerfGE 78, 38 = FamRZ 1988, 587, 589; Senatsbeschluss vom 13. November 2019 – XII ZB 118/17 – NJW 2020, 470 Rn. 31). Die Namenskontinuität steht dabei im Übrigen nicht nur im Interesse des Namensträgers, sondern dient auch allgemeinen Ordnungsinteressen (Senatsbeschluss vom 19. Februar 2014 – XII ZB 180/12 – FamRZ 2014, 741 Rn. 16 mwN).

52 (2) Auf der anderen Seite verliert die äußerliche Sichtbarkeit der Familienzugehörigkeit angesichts geänderter gesellschaftlicher Gepflogenheiten zunehmend an Bedeutung. Inzwischen tragen immer weniger Kinder denselben Namen wie ihre beiden Eltern. Dieser Umstand erklärt sich zum einen daraus, dass immer mehr Kinder aus nichtehelichen Partnerschaften hervorgehen. Zum anderen sind Ehegatten bereits seit April 1994 nicht mehr verpflichtet, einen Ehenamen zu führen (§ 1355 Abs. 1 BGB). In beiden Fällen erhalten die Kinder entweder den Namen des Vaters oder der Mutter als Geburtsnamen (vgl. §§ 1617, 1617 a BGB), so dass die Verwandtschaftsbeziehung von vornherein nur zu einem Elternteil durch die Namensführung nach außen hin dokumentiert ist (vgl. BVerfGE 104, 373 = FamRZ 2002, 306, 310 f. zur Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses von Kindesdoppelnä-

men). Mithin verliert der Name als Ausweis der Familienzugehörigkeit an Bedeutung (vgl. *Molls* Rechtsprobleme der Erwachsenenadoption und ihre Lösung de lege ferenda S. 141 f.; *Maurer* FamRZ 2009, 440), wobei es dem Gesetzgeber nach wie vor gestattet ist, am Leitbild der Namenseinheit innerhalb der Familie festzuhalten (vgl. auch BVerfGE 84, 9 = FamRZ 1991, 535, 538; BVerfGE 78, 38 = FamRZ 1988, 587, 589).

53 Bestätigt wird diese Entwicklung durch das Eckpunktetapier zur Reform des Namensrechts vom 11. Februar 2020, das die vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz und vom Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat eingerichtete Arbeitsgruppe erarbeitet hat (abzurufen unter bmi.bund.de [Abrufdatum: 13. Mai 2020]). Danach sind staatliche Ordnungsinteressen aufgrund der fortschreitenden Digitalisierung der öffentlichen Register nicht mehr in gleichem Maße tangiert (vgl. S. 4), eine Namensrückänderung nach einer Adoption soll ab dem 16. Lebensjahr ohne Gründe möglich sein und die Arbeitsgruppe spricht sich mehrheitlich sogar für eine anlasslose Namensänderung aus (vgl. S. 6), was Regelungen zur Namenswahl nach einer Adoption überflüssig machen würde (vgl. S. 8).

54 (3) Wenn der Gesetzgeber angesichts dieser Befunde für den Regelfall der Volljährigenadoption die Übernahme des Familiennamens des Annehmenden als Geburtsnamen des Angenommenen anordnet und damit die so nach außen erfolgende Dokumentation des neuen, zusätzlich geschaffenen Verwandtschaftsverhältnisses als vorrangig ansieht, mag dies von seinem gesetzgeberischen Gestaltungsermessen noch gedeckt sein. Es wird aber verfassungsrechtlich jedenfalls den Fällen nicht gerecht, in denen der angenommene Volljährige ein über den Regelfall hinausgehendes Kontinuitätsinteresse aufweist und diesem auf Grundlage der bestehenden Regelungen – etwa durch Fortführung des Ehenamens (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 17. August 2011 – XII ZB 656/10 – FamRZ 2011, 1718 Rn. 20) – nicht Rechnung getragen werden kann.

55 Besondere Umstände für ein gesteigertes Kontinuitätsinteresse können etwa in einem vergleichsweise höheren Lebensalter des Angenommenen liegen, der seinen Geburtsnamen schon mehrere Jahrzehnte auch im Erwachsenenalter als seinen Familiennamen geführt hat. Sie können sich gegebenenfalls auch aus der familiären Situation des Angenommenen ergeben, so wenn dieser – wie die Angenommene des vorliegenden Verfahrens – seinerseits Kinder hat, die seinen Geburtsnamen als ihren Familiennamen tragen.

56 (4) Die bei Vorliegen derartiger besonderer Umstände gegebene Unverhältnismäßigkeit des mit der zwingenden Namensänderung verbundenen Grundrechtsein-

griffs wird nicht im erforderlichen Umfang durch die bestehenden rechtlichen Möglichkeiten einer Abmilderung aufgewogen.

57 (a) Zwar kann der Angenommene unter den Voraussetzungen des § 1757 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB dem neuen Namen seinen bislang geführten Familiennamen hinzufügen, wenn dies aus schwerwiegenden Gründen zu seinem Wohl erforderlich ist. Dem Wunsch eines volljährigen Angenommenen nach einem – beide Familienzugehörigkeiten kenntlich machenden – Doppelnamen ist nach einhelliger Auffassung immer schon dann zu entsprechen, wenn hierfür nachvollziehbare persönliche, wirtschaftliche oder gesellschaftliche Interessen dargelegt werden (vgl. OLG Bamberg FamRZ 2018, 1929; OLG München FamRZ 2017, 1238, 1239; OLG Zweibrücken FamRZ 2016, 990, 991; OLG Celle FamRZ 1997, 115, 116; Münch-KommBGB/Maurer 8. Aufl. § 1757 Rn. 74; NK-BGB/Dahm 3. Aufl. § 1757 Rn. 22; Palandt/Götz BGB 79. Aufl. § 1757 Rn. 10; Prütting/Helms/Krause FamFG 4. Aufl. § 197 Rn. 42, 51; Staudinger/Helms BGB [2019] § 1757 Rn. 28). Aber auch ein solcher Doppelname stellt eine Durchbrechung der Namenskontinuität dar und kann daher im Einzelfall unverhältnismäßig in das höher zu gewichtende, durch Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Interesse des Angenommenen an einer vollständig unveränderten Namensfortführung eingreifen.

58 (b) Nichts anderes folgt daraus, dass das deutsche Namensrecht keine starre Namensführungspflicht vorsieht (vgl. BVerfGE 78, 38 = FamRZ 1988, 587, 589) und ein Angenommener deshalb im täglichen Leben auch weiterhin unter seinem bisherigen Namen auftreten kann (vgl. OLG Celle FamRZ 1997, 115, 116; Staudinger/Helms BGB [2019] § 1757 Rn. 9). Denn jedenfalls gegenüber staatlichen Stellen (vgl. § 111 Abs. 1 OWiG) ist der Angenommene verpflichtet, seinen durch die Annahme erlangten Familiennamen korrekt zu führen.

59 (c) Schließlich kann der Angenommene nicht auf ein Verfahren nach dem Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen (NamÄndG) verwiesen werden, um den im Einzelfall unverhältnismäßigen Grundrechtseingriff korrigieren zu lassen. Unabhängig davon, dass er während der Verfahrenslaufzeit den neuen Geburtsnamen führen müsste, erlaubt § 3 Abs. 1 NamÄndG die Änderung des Familiennamens nur, wenn ein wichtiger Grund sie rechtfertigt. Ein wichtiger Grund in diesem Sinne liegt vor, wenn die Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Namensträger an der Namensänderung die gegenläufigen Interessen an der Beibehaltung des Namens, zu denen insbesondere dessen Ordnungsfunktion gehört, überwiegt. Allerdings darf diese Abwägung nicht dazu führen, dass die allgemeinen gesetzlichen Wertentscheidungen des Namensrechts des Bürgerlichen

Gesetzbuchs für Erwerb und Änderung von Ehe- und Familiennamen revidiert oder umgangen werden. Denn das öffentlich-rechtliche Namensrecht ist an die allgemeinen Vorgaben des familienrechtlichen Namensrechts gebunden. Dementsprechend beschränkt sich die Bedeutung der Namensänderung nach § 3 NamÄndG darauf, in Ausnahmefällen individuellen Unzuträglichkeiten der Namensführung Rechnung zu tragen. Daraus folgt, dass ein wichtiger Grund im Sinne des § 3 Abs. 1 NamÄndG ein besonderes, die persönliche Situation der Namensträger prägendes Interesse verlangt, das den allgemeinen gesetzlichen Wertungen des familienrechtlichen Namensrechts nicht zuwiderläuft (BVerwG FamRZ 2017, 691 Rn. 6 mwN). Ob danach im Verwaltungsverfahren nach einer antragsgemäßen Volljährigenadoption mit der damit verbundenen Namensänderung ein wichtiger Grund für einen Namensrückwechsel anerkannt würde, ist für den jeweiligen Einzelfall zumindest offen und unterliegt einer anderen Beurteilung als derjenigen, die im Rahmen einer – derzeit nicht vorhandenen – Ausnahmebestimmung im Recht der Volljährigenadoption zu treffen wäre.

Nichtigkeit eines Ehevertrages – Sittenwidrigkeit aufgrund Zusammenwirkens aller im Vertrag enthaltenen Regelungen

FamFG § 74 Abs. 6 S. 4; BGB § 121 Abs. 2, § 125 S. 1, § 138 Abs. 1, § 142 Abs. 1, § 155, § 242, § 1570, § 1571 Nr. 3, § 1572, § 1615; EGBGB Art. 229 § 6 Abs. 1, Abs. 4, Abs. 5

Amtliche Leitsätze:

1. Auch wenn die ehevertraglichen Einzelregelungen zu einem weitgehenden Ausschluss des nachehelichen Unterhalts (bis auf den Betreuungsunterhalt) sowie zu einem Ausschluss des Versorgungsausgleichs und des Zugewinnausgleichs für sich genommen den Vorwurf der Sittenwidrigkeit noch nicht zu rechtfertigen vermögen, kann das objektive Zusammenwirken aller in dem Vertrag enthaltenen Regelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines der Ehegatten abzielen und damit zur objektiven Sittenwidrigkeit führen (im Anschluss an den in gleicher Sache ergangenen Beschluss des BGH vom 20.03.2019 – XII ZB 310/18 –, FamRZ 2019, 953). (Rn. 34 - 42 und 45 - 50)

2. Eine subjektive Vertragsimparität des benachteiligten Ehegatten kann sich vor dem Hintergrund seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit sowie seiner sprachlichen Unter-

legenheit im Beurkundungsverfahren ergeben. Dies gilt insbesondere dann, wenn der benachteiligte Ehegatte im Falle eines Verzichts auf die Eheschließung zusammen mit dem von ihm betreuten gemeinsamen Kind, welches sich noch im Säuglings- oder Kleinkindalter befindet, aus wirtschaftlichen Gründen in sein Heimatland zurückkehren müsste und dort einer ungesicherten wirtschaftlichen Zukunft entgegensehen würde (im Anschluss an den in gleicher Sache ergangenen Beschluss des BGH vom 20.03.2019 – XII ZB 310/18 –, FamRZ 2019, 953). (Rn. 54 – 64)

Redaktioneller Leitsatz:

Ergibt sich die Sittenwidrigkeit einzelner Abreden in einem Ehevertrag aus der Gesamtwürdigung des Vertrages, so erfasst die Nichtigkeitsfolge den gesamten Vertrag (ebenso BGH, BeckRS 2013, 790). (Rn. 70)

OLG Hamm (4. Senat für Familiensachen),
Beschluss vom 23.01.2020 – II-4 UF 86/17

► I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten streiten im Scheidungsverbund um einen Stufenantrag zum Zugewinnausgleich und die Wirksamkeit eines Ehevertrages.

2 Der 1968 geborene Antragsteller (im Folgenden: Ehemann) und die 1965 geborene Antragsgegnerin (im Folgenden: Ehefrau) schlossen am 2.10.1995 vor dem Standesamt D in W/USA die Ehe. Aus dieser sind vier gemeinsame Kinder hervorgegangen, der bereits vor der Eheschließung am 06.03.1995 geborene Sohn B und drei Töchter, J, geboren am ...02.1997, M2, geboren am ...12.1998, und O, geboren am ...03.2002. Spätestens seit dem 28.06.2014 leben die Beteiligten getrennt.

3 Der Ehemann ist deutscher Staatsangehöriger und von Beruf Kaufmann mit einem von ihm angegebenen monatlichen Nettoeinkommen von 15.000 €. Er ist Geschäftsführer und Gesellschafter eines aus einem Familienbetrieb hervorgegangenen mittelständischen Unternehmens. Die Ehefrau ist britische Staatsangehörige. Sie war vor der Ehe in England als ungelernte Buchhalterin im Speditionsunternehmen ihres Vaters tätig. Im Jahr 1993 gab sie ihre Tätigkeit in England auf und zog zu ihrem Ehemann nach Deutschland. Eine neue Erwerbstätigkeit nahm sie in Deutschland nicht auf. Ob und inwieweit sie weiterhin von Deutschland aus für das Unternehmen ihres Vaters arbeitete, ist zwischen den Parteien streitig. Auch während der gesamten Ehezeit war die Ehefrau nicht erwerbstätig, sondern betreute die vier gemeinsamen Kinder und führte den Haushalt.

4 Kurz vor der Eheschließung schlossen die Beteiligten am 25.9.1995 vor dem Notar E in M zur Urkundsrollennummer ...1995 einen notariell beurkundeten Ehevertrag. In den Eingangsbemerkungen der deutschsprachigen Niederschrift hieß es wie folgt:

„Die Erschlene zu 2. erklärte, sie sei der deutschen Sprache nicht hinreichend kundig. Die Erschienenen erklärten, sie seien damit einverstanden, dass der Notar den nachfolgenden Ehevertrag übersetze. Eine vorliegende schriftliche Übersetzung des Ehevertrages wurde den Beteiligten zur Durchsicht vorgelegt. Diese Übersetzung in englischer Sprache ist dieser Niederschrift als Anlage beigelegt. Der Notar wies darauf hin, dass auch ein Dolmetscher hinzugezogen werden könne oder eine gesonderte schriftliche Übersetzung verlangt werden könne. Die Vertragschließenden erklärten, sie seien mit der Übersetzung durch den Notar einverstanden.“

Der Notar verlas sodann den nachfolgenden Ehevertrag und die als Anlage dieser Niederschrift beigelegte englische Übersetzung, die beide von den Vertragschließenden genehmigt und unter der deutschen Fassung unterschrieben wurden.“

5 In den danach folgenden Vereinbarungen war festgehalten, dass der gewöhnliche Aufenthalt und Schwerpunkt der ehelichen Lebensverhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland liegen und für die allgemeinen – insbesondere güterrechtlichen – Wirkungen der Ehe deutsches Recht gelten solle. In § 2 des Ehevertrages hoben die Beteiligten den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft auf und vereinbarten Gütertrennung. Nach § 3 des Ehevertrages sollten Zuwendungen eines Ehegatten an den anderen Ehegatten bei Scheidung der Ehe nur bei ausdrücklicher Vereinbarung zurückgefordert werden können. Die Bestimmung lautete wie folgt:

„Zuwendungen eines Ehegatten an den anderen Ehegatten können bei Scheidung der Ehe nicht zurückgefordert werden. Die Scheidung der Ehe führt nicht zum Wegfall der Geschäftsgrundlage für derartige Zuwendungen, unabhängig vom Verschulden am Scheitern der Ehe. Eine Rückforderung ist nur dann möglich, wenn Sie bei der Zuwendung ausdrücklich vereinbart wurde.“

Soweit wir im Laufe unserer Ehe aus unseren Einkünften Rücklagen bilden, sind wir darüber einig, dass dieses so gebildete Vermögen zu gleichen Anteilen jedem der Ehepartner (also je zur Hälfte) zusteht.“

6 In der englischsprachigen Übersetzung des Ehevertrages, der der notariellen Niederschrift als Anlage beigelegt wurde, war der letzte Satz dieser Regelung wie folgt übersetzt:

„New property we get in our marriage belongs us half.“

7 Durch § 4 des Ehevertrages wurde der Versorgungsausgleich ausgeschlossen. § 4 enthält am Ende folgenden

Passus:

„Für die Ehefrau werden Beiträge zur Deutschen Rentenversicherung während der Ehe eingezahlt.“

8 In § 5 des Ehevertrages folgte ein wechselseitiger Verzicht auf nachehelichen Unterhalt einschließlich des Notunterhaltes. § 5 enthält sodann folgende Bestimmung:

„Ausgenommen hiervon ist der Fall, dass ein Ehegatte nach den gesetzlichen Vorschriften Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes verlangen könnte, (derzeit §§ 1570, 1572 Nr. 2 BGB). Mit dem Abschluss der Kinderbetreuung tritt der Verzicht wieder in Kraft. Im Anschluss an die Kinderbetreuung kann Unterhalt aus anderen gesetzlichen Gründen nicht verlangt werden.“

9 In § 6 des Ehevertrages war geregelt, dass das Sorgerecht für den gemeinsamen Sohn B, geb. am ...03.1995 im Falle der Scheidung der Ehe auf die Ehefrau übertragen werden sollte.

10 Die Beteiligten erwarben während der Ehe jeweils hälftiges Miteigentum an zwei Grundstücken, deren Wert sie jeweils mit 400.000 € angeben. Eines der Grundstücke ist unbebaut, das andere ist mit einem Haus bebaut, in dem sich die Ehewohnung befand und das weiterhin von der Antragsgegnerin und den gemeinsamen Kindern bewohnt wird. Weiteres Vermögen haben die Eheleute – bis auf das auf eine Lebensversicherung angesparte Kapital – nicht gebildet.

11 Der Scheidungsantrag des Ehemannes wurde der Ehefrau am 14. April 2016 zugestellt. Die Ehefrau hat die Durchführung des Versorgungsausgleichs beantragt und als Folgesache mit Stufenantrag (Auskunft, eidesstattliche Versicherung und Zahlung) einen Antrag auf Zugewinnausgleich anhängig gemacht.

12 Die Ehefrau hat unter näherer Darlegung die Auffassung vertreten, der Ehevertrag sei aufgrund der oben dargestellten Abweichung der deutschen und der englischen Fassung wegen Dissenses nichtig. Jedenfalls sei er wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig; der Vertrag halte weder einer Wirksamkeits- noch einer Ausübungskontrolle stand. Zumindest in einer Gesamtwürdigung zielten die ehevertraglichen Regelungen auf ihre einseitige Benachteiligung ab. Weder der Ausschluss von Unterhalt noch der Ausschluss eines Vermögensausgleichs in jedweder Form rechtfertige sich durch die Lebensverhältnisse der Beteiligten bei Vertragsschluss, den absehbaren Ehetypus oder sonstige berechnete Interessen des Ehemannes. Die Ehefrau hat behauptet, sie sei wegen der Betreuung und Erziehung der vier Kinder am Aufbau einer eigenen beruflichen Existenz gehindert gewesen. Bereits bei Schließung der Ehe sei abzusehen gewesen, dass der Ehemann erhebliches Vermögen aufbauen werde. Zudem sei eine eigene angemessene Altersvorsorge nicht gesichert gewesen, da sie lediglich

Rentenanwartschaften i.H.v. 96,83 € erworben habe. Die Ehefrau hat die Ansicht vertreten, auch die Umstände des Vertragsschlusses würden einen Verstoß gegen die guten Sitten begründen. Hierzu hat sie behauptet, bei der Eheschließung sei sie aufgrund einer Erkrankung des ältesten Kindes nach der Geburt emotional und psychisch sehr angegriffen gewesen, was ihre Verhandlungsposition beim Abschluss geschwächt habe. Diese Situation habe der Ehemann ausgenutzt. Zudem sei sie bei Abschluss des Ehevertrages aufgrund mangelnder Kenntnisse der deutschen Sprache benachteiligt gewesen. Der Vertrag sei ohne große Verhandlungen wenige Tage vor der Hochzeit geschlossen worden. Das Thema des Ehevertrages sei von ihrem Ehemann und dessen Vater erst ein oder zwei Wochen vor der Abreise der Beteiligten in die USA aufgebracht worden; zu diesem Zeitpunkt sei die Hochzeit bereits gebucht gewesen. Ihr eigener Vater, der sich allenfalls im englischen Recht auskannte, habe den deutschen Vertrag kaum ernsthaft prüfen können. Auch aufgrund des wirtschaftlichen Ungleichgewichts der Beteiligten bei Eheschließung habe sie sich in einer sozialen Abhängigkeit und damit stark unterlegenen Position befunden.

13 Vor dem Amtsgericht hat die Ehefrau in der mündlichen Verhandlung vom 15.03.2017 nur den Antrag auf erster Stufe zum Zugewinnausgleich gestellt sowie hilfsweise beantragt, Auskunft über das vom Antragsteller in der Ehezeit neu erworbene Vermögen bzw. über das in der Ehezeit ganz oder teilweise aus eigenen Einkünften erworbene Vermögen zu erteilen sowie weiter hilfsweise festzustellen, dass der Ehevertrag vom 25.9.1995 unwirksam sei.

14 Der Ehemann ist dem entgegengetreten und hat den Ehevertrag für wirksam gehalten. Ein Dissens habe nicht bestanden, da die englische Übersetzung Anlage des Vertrags gewesen sei, nicht aber selbst eine Willenserklärung bedeute. Auch würden bei sachgerechter Auslegung beide Vertragssprachen inhaltlich nicht voneinander abweichen. Der Vertrag sei auch nicht sittenwidrig. Der Ausschluss des Zugewinns werde nicht vom sogenannten Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts umfasst. Bei ihm als Selbständigen sei es legitim, wenn er danach getrachtet habe, die wirtschaftliche Substanz seines Unternehmens zu erhalten und nicht durch etwaige Ausgleichszahlungen zu gefährden, zumal das Unternehmen – insoweit unstreitig – die Lebensgrundlage für die Familie dargestellt habe. Der Vertrag sei nicht durch eine einseitige Dominanz seinerseits vorgegeben worden. Der Ehemann hat behauptet, die Familie seiner Ehefrau sei vermögend; sie verfüge über Grundbesitz in London und auf Mallorca. Er hat die Ansicht vertreten, auch eine Ausübungskontrolle hindere ihn nicht, sich auf die ehever-

traglichen Vereinbarungen zu berufen. Die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse weiche von der ursprünglichen, dem Vertrag zu Grunde liegenden Lebensplanung nicht grundlegend ab. Er hat weiter behauptet, ehebedingte Nachteile seien der Ehefrau nicht entstanden, da sie vor der Ehe lediglich als ungelernte Gehilfin Büro- und Buchhaltungsarbeiten im Speditionsbetrieb ihres Vaters ausgeführt habe. Dass sie wegen der Ehe auf ihre eigene berufliche Zukunft verzichtet habe, sei nicht ersichtlich. Schließlich habe sie jene Tätigkeit im Falle des Scheiterns der Ehe auch wieder aufnehmen können. Wegen des Lebensversicherungsvertrages habe die Ehefrau Versorgungsanwartschaften und – unstreitig – zudem Miteigentum an zwei Grundstücken erworben, was einen Wert von insgesamt 400.000 € bedeute. Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs sei für die Antragsgegnerin nur günstig, da die Eheleute bei Vertragsschluss von einer selbständigen Tätigkeit des Ehemannes ohne Beiträge in die gesetzliche Rentenversicherungssysteme sowie einer abhängigen, zumindest teilschichtigen Tätigkeit der Ehefrau ausgegangen seien.

15 Das Amtsgericht hat mit dem angefochtenen Teilfeststellungsbeschluss die Anträge der Ehefrau als unzulässig und im Hinblick auf den Feststellungsantrag als unbegründet zurückgewiesen. Der Vertrag sei weder wegen eines Dissenses unwirksam noch wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig. Hierzu hat das Amtsgericht mit umfassender Begründung ausgeführt, dass weder eine Einzelbetrachtung noch eine Gesamtwürdigung aller zum Nachteil der Ehefrau reichenden Klauseln zu einer Beurteilung des Vertrages als sittenwidrig führe. Eine lediglich auf die Einseitigkeit der Lastenverteilung gegründete tatsächliche Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit lasse sich bei familienrechtlichen Verträgen nicht aufstellen. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit sei in der Regel nicht gerechtfertigt, wenn sonst außerhalb der Vertragsurkunde keine verstärkenden Umstände zu erkennen seien, die auf eine subjektive Imparität, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit hindeuteten. Solche Umstände vermochte das Amtsgericht nicht festzustellen, was es im Einzelnen ausgeführt hat. Auch eine Ausübungskontrolle bedinge nicht, dass sich der Ehemann auf die Klauseln des Ehevertrages nicht berufen könne. Es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass sich im Verlauf der Ehe unvorhergesehene Dinge ergeben hätten, die Vertragsregelungen nunmehr in einem anderen Licht erscheinen lassen könnten. Auch dies hat das Amtsgericht im Einzelnen ausgeführt.

16 Mit ihrer gegen den Beschluss des Amtsgerichts eingelegten Beschwerde hat die Ehefrau ihren erstinstanzlich verfolgten Auskunftsantrag zum Güterrecht und

den zuvor hilfsweise gestellten Feststellungsantrag als Hauptanträge weiterverfolgt. Beide Parteien haben ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und vertieft.

17 Der Senat hat der Beschwerde mit am 18.06.2018 erlassenen Beschluss stattgegeben und die amtsgerichtliche Entscheidung abgeändert. Der Senat hat festgestellt, dass der zwischen den Beteiligten am 25. September 1995 geschlossene Ehevertrag nichtig sei. Weiter hat er den Ehemann verpflichtet, der Ehefrau Auskunft über sein gesamtes Vermögen mit allen Aktiva und Passiva zum 02. Oktober 1995 (Eheschließung), zum 28. Juni 2014 (Trennungstag) sowie zum 14. April 2016 (Zustellung Scheidungsantrag) zu erteilen und die wertbildenden Faktoren der zum Vermögen gehörenden Sachen, Sachgesamtheiten und Rechte, insbesondere Gesellschaftsanteile mitzuteilen. Die Rechtsbeschwerde hat der Senat zugelassen. Zur Begründung hat der Senat ausgeführt, der Ehevertrag sei zwar nicht nach § 125 S. 1 BGB i.V.m. § 1410 BGB mangels formgerechter Beurkundung formnichtig. Allerdings folge die Nichtigkeit des Vertrages wegen eines Dissenses im Sinne von § 155 BGB in einem wesentlichen Punkt. Die Beteiligten hätten sich insoweit tatsächlich nicht über die güterrechtlichen Folgen der Ehe geeinigt. Zwar sei in § 2 des Vertrages der nach deutschem Recht bestehende gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft abbedungen worden, in Wirklichkeit sei aber keine Einigung darüber erzielt worden, wie während der Ehe erworbenes Vermögen zwischen den Beteiligten verteilt werden sollte. Der versteckte Einigungsmangel führe dazu, dass der Vertrag nicht zustande gekommen sei. Es könne insbesondere nicht angenommen werden, dass der Ehevertrag ohne die Bestimmung zum Güterrecht geschlossen worden wäre. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den am 18.06.2018 verkündeten Beschluss des Senats (Bl. 448 bis 456 der Akten) verwiesen.

18 Auf die Rechtsbeschwerde des Ehemannes hat der BGH mit am 20.03.2019 – XII ZB 310/18 – verkündetem Beschluss (veröffentlicht in FamRZ 2019, 953) den angefochtenen Beschluss des Senats vom 18.06.2018 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung – auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens – an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. Die Annahme des Senats, der Ehevertrag sei wegen eines versteckten Einigungsmangels im Sinne von § 155 BGB insgesamt nicht zustande gekommen, sei rechtsfehlerhaft, was der BGH im Einzelnen ausgeführt hat. Eine Nichtigkeit des Ehevertrages wegen eines Formmangels gemäß § 125 BGB i.V.m. § 1410 BGB hat der BGH verneint. Da der Senat in dem angefochtenen Beschluss zu der danach entscheidungserheblichen Frage der Sittenwidrigkeit des Ehevertrages bislang keine Feststellungen

getroffen hatte, hat der Bundesgerichtshof den angefochtenen Beschluss aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. Dabei hat sich der BGH veranlasst gesehen, Hinweise für das weitere Verfahren zu geben. Der Ehevertrag erweise sich, so der BGH unter näherer Begründung, im Rahmen einer Gesamtwürdigung als objektiv sittenwidrig. Aus dem objektiven Zusammenspiel einseitig belastender Regelungen könne aber nur dann auf die weiter erforderliche verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten geschlossen werden, wenn die Annahme gerechtfertigt sei, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine subjektive Imparität widerspiegele als eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten. Als außerhalb der Vertragsurkunde liegende Anhaltspunkte für eine unterlegene Verhandlungsposition der Ehefrau hat der BGH dabei auf zwei Aspekte abgestellt, und zwar eine mögliche wirtschaftliche Abhängigkeit und auf eine sprachliche Unterlegenheit der Ehefrau. Insoweit bedürfe es allerdings im Hinblick auf eine wirtschaftliche Abhängigkeit weiterer Feststellungen, ob die Ehefrau aufgrund ihres familiären Vermögenshintergrundes genügend finanzielle Unabhängigkeit besessen habe, um dem Ansinnen des Ehemannes auf Abschluss des Ehevertrages entgegenzuwirken oder auf die Gestaltung des Ehevertrages maßgeblich Einfluss nehmen zu können. Dabei sei auch von Bedeutung, ob die Ehefrau im Falle des Scheiterns der Beziehung mit dem Kind nach England hätte zurückkehren und ihre vor der Übersiedlung nach Deutschland ausgeübte Berufstätigkeit im familiären Unternehmen neben der Kinderbetreuung hätte fortsetzen können.

19 Nach dieser Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht haben beide Eheleute insbesondere zur subjektiven Imparität – über den bereits erfolgten und Beschwerdeverfahren vertieften Vortrag hinaus – ergänzend vorgetragen.

20 Die Ehefrau behauptet, im Zeitpunkt des Ehevertrages sei eine Rückkehr in die im Jahr 1993 aufgegebenen und zuvor ausgeübte kaufmännische Tätigkeit im Familienbetrieb des Vaters nicht möglich gewesen. Nach dem Umzug nach M habe sie anfänglich zwar noch für einen gewissen Zeitraum Buchhaltungsarbeiten für ihren Vater erledigt. Mit der Schwangerschaft des ältesten Kindes habe sie diese Tätigkeit aber eingestellt. Ihr Vater habe ihre Stelle dann mit einem neuen Mitarbeiter besetzt; er habe nämlich gut ein Jahr nach ihrem Ausscheiden aus dem Betrieb einen neuen Mitarbeiter für sie eingestellt. Ihr Vater habe ihr die alte Stelle daher nicht wiedergeben können und aufgrund ihrer familiären Situation als Mutter mit einem Säugling auch nicht wiedergeben wollen. Sie selbst habe über keinerlei Einkommensmöglichkeiten

verfügt. Eine finanzielle Unterstützung durch ihre Eltern im Sinne eines Einzugs in das Elternhaus und ein Unterhalt durch ihre Eltern wäre aus ihrer Sicht eine „persönliche Katastrophe“ gewesen. Ersparnisse oder Immobilienvermögen habe sie im Jahr 1995 nicht besessen. Eine ihr vormals gehörende 2-Zimmer-Wohnung in London sei auf Betreiben der Bank verwertet worden. Bei Rückkehr nach London wäre sie obdachlos gewesen oder hätte ihre Eltern um Aufnahme bitten müssen, die zwar nicht unermöglicht, aber auch nicht so reich seien, dass diese sie finanziell hätten umfassend auffangen können. Letzteres sei zudem für sie keine ernsthafte Option als Alternative zu einer Eheschließung mit Ehevertrag gewesen.

21 Die Ehefrau beantragt,

1. den Antragsteller zu verpflichten, ihr in der ersten Stufe in einer zusammenhängenden und aus sich heraus verständlichen Aufstellung Auskunft über sein gesamtes Vermögen mit allen Aktiva und Passiva zum 02.10.1995 (Anfangsvermögen Eheschließung), 14.04.2016 (Stichtag Zustellung des Scheidungsantrags), sowie 02.06.2014 (Trennungstag) zu erteilen und in der Auskunft die wertbildenden Faktoren der zum Vermögen gehörenden Sachen, Sachgesamtheiten und Rechte, insbesondere Gesellschaftsanteile mitzuteilen;
2. hilfsweise den Antragsteller zu verpflichten, ihr Auskunft zu erteilen über ihr gesamtes in der Ehezeit neu erworbenes Vermögen,
3. weiter hilfsweise Auskunft zu erteilen über das in der Ehezeit ganz oder teilweise aus eigenen Einkünften erworbene Vermögen,
4. außerdem festzustellen, dass der zwischen den Beteiligten am 25.09.1995 vor dem Notar E in M zur Urkundenrolle Nummer ...1994 geschlossene Ehevertrag unwirksam ist.

22 Der Ehemann beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

23 Er behauptet ergänzend, seine Ehefrau, die über eine vergleichbare Ausbildung wie er verfüge, hätte unschwer nach England zurückkehren oder auch in Deutschland leben können. Ihr eigener Unterhalt und der Kindesunterhalt wären durch seine Unterhaltszahlungen sichergestellt gewesen. Auch habe die Ehefrau nach der Übersiedlung nach Deutschland im Home Office noch nach Abschluss des Ehevertrages, und zwar bis zur Geburt des zweiten Kindes, für die Firma ihres Vaters als Buchhalterin gearbeitet. Sie habe ihre Tätigkeit auch nach der Eheschließung von Deutschland aus fortsetzen oder nach London zurückkehren können, was der Ehemann im Einzelnen ausführt. Vor diesem Hintergrund sei die Eheschließung für den ökonomischen Rückhalt der Ehefrau nicht erforderlich gewesen. Auch habe sie aufgrund ihres familiären Vermögenshintergrundes genügend finan-

zielle Unabhängigkeit besessen, um dem Abschluss des Ehevertrages entgegenzutreten zu können oder maßgeblich auf seinen Inhalt Einfluss zu nehmen. Die Familie der Ehefrau sei vermögend, was im Einzelnen ausgeführt wird. Bei dem Speditionsunternehmen handele es sich um ein mittelständisches Unternehmen mit einem Verkehrswert von mehreren Millionen Euro. Der finanzielle Hintergrund der Ehefrau sei bei Vertragsschluss besser gewesen als sein eigener. Weiter macht der Ehemann geltend, auf Verlangen seiner Frau sei nach Überprüfung des Vertragsentwurfes die Regelung in § 6 – was zwischen den Parteien unstreitig ist – in den Vertrag aufgenommen worden. Aus diesem Umstand folgert der Ehemann, dass eine sachkundige Prüfung des Vertrages stattgefunden und die Ehefrau Einfluss auf die Vertragsgestaltung gehabt habe. Weiter behauptet der Ehemann, die Väter der Beteiligten hätten ausführlich über den Vertragsentwurf gesprochen. Eine sprachliche Unterlegenheit der Ehefrau, die sich auf den Ehevertrag ausgewirkt hätte, habe nicht vorgelegen. Die Ehefrau habe auch Gelegenheit gehabt, den Ehevertrag vorher durch einen Rechtsanwalt überprüfen zu lassen, und habe hiervon auch Gebrauch gemacht. Darüber hinaus greift der Ehemann die Ausführungen des Bundesgerichtshofs an. Er ist der Ansicht, der BGH habe seinen Hinweisen einen zum Teil unrichtigen Sachverhalt, insbesondere eine unvollständige Wiedergabe des Ehevertrages zugrunde gelegt, was bereits bei der Prüfung des objektiven Tatbestandes des § 138 BGB zu falschen Schlüssen geführt habe. Tatsächlich sei bereits die objektive Sittenwidrigkeit zu verneinen. Auch die Hinweise zur subjektiven Imparität würden nicht überzeugen, was im Einzelnen ausgeführt wird.

24 Der Senat hat die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung angehört und Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen X und T. Wegen der Einzelheiten wird auf das Sitzungsprotokoll vom 07.10.2019 und vom 23.01.2020 sowie die jeweiligen Berichterstatteervermerke vom gleichen Tage Bezug genommen.

► II. Aus den Gründen:

25 Die nach § 58 ff., 117 Abs. 1 FamFG zulässige Beschwerde der Ehefrau hat in der Sache Erfolg.

26 1. Der nach §§ 113 Abs. 1 FamFG, 256 Abs. 1 ZPO zulässige Feststellungsantrag der Ehefrau (Beschwerdeantrag zu Ziffer 4.) ist begründet. Es ist festzustellen, dass der am 25.09.1995 zwischen den Beteiligten geschlossene Ehevertrag nichtig ist.

27 a. Der Ehevertrag vom 25.09.1995 ist allerdings nicht – wie vom Senat in seinem Beschluss vom 18.06.2018 vertreten – wegen eines versteckten Einigungsmangels

im Sinne von § 155 BGB nicht wirksam zustande gekommen. Der BGH hat mit am 20.03.2019 verkündetem Beschluss auf die Rechtsbeschwerde des Ehemannes den Beschluss des Senats vom 18.06.2018 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Nach § 74 Abs. 6 S. 4 FamFG entfaltet diese Entscheidung Bindungswirkung im Hinblick auf die für die Aufhebung und Zurückverweisung durch das Rechtsbeschwerdegericht ursächliche, d.h. diese unmittelbar herbeiführende, rechtliche Beurteilung (vgl. BGH Beschluss vom 10.02.2011 – V ZB 318/10 –, Rn. 7, juris; Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 19. Auflage, § 74 Rn. 93). Danach steht vorliegend bindend fest, dass der Feststellungsantrag zulässig ist, der Ehevertrag aber nicht wegen eines versteckten Einigungsmangels im Sinne von § 155 BGB nicht wirksam zustande gekommen ist.

28 Soweit der BGH außerhalb der seine Entscheidung tragenden Begründung Hinweise für das weitere Verfahren gegeben hat und zwar zu einer Sittenwidrigkeit des Ehevertrages nach § 138 BGB, haben diese hingegen keinen der Rechtskraft fähigen Entscheidungsinhalt (vgl. BGH, Urteil vom 18.10.1989 – IVb ZR 84/88 –, juris Rn. 9).

29 b. Der Ehevertrag ist auch nicht in Folge einer von der Ehefrau (konkludent) erklärten Anfechtung nichtig, § 142 Abs. 1 BGB. Denn eine mögliche Anfechtung scheitert in jedem Fall an der Ausschlussfrist des § 121 Abs. 2 BGB. Nach Art. 229 § 6 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 und Abs. 4 EGBGB endete diese spätestens am 31.12.2011.

30 c. Der Ehevertrag ist allerdings wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

31 aa. Nach ständiger höchstrichterlichen Rechtsprechung unterliegen die gesetzlichen Regelungen über nachehelichen Unterhalt, Zugewinn und Versorgungsausgleich grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten; einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zu Gunsten des berechtigten Ehegatten kennt das geltende Recht nicht (BGH, Urteil vom 11. 02.2004 – XII ZR 265/02 –, juris Rn. 35). Die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen darf indes nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint. Die Belastungen des einen Ehegatten wiegen dabei umso schwerer und die Belange des anderen Ehegatten bedürfen umso genauerer Prüfung, je

unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift. Zu diesem Kernbereich gehört in erster Linie der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB). Im Übrigen wird man eine Rangabstufung vornehmen können, die sich vor allem danach bemisst, welche Bedeutung die einzelnen Scheidungsfolgenregelungen für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lage haben (vgl. zu allem BGH, Beschluss vom 29.01.2014 – XII ZB 303/13 –, Rn. 16 juris, m.w.N.).

32 Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle hat der Tatrichter dabei zunächst zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB) (BGH, Beschluss vom 29.01.2014 – XII ZB 303/13 –, Rn. 16, juris). Selbst wenn die ehevertraglichen Einzelregelungen zu den Scheidungsfolgen jeweils für sich genommen den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht zu rechtfertigen vermögen, kann sich ein Ehevertrag nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung im Rahmen einer Gesamtwürdigung als insgesamt sittenwidrig erweisen, wenn das Zusammenwirken aller in dem Vertrag enthaltenen Regelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt (BGH, Beschluss vom 17.01.2018 – XII ZB 20/17 –, Rn. 17, juris; Beschluss vom 15.03.2017 – XII ZB 109/16 –, Rn. 38, juris jeweils m.w.N.).

33 bb. Nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen ist der Senat bei der gebotenen Gesamtschau von folgenden Erwägungen ausgegangen:

34 (1) Die objektiven Voraussetzungen für das Verdikt der Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB sind zu bejahen. Dabei vermögen in objektiver Hinsicht vorliegend zwar die vertraglichen Einzelregelungen zu den Scheidungsfolgen bei isolierter Betrachtungsweise für sich den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht zu rechtfertigen, im Rahmen einer Gesamtwürdigung erweist sich der Ehevertrag jedoch als insgesamt sittenwidrig, da das objektive Zusammenwirken aller in dem Vertrag enthaltenen Regelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung der Ehefrau abzielt.

35 (a) Wie angeführt, rechtfertigen die ehevertraglichen Einzelregelungen zu den Scheidungsfolgen für sich genommen den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht.

Hierzu im Einzelnen:

36 (aa) Die in § 5 des Ehevertrages zum Unterhalt getroffenen Vereinbarungen, wonach die Eheleute im Falle

der Scheidung gegenseitig auf nachehelichen Unterhalt einschließlich Notunterhalt mit Ausnahme des Betreuungsunterhaltes und möglicherweise des Anschlusskrankenunterhalts (vgl. dazu weiter unten) verzichten, stellen sich für die Ehefrau zwar durchweg als nachteilig dar, vermögen aber isoliert betrachtet nicht den Vorwurf der Sittenwidrigkeit zu begründen. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang zunächst, dass entgegen der Ansicht des Ehemannes der Altersunterhalt gem. § 1571 Nr. 3 BGB nach dem eindeutigen Wortlaut der Urkunde durch den Ehevertrag ausgeschlossen worden ist. In § 5 des Ehevertrages wird von dem Verzicht nur der Fall ausgenommen, dass ein Ehegatte nach den gesetzlichen Vorschriften Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes verlangen könnte, „(derzeit §§ 1570, 1572 Nr. 2 BGB)“. Die Norm des § 1571 Nr. 3 BGB wird im Vertragstext nicht benannt. Dass auch diese Norm – wie von dem Ehemann eingewandt – von der Ausnahmeregelung erfasst sein sollte, findet in der Urkunde keinerlei Andeutung. Nichts anderes gilt im Übrigen für die anderen Alternativen des § 1571 BGB.

37 Nach der vom BGH entwickelten Rangfolge der Scheidungsfolgen gehört zu deren Kernbereich in erster Linie der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB), der schon im Hinblick auf seine Ausrichtung am Kindesinteresse nicht der freien Disposition der Ehegatten unterliegt. Freilich ist auch er nicht jeglicher Modifikation entzogen (vgl. BGH, Beschluss vom 15.03.2017 – XII ZB 109/16 –, Rn. 31, juris m.w.N.). Die Eheleute haben den Betreuungsunterhalt im vorliegenden Fall in § 5 des Ehevertrages gerade nicht ausgeschlossen oder dem Grunde nach eingeschränkt, sondern diesen vom Unterhaltsausschluss ausgenommen.

38 Die Unterhaltsansprüche wegen Alters und Krankheit (§§ 1571, 1572 BGB) sind nach ständiger Rechtsprechung des BGH zwar ebenfalls dem Kernbereich der Scheidungsfolgen zuzurechnen; ihr Ausschluss begegnet allerdings für sich genommen unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB keinen Bedenken, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht absehbar ist, ob, wann und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten ein Ehegatte wegen Alters oder Krankheit unterhaltsbedürftig werden könnte (vgl. BGH, Beschluss vom 15. März 2017 – XII ZB 109/16 –, Rn. 32, juris; Urteil vom 31.10.2012 – XII ZR 129/10 –, Rn. 20, juris). Vorliegend war im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbar, dass die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses 30 Jahre alte Ehefrau wegen Alters oder Krankheit unterhaltsbedürftig werden würde.

39 Ob der Anschlusskrankenunterhalt im Anschluss an die Kindesbetreuung gem. § 1572 Nr. 2 BGB durch § 5 des Ehevertrages ebenfalls ausgeschlossen werden sollte, wird nach dem Wortlaut der notariellen Urkunde nicht deutlich. Einerseits wird die Vorschrift in § 5 Abs. 2 S. 1 des

Ehevertrages zur Erläuterung des vom Verzicht ausgenommenen Betreuungsunterhalts neben § 1570 BGB ebenfalls genannt. Andererseits sprechen die Sätze 2 und 3 des fraglichen Absatzes der Vertragsklausel deutlich dafür, dass der Verzicht auf nachehelichen Unterhalt sich uneingeschränkt auf alle gesetzlichen Unterhaltstatbestände mit Ausnahme des Betreuungsunterhalts erstrecken sollte. Selbst wenn man davon ausginge, dass der Anschlusskrankenunterhalt (ab Beendigung der Betreuung) nicht ausgeschlossen werden sollte, war dieser aber für die Ehefrau nicht von großem Wert, auch wenn nach der seinerzeitigen Rechtslage eine vollschichtige Erwerbsobliegenheit erst einsetzte, wenn das Kind 15 bis 16 Jahre alt war.

40 (bb) Die Eheleute haben in § 4 des Ehevertrages den gesetzlichen Versorgungsausgleich ausgeschlossen. Ein Ausschluss des dem Kernbereich der Scheidungsfolgen zuzuordnenden Versorgungsausgleichs ist nach § 138 Abs. 1 BGB für sich genommen unwirksam, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund des bereits beim Vertragsschluss geplanten (oder zu diesem Zeitpunkt schon verwirklichten) Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint (vgl. BGH, Beschluss vom 29.01.2014 – XII ZB 303/13 –, Rn. 20, juris). Das ist dann der Fall, wenn sich ein Ehegatte, wie schon beim Vertragsschluss geplant oder verwirklicht, der Betreuung der gemeinsamen Kinder gewidmet und deshalb auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit in der Ehe verzichtet hat. In diesem Verzicht liegt ein Nachteil, den der Versorgungsausgleich gerade auf beide Ehegatten gleichmäßig verteilen will und der ohne Kompensation nicht einem Ehegatten allein angelastet werden kann, wenn die Ehe scheitert (vgl. BGH, Beschluss vom 29.01.2014 – XII ZB 303/13 –, Rn. 20, juris). Zwar war bereits bei Abschluss des Ehevertrages zu erwarten oder lag zumindest im Bereich des Möglichen, dass die Ehefrau die Kinder für einen längeren Zeitraum betreuen und daher auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit zumindest zeitweise verzichten würde. Allerdings ist unstreitig, dass zur Zeit des Vertragsschlusses auf Seiten des Ehemannes zu erwarten war, dass dieser keine Anwartschaften aufbauen würde, die dem Versorgungsausgleich unterfallen würden. Die Altersvorsorge sollte von ihm vielmehr im Wesentlichen durch seine Unternehmensbeteiligungen und ggf. auch durch den Abschluss von Kapitallebensversicherungen erfolgen. Im Zeitpunkt des für die Sittenwidrigkeit maßgeblichen Vertragsschlusses war daher zu erwarten, dass die Ehefrau von der Durchführung eines Versorgungsausgleichs nicht profitieren würde. Aus diesem Grund vermag der Ausschluss des Versorgungsausgleichs als solches für sich nicht die Sittenwidrigkeit zu begründen.

41 (cc) Der Ausschluss des Zugewinns durch die Vereinbarung der Gütertrennung in § 2 des Ehevertrages rechtfertigt für sich nicht die Sittenwidrigkeit des Vertrages. Der Zugewinnausgleich wird vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht umfasst; er erweist sich – auch wegen der vom Gesetz ausdrücklich zur Verfügung gestellten verschiedenen Güterstände – ehevertraglicher Gestaltung am weitesten zugänglich (vgl. BGH, FamRZ 2004, 601). Der BGH hat an der Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs auch für Unternehmeherehen festgehalten, in denen der selbständig erwerbstätige Ehegatte seine Altersvorsorge nicht durch die Bildung von Vorsorgevermögen im Sinne des § 2 VersAusglG, sondern im Wesentlichen durch die Ansammlung privaten Vermögens aufbaut. Ein vertraglicher Ausschluss des Zugewinnausgleichs ist auch dann nicht im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle zu korrigieren, wenn bereits bei Vertragsschluss absehbar gewesen ist, dass sich der andere Ehegatte ganz oder teilweise aus dem Erwerbsleben zurückziehen würde und ihm deshalb eine vorhersehbar nicht kompensierte Lücke in der Altersversorgung verbleibt. Vielmehr hat der BGH ein überwiegendes legitimes Interesse des erwerbstätigen Ehegatten anerkannt, das Vermögen seines selbständigen Erwerbsbetriebes durch die Vereinbarung der Gütertrennung einem möglicherweise existenzbedrohenden Zugriff seines Ehegatten im Scheidungsfall zu entziehen und damit nicht nur für sich, sondern auch für die Familie die Lebensgrundlage zu erhalten (vgl. BGH, Beschluss vom 15.03.2017 – XII ZB 109/16 – Rn. 36, juris; BGH, FamRZ 2007, 1310).

42 (b) Im Rahmen einer Gesamtwürdigung erweist sich der Ehevertrag allerdings als objektiv sittenwidrig, da das objektive Zusammenwirken aller in dem Vertrag enthaltenen Regelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung der Ehefrau abzielt.

43 Der BGH ist in seinem Beschluss vom 20.03.2019 – XII ZB 310/18 – in objektiver Hinsicht im vorliegenden Fall von einer solcherart einseitigen vertraglichen Lastenverteilung zum Nachteil der Ehefrau ausgegangen. Diese Ausführungen binden den Senat zwar nicht, in der Sache schließt sich dieser jedoch den überzeugenden Ausführungen des BGH nach eigener Prüfung vollumfänglich an.

44 Danach gilt hier Folgendes:

45 (aa) Wie bereits ausgeführt, wurden durch den Ehevertrag der Alters- und Krankheitsunterhalt (möglicherweise abgesehen von § 1572 Nr. 2 BGB) ausgeschlossen. Bei diesen handelt es sich um Unterhaltstatbestände, die dem Kernbereich der Scheidungsfolgen zuzuordnen sind. Insoweit war schon bei Vertragsschluss mit höherer Wahrscheinlichkeit auf Seiten der Ehefrau – als dem Ehegatten mit den potentiell geringeren Verdienstmöglichkeiten – eine spezifische Bedürfnislage absehbar (BGH, Beschluss vom 20.03.2019 – XII ZB 310/18 –, Rn. 37, juris).

46 (bb) Die Ehefrau betreute im Zeitpunkt der Eheschließung bereits ein aus der Beziehung hervorgegangenen Säugling; auch nach den Angaben des Ehemanns haben sich die Beteiligten seinerzeit zumindest die Geburt eines weiteren gemeinsamen Kindes vorstellen können. Das von den Beteiligten in der Folgezeit tatsächlich verwirklichte Ehemodell, in dem sich die Ehefrau unter vollständigem Verzicht auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit für längere Zeit allein der Kinderbetreuung und Haushaltsführung widmete, lag somit schon bei Abschluss des Ehevertrags jedenfalls im Bereich des Möglichen. Unter diesen Umständen war mit ehebedingten Versorgungsnachteilen von vornherein allein auf Seiten der Ehefrau zu rechnen. Selbst wenn der Ausschluss des Versorgungsausgleichs wegen einer aufseiten des Ehemanns ausschließlich auf Bildung von Privatvermögen gerichteten Altersvorsorgestrategie aus der maßgeblichen Sicht bei Vertragsschluss für die Ehefrau in beschränktem Ausmaß vorteilhaft gewesen sein mag, ändert dies nichts daran, dass durch die Übernahme der Familienarbeit vorhersehbare Versorgungsnachteile zu erwarten waren, denen wegen der vereinbarten Gütertrennung keine Teilhabe an dem vom Ehemann gebildeten und seiner Altersversorgung dienenden Vermögen gegenüberstehen würde (BGH, Beschluss vom 20.03.2019 – XII ZB 310/18 –, Rn. 38, juris).

47 (cc) Das Verdikt einer objektiv einseitigen Lastenverteilung wird in der Gesamtbetrachtung auch durch die im Vertrag enthaltenen Regelungen zur Einzahlung von Beiträgen in die gesetzliche Rentenversicherung und zur gemeinsamen Vermögensbildung aus Einkommensrücklagen nicht in Frage gestellt (BGH, Beschluss vom 20.03.2019 – XII ZB 310/18 –, Rn. 39, juris).

48 Sofern man § 4 des Ehevertrags entnehmen könnte, dass für die Ehefrau – was tatsächlich zu keinem Zeitpunkt erfolgt ist – durch Entrichtung freiwilliger Beiträge während der Ehezeit ein Anrecht in der gesetzlichen Rentenversicherung gebildet werden sollte, fehlt es bereits an jeder verbindlichen und konkreten Festlegung zur Höhe der Beitragszahlung. Insoweit hätte den vertraglichen Regelungen daher schon durch die Zahlung von Mindestbeiträgen Genüge getan werden können. Die Mindestbeitragsbemessungsgrundlage für die freiwillige Versicherung betrug nach der Rechtslage im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein Siebtel der monatlichen Bezugsgröße (§ 167 SGB VI in der seit dem 01.01.1992 geltenden Fassung). Nach den Rechengrößen für die Sozialversicherung im Jahr 1995 (vgl. FamRZ 1995, 208 f.) ergab sich bei einem Beitragssatz von 18,6% und einer Bemessungsgrundlage von 580 DM ($1/7 \cdot 4.060$ DM) ein monatlicher Mindestbeitrag in Höhe von 107,88 DM, was einer jährlichen Beitragszahlung von 1.294,56 DM ent-

spricht. Mit dieser Beitragsleistung hätte im Jahr 1995 ein Rentenanspruch in Höhe von 0,1365 Entgeltpunkten erworben werden können ($1.294,56 \text{ DM} \cdot 0,0001054764$ Umrechnungsfaktor Beiträge in Entgeltpunkte). Es ist evident, dass ein Anspruch in dieser Größenordnung zur Kompensation von Versorgungsnachteilen aufgrund des Verzichts auf eine eigene versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit gänzlich unzureichend gewesen wäre (BGH, Beschluss vom 20.03.2019 – XII ZB 310/18 –, Rn. 40, juris).

49 Der Regelung in § 3 des Ehevertrags über die gemeinsame Vermögensbildung aufgrund von Rücklagen aus dem Einkommen lässt sich von vornherein keine Verpflichtung des Ehemanns zur Erbringung bestimmter Kompensationsleistungen entnehmen, zumal die Entscheidung, ob und gegebenenfalls welche Einkommensbestandteile während der Ehezeit zur gemeinsamen Vermögensbildung verwendet werden, einer späteren Beschlussfassung der Eheleute – und damit auch dem Mitbestimmungsrecht des Ehemanns – vorbehalten bleiben (BGH, Beschluss vom 20.03.2019 – XII ZB 310/18 –, Rn. 41, juris).

50 (dd) Der Ehemann wendet sich gegen die Erwägungen des BGH, mit denen dieser eine objektive Sittenwidrigkeit begründet hat, mit umfassenden Ausführungen. In diesem Zusammenhang rügt er auch, die Argumentation des BGH zu § 4 Abs. 3 des Ehevertrages trage dem Sachverhalt und der bisherigen Rechtsprechung keine Rechnung. Der Umstand, so der Einwand des Ehemannes, dass die Begründung von gesetzlichen Rentenansprüchen nicht möglich gewesen sei, hätte nicht im Rahmen des § 138 BGB, sondern erst gemäß § 242 BGB bei der Ausübungskontrolle berücksichtigt werden können. Die Annahme, dass die Parteien nur Mindestbeträge geleistet hätten, entbehre jeglicher tatsächlicher Grundlage. Auch habe sich der BGH nicht mit der bisherigen Rechtsprechung auseinander gesetzt, wonach nur ehebedingte Versorgungsanteile auszugleichen seien und die Übertragung von Immobilien und ggf. Lebensversicherungen (wie geschehen) eine zureichende Kompensation für einen Verzicht auf Versorgungsausgleich darstellen könne. Diese Einwendungen des Ehemannes vermögen ebenso wie die weiteren Angriffe gegen die Begründung der objektiven Sittenwidrigkeit nicht zu überzeugen. Der Regelung des § 4 Abs. 3 des Ehevertrages, die der Ehefrau einen Vorteil einräumen soll, kommt (nur) für die Frage Bedeutung zu, ob diese ggf. im Zusammenwirken mit weiteren vertraglichen Regelungen geeignet ist, die (bestehenden) vertraglichen Regelungen zum Nachteil der Ehefrau zu kompensieren. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Regelung des § 4 Abs. 3 des Ehevertrages auch vom BGH beleuchtet worden. Eine Kompensation,

die womöglich geeignet ist, bei einer Gesamtbetrachtung trotz bestehender nachteiliger Regelungen eine Sittenwidrigkeit des Ehevertrages zu verneinen, kann aber nur in dem Umfang einer vertraglichen Verpflichtung des Ehemannes bzw. eines vertraglichen Anspruchs der berechtigten Ehefrau bejaht werden. Insbesondere kann in diesem Zusammenhang nicht auf spätere Umstände – wie den Abschluss der Lebensversicherung im Jahr 2002 oder die Übertragung der Miteigentumsanteile an den Grundstücken abgestellt werden. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Frage der Sittenwidrigkeit ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages. Nur wenn eine Sittenwidrigkeit des Ehevertrages nach § 138 BGB zu verneinen ist, kommt man in einem nächsten Schritt zu der sog. Ausübungskontrolle. Mit dieser Prüfungsfrage hat sich der BGH in dem Beschluss vom 20.03.2019 – XII ZB 310/18 –, folgerichtig nicht auseinandergesetzt. Auch die übrigen Einwände des Ehemannes, der BGH trage seiner bisherigen Rechtsprechung keine hinreichende Rechnung und weiche von dieser ab, fußen in weiten Teilen auf einer unzureichenden Differenzierung und Vermengung einzelner Prüfungsstufen, vornehmlich der Abgrenzung einer Wirksamkeitskontrolle nach § 138 BGB von der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB für den Fall, dass die Vereinbarung nicht schon nach § 138 BGB sittenwidrig und damit unwirksam ist. Mögliche im Verlauf der Ehe eingetretene Vermögenskompensationen der Ehefrau durch den Erwerb von Miteigentumsanteilen oder sonstigen Vermögenswerten mögen im Rahmen einer Ausübungskontrolle als mögliche Kompensationen der durch den Vertrag geschaffenen Nachteile der Ehefrau von Relevanz sein; für eine derartige Ausübungskontrolle ist vorliegend – wie ausgeführt – aber kein Raum, da der Vertrag bereits einer Wirksamkeitskontrolle nicht standhält und wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig ist, wie im Folgenden weiter zu begründen sein wird.

51 (2) Auch das subjektive Element der Sittenwidrigkeit ist vorliegend zu bejahen. Mit der höchststrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGH, Beschluss vom 20.03.2019 – XII ZB 310/18 –, Rn. 42; Beschluss vom 17.01.2018 – XII ZB 20/17 – Rn. 19, juris jeweils m.w.N.) geht der Senat davon aus, dass aus dem objektiven Zusammenspiel einseitig belastender Regelungen nur dann auf die weiter erforderliche verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten geschlossen werden kann, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiegelt. Ein unausgewogener Vertragsinhalt mag zwar ein gewisses Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition des belasteten Ehegatten

sein. Gleichwohl wird das Verdikt der Sittenwidrigkeit in der Regel nicht gerechtfertigt sein, wenn außerhalb der Vertragsurkunde keine verstärkenden Umstände zu erkennen sind, die auf eine subjektive Imparität hindeuten, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit (vgl. vgl. BGH, Beschluss vom 20.03.2019 – XII ZB 310/18 –, Rn. 42; Beschluss vom 17.01.2018 – XII ZB 20/17 –, Rn. 19, juris; Beschluss vom 15.03.2017 – XII ZB 109/16 –, Rn. 39, juris jeweils m.w.N.). **52** Vorliegend ist die Annahme einer subjektiven Imparität zu Lasten der Ehefrau bei Abschluss des Ehevertrages im Ergebnis zu bejahen.

53 (a) Eine solche unterlegene Verhandlungsposition der Ehefrau kann allerdings nicht schon aus dem Gang der Vertragsverhandlungen, ihrer physischen und psychischen Konstitution bei Vertragsschluss und den äußeren Gegebenheiten des Beurkundungstermins gefolgert werden. So wurde der Ehefrau der Vertragsentwurf vor dem Notartermin in einem hinreichenden zeitlichen Abstand zum Beurkundungstermin zur Verfügung gestellt und ihr damit jedenfalls die Möglichkeit einer Prüfung – auch durch eine fachkundige Beratung – eröffnet. Auf ihr Verlangen kam es dann zu der Ergänzung des Vertrages durch Einfügen des § 6 (Übertragung des Sorgerechts für das gemeinsame Kind auf die Ehefrau), wobei sich diese Ergänzung nicht auf die wirtschaftlichen Folgen einer Ehescheidung bezog. Dass sich die Ehefrau bei Vertragsschluss in einer physischen oder psychischen Ausnahmesituation befand, die Auswirkungen auf ihre Verhandlungsposition hatte, vermochte der Senat ebenfalls nicht festzustellen. Auch wenn sich diese aufgrund von gesundheitlichen Beeinträchtigungen Bs kurz nach der Geburt weiter vordringlich um dessen Wohlergehen sorgte mit der Folge einer erheblichen Beeinträchtigung des eigenen körperlichen und seelischen Wohlbefindens, so vermag dies nicht eine Zwangslage bei Vertragsschluss zu begründen. Auch vermochte der Senat nicht festzustellen, dass B beim Beurkundungstermin zugegen war und die Ehefrau den Beurkundungstermin daher möglichst schnell hinter sich bringen wollte (vgl. insoweit BGH, Beschluss vom 15.03.2017 – XII ZB 109/16 – Rn. 43, juris). Die Beteiligten haben im Verhandlungstermin vor dem Senat hierzu unterschiedliche Angaben gemacht. Die Ehefrau hat insoweit angegeben, B sei zugegen gewesen, was der Ehemann allerdings in Abrede gestellt hat. Der Senat hat keine Anhaltspunkte dafür, den Angaben der Ehefrau mehr Glauben zu schenken als denen des Ehemannes.

54 (b) Die Annahme einer subjektiven Vertragsimparität rechtfertigt sich vorliegend aber vor dem Hintergrund einer wirtschaftlichen Abhängigkeit der Ehefrau im Rahmen der Eheschließung und des Abschlusses des Ehever-

trages sowie deren sprachlicher Unterlegenheit im Beurkundungsverfahren.

55 (aa) Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bestehen Anhaltspunkte für eine unterlegene Verhandlungsposition regelmäßig dann, wenn der mit dem Verlangen auf Abschluss eines Ehevertrages konfrontierte Ehegatte erkennbar ohne den ökonomischen Rückhalt der Ehe einer ungesicherten wirtschaftlichen Zukunft entgegensehen würde (vgl. BGH, Beschluss vom 20.03.2018 – XII ZB 310/18; Beschluss vom 29.01.2014 – XII ZB 303/13, juris jeweils m.w.N.).

56 So liegt der Fall hier.

57 Im Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages im September 1995 ging die Ehefrau keiner bezahlten Erwerbstätigkeit nach und bezog mithin kein eigenes Erwerbseinkommen. Insoweit ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die Ehefrau nach der Übersiedlung von Großbritannien nach Deutschland hier keine neue Erwerbstätigkeit aufnahm. Darüber hinaus steht nach der durchgeführten Beweisaufnahme zur Überzeugung des Senats fest, dass sie die vormals für ihren Vater ausgeübte Tätigkeit jedenfalls bei Abschluss des Ehevertrages nicht mehr ausübte.

58 Die Ehefrau hat hierzu im Rahmen ihrer Anhörung vor dem Senat angegeben, noch einige Zeit für ihren Vater von Deutschland aus die Buchhaltung gemacht zu haben, nachdem sie im Jahr 1993 nach Deutschland gekommen sei, wobei sie diesen Zeitraum in ihrer Anhörung am 07.10.2019 mit circa einem Jahr, in der Anhörung am 23.01.2020 mit ein paar Monaten beziffert hat. Ob sie hierfür ein Entgelt erhielt, vermochte die Ehefrau nicht mehr genau zu erinnern. Der Zeuge X, der Vater der Ehefrau, hat die Angaben seiner Tochter im Kern bestätigt. Er hat bei seiner Zeugenvernehmung vor dem Senat ausgesagt, seine Tochter habe noch bis zur Einstellung einer Ersatzkraft in seiner Firma ca. zwei bis vier Monate nach der Übersiedlung nach Deutschland für sein Unternehmen von Deutschland aus gearbeitet. Ein Entgelt habe sie für diese Tätigkeit nicht erhalten. Im Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages im Jahr 1995 sei ihre Tätigkeit für sein Unternehmen in jedem Fall beendet gewesen.

59 Die Angaben des Zeugen X erachtet der Senat als glaubhaft. Sie waren in sich schlüssig und widerspruchsfrei. Der Zeuge X hat im Einzelnen umfassende und detaillierte Angaben zur Tätigkeit seiner Tochter für sein Unternehmen, zum familiären Vermögenshintergrund, zu einer möglichen Rückkehr seiner Tochter nach England und in sein Unternehmen im Falle des Scheiterns der Beziehung sowie zu Gesprächen über den Vertragsentwurf gemacht. Dass der Zeuge dabei – ebenso wie die Ehefrau – Einzelheiten nicht mehr genau zu erinnern vermochte und beispielsweise den Zeitraum der Fortführung der Tä-

tigkeit für das Unternehmen von Deutschland aus nicht exakt angeben konnte, spricht nicht gegen die Glaubhaftigkeit der Aussage. Dieser Umstand ist vielmehr angesichts des langen Zeitablaufs erklärbar und plausibel. Der Senat verkennt in diesem Zusammenhang nicht, dass der Zeuge X aufgrund der familiären Verbundenheit in einem besonderen Näheverhältnis zu seiner Tochter steht und dementsprechend ein Interesse an deren Obsiegen in dem vorliegenden Verfahren hat. Dieser Umstand ist für sich betrachtet ohne das Hinzutreten weiterer Anhaltspunkte jedoch nicht geeignet, Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen zu begründen oder die Glaubhaftigkeit der Aussage in Frage zu stellen. Aussageimmanente Kriterien, die auf eine bewusste oder unbewusste Falschaussage hindeuten, vermochte der Senat nicht zu erkennen. Nach dem Eindruck des Senats war der Zeuge X bei seiner Vernehmung auch erkennbar bemüht, die Fragen des Senats – soweit erinnerlich – erschöpfend und wahrheitsgemäß zu beantworten. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass der Senat die Angabe des Zeugen X, nach circa zwei bis drei Monaten nach dem Umzug seiner Tochter nach Deutschland eine Ersatzkraft für sie im Unternehmen eingestellt zu haben, auch als lebensnah erachtet. So war letztere unstreitig zuvor vollschichtig für das Unternehmen tätig. Dass sie diese Tätigkeit neben der Betreuung eines Säuglings von Deutschland aus nicht fortführen konnte, scheint naheliegend.

60 Die Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen X wird nicht durch die Angaben des Ehemannes und des Zeugen T erschüttert. Der Ehemann hat im Rahmen seiner Anhörung vor dem Senat zwar angegeben, seine Frau habe selbst nach einem Umzug in ein angemietetes Haus Mitte 1995 noch für ihren Vater gearbeitet. Zum genauen Umfang vermochte er hingegen keine Angaben zu machen, dies bedingt durch die eigene arbeitsbedingte Abwesenheit. Er hat insoweit angegeben, seine Frau habe regelmäßig Faxe bekommen, sie habe oft gesessen und gearbeitet, wenn der Sohn geschlafen habe und auch abends habe sie gesessen und gearbeitet. Zu dem Inhalt der Faxe hat der Ehemann keine Angaben gemacht. Auch vermochte er keine Angaben zu einem möglichen Verdienst für diese Arbeiten zu tätigen. Aus den vorgenannten Angaben des Ehemannes vermag der Senat – deren Richtigkeit unterstellt – nicht den Schluss zu ziehen, dass die Ehefrau noch im Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages die Buchhaltung für die Firma ihres Vaters machte und ihre bisherige Tätigkeit in dem Unternehmen fortführte. Es mag zwar sein und es ist auch naheliegend, dass sie weiterhin im Austausch mit ihrem Vater stand und für diesen gelegentlich auf freiwilliger Basis noch tätig war. So hat der Zeuge X auf erneute Nachfrage selbst angegeben, seine Tochter habe hier und da mal

freiwillig und ohne Bezahlung geholfen, wenn sie Fragen gehabt hätten. Dies rechtfertigt aber nicht die Annahme einer Fortführung ihrer vormals ausgeübten Erwerbstätigkeit. Entsprechendes gilt für die Angaben des Zeugen T, der ausgesagt hat, seine Schwiegertochter habe im Jahr 1997 noch Tätigkeiten für ihren Vater erledigt und in der Firma seien Unterlagen für sie per Fax aus England angekommen, wobei auch der Zeuge T keine Angaben zu dem Inhalt der Unterlagen tätigen konnte. Auch aus dieser Aussage kann nicht geschlussfolgert werden, dass die Ehefrau weiterhin die Buchhaltung für das Unternehmen des Vaters beständig fortführte, zumal der Zeuge T selbst angegeben hat, er habe nicht verstanden, was seine Schwiegertochter da mache; als Buchhaltung habe er das nicht erkennen können.

61 Nach Maßgabe des Vorgenannten war die Ehefrau im Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages selbst nicht erwerbstätig, sondern kümmerte sich um die Betreuung des gemeinsamen knapp sieben Monate alten Säuglings und den Haushalt, während der Ehemann durch seine Erwerbstätigkeit für den Lebensunterhalt der Familie sorgte. Ohne die Eingehung der Ehe hätte ihr als ledige Mutter neben dem Anspruch auf Kindesunterhalt für den gemeinsamen Sohn lediglich ein Unterhaltsanspruch aus Anlass der Geburt nach § 1615 I BGB zugestanden. Dieser endete nach der zum damaligen Zeitpunkt noch geltenden Gesetzesfassung des § 1615 I BGB a.F. (Fassung vom 19.08.1969) spätestens ein Jahr nach der Entbindung, § 1615 I Abs. 2 S. 3 BGB. Auch nach der Gesetzesfassung ab 01.10.1995 (Fassung vom 21.08.1995) endete der Unterhaltsanspruch spätestens drei Jahre nach der Entbindung und war damit eher schwach ausgeprägt.

62 Nach der durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die Ehefrau auch nicht über eine hinreichende finanzielle Unabhängigkeit verfügte, um dem Ansinnen ihres Ehemannes auf Abschluss des Ehevertrages entgegenzutreten oder auf die Gestaltung in finanzieller Hinsicht maßgeblich Einfluss zu nehmen, sondern vielmehr aus ökonomischen Gründen in Anbetracht ihrer geschilderten Lebenssituation in erhöhtem Maß auf die Eingehung der Ehe angewiesen war. So verfügte die Ehefrau bei Abschluss des Ehevertrages selbst über keine eigenen Vermögenswerte und finanziellen Ressourcen. Nach den Angaben der Ehefrau im Rahmen der Anhörung vor dem Senat war eine in ihrem Eigentum stehende Eigentumswohnung in London im Jahr 1994/ 1995 aufgrund der hohen Hypothekenzinsen veräußert worden. Einen Erlös erzielte sie aus diesem Verkauf nach Abzug der Verbindlichkeiten nicht. Auch darüber hinaus besaß die Ehefrau keine Vermögenswerte, insbesondere hatten ihre Eltern ihr bislang keine Vermögensanteile oder Anrechte übertragen. Aus ihrer vormali-

gen Berufstätigkeit im Unternehmen des Vaters standen ihr in Großbritannien lediglich Anrechte für die Altersversorgung mit einem Kapitalwert in Höhe von 20.000 Pfund zu. Diese Angaben zu den finanziellen Verhältnissen der Ehefrau hat der Zeuge X bestätigt, der insbesondere klar gestellt hat, dass sein Vermögen und das seiner Ehefrau (erst) im Falle des Todes aufgeteilt werde; die Antragsgegnerin sei neben deren vier weiteren Geschwistern als Erbe eingesetzt.

63 Auch wäre es der Ehefrau nach der Überzeugung des Senats nicht möglich gewesen, bei einem Scheitern der Beziehung nach Großbritannien zurückzukehren und dort ihre vormals ausgeübte Berufstätigkeit im familiären Unternehmen neben der Kinderbetreuung fortzusetzen. Die Antragsgegnerin hat im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung angegeben, ihr Vater habe bereits vor Abschluss des notariellen Ehevertrages eine Ersatzkraft für sie in Vollzeit eingestellt, eine Rückkehr in die alte Arbeitsstelle sei vor diesem Hintergrund nicht möglich gewesen. Diese Angaben hat der Zeuge X bestätigt. Letzterer hat glaubhaft ausgesagt, seine Tochter habe – bei einem Scheitern der Beziehung bei einer Verweigerung des Abschlusses des Ehevertrages – nicht wieder in seinem Unternehmen arbeiten können, da er bereits einen neuen Mitarbeiter eingestellt hatte, den er nach englischem Recht nicht einfach wieder hätte entlassen können. Darüber hinaus hat der Zeuge X glaubhaft deutlich gemacht, dass eine Wiedereinstellung seiner Tochter für ihn auch vor dem Hintergrund der Kinderbetreuung nicht in Betracht gekommen wäre.

64 Bei einer Rückkehr nach England im Fall des Scheiterns der Beziehung hätte die Ehefrau daher weder ihre alte berufliche Tätigkeit im Unternehmen des Vaters aufnehmen können, noch hätte sie in England eine bestehende eigene Unterkunft vorgefunden, da ihre Eigentumswohnung – wie ausgeführt – bereits veräußert war. Auch wäre es ihr nicht möglich gewesen, dauerhaft in ihrem Elternhaus Unterkunft zu erlangen, ungeachtet der Tatsache, dass eine derartige Lebensgestaltung nach dem nachvollziehbaren Vortrag der Ehefrau nicht ihrem Lebenskonzept entsprochen hätte. Insoweit hat der Zeuge X glaubhaft angegeben, dass er und seine Ehefrau die Tochter und den Enkel bei einer Rückkehr nach England sicherlich unterstützt hätten, jedoch nicht mit großen finanziellen Mitteln hätten helfen können und dass eine dauerhafte Aufnahme in ihrem Haushalt nicht in Betracht gekommen wäre. Der Senat erachtet es unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen sowie vor dem Hintergrund der beruflichen Qualifikation der Ehefrau als ungelernte Buchhalterin und der bestehenden Betreuungssituation als unwahrscheinlich, dass diese in England oder in Deutschland einen Arbeitsplatz gefun-

den hätte, der auskömmlich und mit der Betreuung eines Säuglings oder kleinen Kindes vereinbar gewesen wäre. Dies gilt auch dann, wenn sie entweder durch Dritte oder mit Hilfe von Familienmitgliedern B zumindest teilweise hätte fremdbetreuen lassen. Jedenfalls besaß sie vor dem Hintergrund der dargestellten Umstände keine hinreichende finanzielle Unabhängigkeit, um dem Ansinnen des Ehemannes auf Abschluss eines Ehevertrags mit der einhergehenden Gefahr eines Scheiterns der Beziehung entgegenzutreten. Ohne den ökonomischen Rückhalt der Ehe sah sie vielmehr einer ungesicherten wirtschaftlichen Zukunft entgegen. Der Senat verkennt in diesem Zusammenhang nicht, dass die Eltern der Ehefrau bereits bei Abschluss des Ehevertrages wirtschaftlich zumindest gut situiert waren. An der getroffenen Wertung vermag dies hingegen nichts zu ändern. Selbst unterstellt, die Eltern hätten die Ehefrau im Rahmen des Möglichen unterstützt und ihr notfalls Obdach gewährt, so wäre letztere gegenüber ihren Eltern als Bittstellerin aufgetreten und von deren Wohlwollen abhängig gewesen. Eine hinreichende finanzielle Unabhängigkeit der Ehefrau lässt sich daher nicht auf den Vermögensstand der Eltern gründen, zumal die Ehefrau insoweit nicht zumutbar auf ein ihren Vorstellungen nicht entsprechendes Lebenskonzept hätte verwiesen werden können.

65 (bb) Die im Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages unterlegene Verhandlungsposition der Ehefrau spiegelt sich neben der wirtschaftlichen Abhängigkeit zudem in einer bestehenden sprachlichen Unterlegenheit bei Vertragsschluss wider.

66 Im Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages war die Ehefrau der deutschen Urkundssprache nicht mächtig, weshalb ihr unstreitig bereits im Vorfeld der Beurkundung eine englischsprachige Fassung des Vertrages zur Verfügung gestellt wurde und eine solche auch bei der Beurkundung vorlag. Allerdings stimmten die Erklärungen in § 3 des Vertrages in der deutschen und der englischen Version in einem wesentlichen Punkt nicht überein. Während in der englischsprachigen Version ohne weitere Einschränkungen davon die Rede ist, dass in der Ehe erworbenes neues Vermögen beiden Beteiligten je zur Hälfte zustehen sollte, findet sich in der deutschsprachigen Version eine erhebliche Einschränkung. Hiernach sollte lediglich das Vermögen den Beteiligten je zur Hälfte zustehen, soweit aus den Einkünften Rücklagen gebildet worden seien. Hiermit war nach dem insoweit unstreitigen Erklärungswillen des Ehemannes gemeint, dass nur private Vermögenszuwächse hälftig geteilt werden sollten, nicht aber etwa Vermögenszuwächse im Hinblick auf das vom Antragsteller gehaltene Geschäfts- bzw. Firmenvermögen. Diese erhebliche Einschränkung findet allerdings in der englischen Version des Vertragstextes

nicht ansatzweise Anklang. In der englischen Fassung ist – worauf der Verfahrensbevollmächtigte der Ehefrau zutreffend hingewiesen hat – hinsichtlich des Zugewinns ein Automatismus festgelegt, während es sich in der deutschen Fassung um eine Option handelt bzw. ein weiterer Willensakt dergestalt erforderlich ist, dass zunächst Vermögen angelegt und gebildet wird und die Rücklagen dann durch einen gemeinsamen Beschluss gebildet werden. Die im Ehevertrag enthaltene Klausel über die mögliche Bildung gemeinsamen Vermögens aus Einkommensrücklagen wurde damit bei der Beurkundung des Ehevertrages sinnentstellend übersetzt, was dazu führte, dass die Ehefrau falsche Vorstellungen über den zu erwartenden Vermögenserwerb in der Ehe hatte. So ging diese davon aus, dass der gesamte Zugewinn nach der Hochzeit zur Hälfte geteilt werden sollte. Im Gegensatz hierzu hat der Ehemann angegeben, dass mit der Formulierung in § 2 des Ehevertrages private Rücklagen wie Bargeld, Kontenstände oder Immobilien gemeint gewesen seien, die am Ende geteilt werden sollten, die Firma allerdings geschützt werden sollte. Ist aber der mit dem Verlangen auf Abschluss eines Ehevertrages konfrontierte Ehegatte – wie vorliegend die Ehefrau – der deutschen Urkundssprache nicht mächtig, ist sie zur Herstellung der Verhandlungsparität im Beurkundungsverfahren im besonderen Maße auf eine fachkundige Übersetzung angewiesen (BGH, Beschluss vom 20.03.2019 – XII ZB 310/18 –, Rn. 46). Vorliegend führte die sinnentstellende Übersetzung der im Ehevertrag enthaltenen Klausel über die mögliche Bildung gemeinsamen Vermögens aus Einkommensrücklagen in die englische Sprache dazu, dass die Ehefrau wegen der so hervorgerufenen falschen Vorstellungen über den zu erwartenden Vermögenserwerb in der Ehe die wirtschaftliche Tragweite des von ihr erklärten Verzichts auf die gesetzlichen Scheidungsfolgen nicht zutreffend einzuschätzen vermochte. Auf die Frage, ob der Ehemann aufgrund seiner eigenen Sprachkunde und seines rechtlichen Erkenntnisvermögens die Unzuverlässigkeiten der vorliegenden englischen Übersetzung des Ehevertrages bemerken konnte, kommt es dabei nicht entscheidend an (BGH, Beschluss vom 20.03.2019 – XII ZB 310/18 –, Rn. 46). Maßgeblich ist allein, dass die konkrete Verhandlungssituation, in der sich die Ehefrau im Beurkundungsverfahren befand, allein auf Veranlassung des Ehemannes entstanden ist (BGH, Beschluss vom 20.03.2019 – XII ZB 310/18 –, Rn. 46).

67 Der dargestellten unterlegenen Verhandlungsposition steht nicht entgegen, dass die Ehefrau vor Vertragsschluss mit ihrem Vater über den Vertrag gesprochen hat und dieser auch zwischen ihrem Vater und dem Schwiegervater thematisiert worden ist, wobei der Umfang dieser Gespräche zwischen den Parteien streitig ist. Die

beschriebene sprachliche Unterlegenheit der Ehefrau hätte sich allenfalls dann nicht ausgewirkt, wenn sie den Vertrag vor Abschluss durch einen sach- und fachkundigen Dritten hätte prüfen lassen und dieser ihr auf der Grundlage der deutschen Fassung des Vertragstextes die wirtschaftliche Tragweite der abzugebenden Willenserklärung hätte vermitteln können. Dies war aber vorliegend nicht der Fall. Nach der durchgeführten Beweisaufnahme ist der Senat überzeugt, dass der Vater der Ehefrau den Vertragsentwurf lediglich bei Gelegenheit seinem für sein englisches Unternehmen tätigen „Rentenberater“ vorgelegt hat. Dieser vermochte allerdings den Inhalt des Vertrages nicht zu erfassen, weshalb er von der Unterzeichnung abriet. Eine Prüfung durch einen Rechtsanwalt oder einen rechtskundigen Dritten mit einer anschließenden Beratung fand hingegen nicht statt. Aus den gleichen Gründen vermögen auch Gespräche zwischen den Vätern der Eheleute über den Vertragsentwurf im Vorfeld der Beurkundung die unterlegene Verhandlungsposition der Ehefrau nicht in Frage zu stellen, ungeachtet der Frage, inwieweit aufgrund der Sprachbarrieren ein Austausch über den komplexen Vertragsinhalt überhaupt möglich war. Denn derartigen Gesprächen käme allenfalls dann maßgebliche Bedeutung zu, wenn sich die Väter der Beteiligten konkret über § 3 des Ehevertrages ausgetauscht, der Zeuge X Inhalt und Tragweite dieser Klausel erfasst und dies an seine Tochter weitergegeben hätte. Dies steht aber nach der durchgeführten Beweisaufnahme nicht fest, dementsprechende Erklärungen haben insbesondere weder der Zeuge X noch der Zeuge T abgegeben.

68 (cc) Auch wenn subjektiv die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe für den Abschluss des Ehevertrages zu berücksichtigen sind (vgl. BGH FamRZ 2004, 601, 606), führt der vom Ehemann angestrebte Schutz des Bestandes des

Familienunternehmens im Rahmen einer Gesamtschau zu keiner anderen Bewertung.

69 Dem durch den Vertrag begünstigten Ehemann waren auch die zur objektiven und subjektiven Imparität führenden Umstände – abgesehen von der Unzuträglichkeit der englischen Übersetzung – auch im Wesentlichen bekannt; jedenfalls hat er sich dieser Erkenntnis aber leichtfertig verschlossen. Es lag für ihn auch auf der Hand, dass der Schutz des Unternehmens weder einen (weitgehenden) Unterhaltsverzicht (vgl. BGH, Beschluss vom 15.03.2017 – XII ZB 109/16 – Rn. 45, juris) noch den Ausschluss des Zugewinnausgleichs hinsichtlich des Privatvermögens rechtfertigen konnte. Auch war ersichtlich, dass die Ehefrau nach dem Vertrag weder bestimmte Vermögenswerte noch die Zahlung bestimmter Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung beanspruchen konnte.

70 (c) Ergibt sich, wie hier, die Sittenwidrigkeit der getroffenen Abreden aus der Gesamtwürdigung des Vertrages, so erfasst die Nichtigkeitsfolge den gesamten Vertrag (vgl. BGH, FamRZ 2013, 269; Staudinger/*Thiele* (2018) Vorbemerkung BGB § 1408 Rn. 22).

71 2. Da der Ehevertrag vom 25.09.1995 nichtig ist, sind sämtliche Scheidungsfolgesachen nach den gesetzlichen Vorschriften zu regeln. Der Ehefrau hat daher, da gemäß § 1363 Abs. 1 BGB der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft besteht, gegen den Ehemann den mit dem Hauptantrag zu 1.) geltend gemachten Auskunftsanspruch für die Stichtage Eheschließung, Trennung und Zustellung des Scheidungsantrags gemäß § 1379 BGB. Der Senat hat in geringfügiger Abweichung vom Antrag der Ehefrau den jedenfalls nach den amtsgerichtlichen Feststellungen unstreitigen Trennungstag 28.06.2014 zugrunde gelegt.

GESELLSCHAFTSRECHT

Keine Aufnahme einer Gesellschafterliste mit demselben Gesellschafterbestand in den Registerordner

GmbHG § 16 Abs. 1, § 40 Abs. 1 S. 1; FamFG § 59

Amtliche Leitsatz:

1. Die Aufnahme einer Gesellschafterliste in den Registerordner, die denselben Gesellschafterbestand, wie die letzte im Registerordner aufgenommene Liste ausweist, kommt nicht in Betracht. Die durch die Nichtaufnahme einer Liste eingetretene und für eine Beschwerde notwendige Beschwer entfällt, wenn später eine jüngere Liste gleichen Inhalts in den Registerordner aufgenommen wird. (Rn. 5 - 6)

KG (22. Zivilsenat),

Beschluss vom 24.04.2020 – 22 W 16/18

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligte zu 1), eine GmbH, ist seit dem 13. Dezember 1993 im Handelsregister eingetragen. Mit dem 20. August 2015 ist die Eintragung des Beteiligten zu 2) als Geschäftsführer gelöscht worden. Mit einem Schreiben vom 21. Dezember 2017 wies das Amtsgericht den Beteiligten zu 2) darauf hin, dass die von ihm unterschriebene Gesellschafterliste vom 29. November 2017 nicht in den Registerordner aufgenommen werden könne, weil es an der notwendigen Unterschrift eines Geschäftsführers fehle. Er selbst sei als Geschäftsführer gelöscht und könne deshalb keine wirksame Unterschrift leisten. Die Unterschrift sei durch den zu diesem Zeitpunkt eingetragenen Geschäftsführer Dr. J... nachzuholen. Dieses Schreiben enthielt eine Rechtsbehelfsbelehrung nach der gegen die Zwischenverfügung binnen eines Monats Beschwerde eingelegt werden könne.

2 Mit Schreiben vom 9. Februar 2018, eingegangen am gleichen Tag, hat der im Rubrum benannte Verfahrensbevollmächtigte im Namen der Beteiligten zu 1), diese vertreten durch den Beteiligten zu 2), dem das Schreiben vom 21. Dezember 2017 am 10. Januar 2018 zugestellt worden ist, Beschwerde eingelegt. Er hat sich dabei im Wesentlichen darauf berufen, dass, wie etwa der Entscheidung des 23. Zivilsenats des Kammergerichts vom 9. November 2017 zugrunde gelegt, der Beteiligte zu 2) weiterhin Geschäftsführer sei. Der Beteiligte zu 2) hat mit

Schreiben vom 12. Februar 2018, eingegangen am 13. Februar 2018, ebenfalls Beschwerde eingelegt. Das Amtsgericht hat den Beschwerden nicht abgeholfen und die Sache dem Senat mit einem Beschluss vom 26. Februar 2018 zur Entscheidung vorgelegt. In der Zwischenzeit ist eine der Gesellschafterliste vom 29. November 2017 inhaltlich entsprechende Liste vom 23. August 2019 in den Registerordner aufgenommen worden.

II. Aus den Gründen:

3 1. Die Beschwerden sind nach § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG in Verbindung mit § 58 Abs. 2 FamFG statthaft. Das Schreiben vom 21. Dezember 2017 ist als Zwischenverfügung anzusehen, weil dort sie mit dem Hinweis auf die fehlende Unterschrift eines eingetragenen Geschäftsführers einen Umstand aufführt, der nach seiner Vornahme zur Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner führt. Das Registergericht war insoweit auch zum Erlass einer Zwischenverfügung befugt. Die Beschwerden sind aber gleichwohl als unzulässig zu verwerfen.

4 a) Die Beschwerde des Beteiligten zu 2) ist nach § 68 Abs. 2 Satz 2 FamFG als unzulässig zu verwerfen. Die Beschwerde ist nicht innerhalb der Frist von einem Monat nach § 63 Abs. 1 FamFG eingelegt worden. Denn die Zwischenverfügung vom 21. Dezember 2017 ist ihm am 10. Januar 2018 zugestellt worden, die Beschwerde ist aber erst am Dienstag, den 13. Februar 2018, beim Gericht eingegangen.

5 b) Die Beschwerde der Beteiligten zu 1) ist entsprechend § 68 Abs. 2 Satz 2 FamFG als unzulässig zu verwerfen, weil es an einer relevanten Beschwer der Beteiligten zu 1) fehlt. In den Registerordner ist mit der Gesellschafterliste vom 23. August 2019 nunmehr bereits eine Liste aufgenommen worden, die der Liste vom 29. November 2017 entspricht. Dann aber fehlt es jetzt an der notwendigen Beschwer wegen der Nichtaufnahme der Liste.

6 aa) Durch die Gesellschafterliste soll im Hinblick auf die Gesellschafter eine höhere Transparenz und Rechtssicherheit geschaffen werden (vgl. Regierungsbegründung, BT-Drucksache 16/6140, S. 37). Nur wenn sich im Hinblick auf die Gesellschafter und ihre Beteiligungen Veränderung ergeben, besteht nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG Anlass für die Einreichung einer weiteren Gesellschafterliste und die Aufnahme dieser Liste in den Registerordner. Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nur derjenige als Gesellschafter, der in der letzten in den Registerordner aufgenommenen Liste auch entsprechend ausgewiesen ist. Diese Wirkungen treten damit erst mit der Aufnahme der Liste in den Registerordner ein. Ein Bedürfnis für die Aufnahme einer älteren

Liste, die denselben Inhalt wie die letzte im Registerordner aufgenommene Liste hat, besteht danach nicht. Die Aufnahme einer solchen Liste kommt ebenso wenig in Betracht, wie die Aufnahme einer späteren Liste, die keine Veränderungen ausweist (vgl. dazu Senat, Beschluss vom 18. Dezember 2019, 22 W 91/18, zur Veröffentlichung vorgesehen).

7 bb) Die Beschwerde der Beteiligten zu 1) kann auch nicht mit dem Ziel der Feststellung der Erledigung aufrechterhalten werden. Es fehlt hierfür an dem notwendigen Feststellungsinteresse nach § 62 Abs. 1 FamFG.

8 Soweit sich die Beteiligten auf schwerwiegende Grundrechtseingriffe im Sinne des § 62 Abs. 2 Nr. 1 FamFG berufen, liegen solche in Bezug auf die Beteiligte zu 1), die eingetragene Gesellschaft, nicht vor. Diese beruft sich zwar darauf, dass aufgrund des fehlenden Vollzugs der Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner ihr in der Liste wieder aufgenommener Mehrheitsgesellschafter seine Gesellschafterrechte nicht wahrnehmen konnte. Diese betrifft die Gesellschaft aber allenfalls mittelbar.

9 Entsprechendes gilt in Bezug auf den Beteiligten zu 2). Unabhängig von der Frage, ob das Amtsgericht, das in Bezug auf die Gesellschafterliste ein nur eingeschränktes auf die Formalien beschränktes Prüfungsrecht besaß (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 20. September 2011 – II ZB 17/10 –, BGHZ 191, 84-95 Rdn. 10; Senat, Beschluss vom 12. Juni 2018, 22 W 15/18, juris Rdn. 5; OLG München, Beschluss vom 08. September 2009 – 31 Wx 82/09 –, juris Rdn. 5; OLG Bamberg, Beschluss vom 02. Februar 2010 – 6 W 40/09 –, juris Rdn. 12; Thüringer Oberlandesgericht,

Beschluss vom 22. März 2010 – 6 W 110/10 –, juris Rdn. 12), die Aufnahme der Liste nicht allein schon deshalb zu Recht ablehnen durfte, weil der Beteiligte zu 2) nicht als Geschäftsführer der Beteiligten zu 1) eingetragen war (so Senat, Beschluss vom 12. Juni 2018 – 22 W 15/18 –, juris Rdn. 6), fehlt es an einem relevanten Grundrechtseingriff beim Beteiligten zu 2). Dieser kann sich allenfalls darauf berufen, dass seine Stellung als Geschäftsführer nicht anerkannt worden ist, so dass Art. 2 Abs. 1 GG oder vielleicht auch Art. 12 GG berührt sein könnten. Als schwerwiegende Grundrechtseingriffe im Sinne des § 62 Abs. 2 Nr. 1 FamFG sind aber in der Regel nur Eingriffe in Grundrechte zu verstehen, die unter Richtervorbehalt stehen. Weitergehend kommen nur Eingriffe in Betracht, die mit einer stigmatisierenden Wirkung verbunden sind, wie etwa eine Betreuerbestellung. All dies liegt mit der Ablehnung der Aufnahme einer Gesellschafterliste in den Registerordner in Bezug auf den Einreicher nicht vor.

10 Insoweit ist auch keine relevante Wiederholungsgefahr anzunehmen. Dass überhaupt die Aufnahme einer durch den Beteiligten zu 2) erstellten und geänderten Liste im Raum steht, ist nicht ersichtlich. Im Übrigen entspricht die Auffassung des Amtsgerichts in Bezug auf die Einreichungsbefugnis im Grundsatz der Auffassung des Senats (vgl. Senat, Beschluss vom 12. Juni 2018 – 22 W 15/18 –, juris Rdn. 6), so dass sich eine Entscheidung des Senats in dieser Sache lediglich als Einzelfallentscheidung darstellen würde. Damit kommt es aber auch nicht darauf an, ob die Beteiligte zu 1) überhaupt Grundrechtsbeeinträchtigungen des Beteiligten zu 2) im Rahmen ihrer Beschwerde geltend machen kann.

LIEGENSCHAFTSRECHT

Abgrenzung zwischen Grundstücksnießbrauch und Benutzungsdienstbarkeit beim Wohnungseigentum

BGB § 874, § 876, § 877, § 986 Abs. 1 S. 1, § 1004, § 1018 Alt. 1, § 1090 Abs. 1 Alt. 1, § 1030 Abs. 2; WEG § 5 Abs. 4 S. 2, S. 3, § 10 Abs. 2 S. 3

Amtliche Leitsätze:

1. Die Abgrenzung zwischen einem Grundstücksnießbrauch und einer Benutzungsdienstbarkeit richtet sich allein formal danach, ob dem Berechtigten eine umfassende Nutzungsbefugnis (ggfs. unter Ausschluss einzelner Nutzungen) oder nur einzelne Nutzungsmöglichkeiten eingeräumt werden. (Rn. 13 – 25)
2. Ein Sondernutzungsrecht kann nicht selbständig mit einer Dienstbarkeit belastet werden. (Rn. 30)
3. Ausübungsbereich einer Grunddienstbarkeit kann eine Sondernutzungsfläche sein, die dem belasteten Sondereigentum zugeordnet ist; sie kann auch den alleinigen Ausübungsbereich darstellen. (Rn. 31 – 48)
4. Berechtigt eine Dienstbarkeit zur Nutzung von Sondereigentum, ist die Berechtigung vorbehaltlich einer abweichenden Regelung in der Eintragungsbewilligung dahingehend zu verstehen, dass sie auch die Nutzung der Fläche umfasst, an der ein dem Sondereigentum zugeordnetes Sondernutzungsrecht besteht. Die Befugnis zur Nutzung einer solchen Fläche muss daher nicht schlagwortartig im Grundbuch selbst gekennzeichnet werden. (Rn. 10)
5. Für eine Aufhebung oder Übertragung des Sondernutzungsrechts ist die Zustimmung des Dienstbarkeitsberechtigten gemäß §§ 876, 877 BGB erforderlich; können die übrigen Wohnungseigentümer jedoch gemäß § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG eine Änderung oder Aufhebung des Sondernutzungsrechts verlangen, ist auch der Dienstbarkeitsberechtigte zur Zustimmung verpflichtet. (Rn. 43)
6. Überschreitet der Dienstbarkeitsberechtigte die Grenzen einer zulässigen Nutzung, wie sie sich aus den Vereinbarungen der Wohnungseigentümer untereinander ergeben, stehen den Wohnungseigentümern – nicht anders als gegen den Mieter – Ansprüche aus § 1004 BGB zu. (Rn. 48)

BGH (V. Zivilsenat),
Urteil vom 20.03.2020 – V ZR 317/18

I. Tatbestand:

1 Die Klägerin ist seit 2014 Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft; ihr Miteigentumsanteil ist verbunden mit dem Sondereigentum an einem „Hobbyraum“, der im Aufteilungsplan mit der Nr. 47 bezeichnet ist. Dem Sondereigentum ist das Sondernutzungsrecht an einer rund 1.240 qm großen parkähnlichen Grünfläche zugeordnet. Das Sondereigentum der Klägerin ist mit einer Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines an die Grünfläche angrenzenden Grundstücks belastet, dessen Eigentümerin die Beklagte ist. In der am 13. Juni 2003 erfolgten Grundbucheintragung wird der Inhalt der Grunddienstbarkeit als „Hobbyraumnutzungsrecht“ bezeichnet. Bezug genommen wird auf die Eintragungsbewilligung vom 17. Dezember 2001. Danach ist der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks berechtigt, „den Hobbyraum Nr. 47 (einschließlich des zugehörigen Sondernutzungsrechts) unter Ausschluss der Eigentümer des dienenden Sondereigentums zu nutzen.“

Dies schließt auch das Recht des herrschenden Grundstücks zur Nutzung des Gemeinschaftseigentums gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG i.V.m. § 1093 Abs. 3 BGB ein. Der Hobbyraum selbst darf jedoch vom Eigentümer des dienenden Sondereigentums als Büroraum mitbenutzt werden und jederzeit betreten werden. Die Mitbenutzung umfasst das Recht, die Hälfte des Hobbyraums für eigene Zwecke zu nutzen und in Besitz zu nehmen. Die genaue Nutzung regelt der Eigentümer des herrschenden Grundstücks nach billigem Ermessen gem. §§ 315 ff. BGB.

Der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks ist nicht berechtigt, die dem Sondernutzungsrecht unterliegende Fläche zu bebauen, anders als Grünfläche zu benutzen und den jetzt bestehenden Charakter einer Grünfläche zu ändern.“

2 Gestützt auf die Ansicht, die Dienstbarkeit sei nicht entstanden, hat die Klägerin von der Beklagten die Unterlassung der Nutzung verlangt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die in der Berufungsinstanz auf Herausgabe der Grünfläche geänderte Klage abgewiesen. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Herausgabeantrag weiter.

II. Aus den Gründen:

3 Das Berufungsgericht meint, die Beklagte sei zur Nutzung der Grünfläche aufgrund der Grunddienstbarkeit berechtigt. Sondereigentum könne nach einer umstritte-

nen, aber zutreffenden Ansicht in der Weise mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden, dass deren Ausübungsbereich über den räumlichen Bereich des Sondereigentums hinaus eine Sondernutzungsfläche, also einen räumlichen Teil des Gemeinschaftseigentums, erfasse. Dies sei die folgerichtige Konsequenz aus dem Rechtsinstitut des Sondernutzungsrechts und entspreche praktischen Bedürfnissen, ohne dass damit eine Benachteiligung der übrigen Wohnungseigentümer einhergehe.

4 Die Dienstbarkeit weise auch einen mit § 1018 Alt. 1 BGB zu vereinbarenden Inhalt auf. Zwar sei die Belastung einer Teileigentumseinheit im Ganzen mit einem umfassenden Nutzungsrecht nicht möglich. Hier verbleibe deren Eigentümer nach der Eintragungsbewilligung aber ein eigenständiger Nutzungsbereich. Die getroffene Regelung entspreche auch nicht einem – unzulässigen – uneingeschränkten Nutzungsrecht an einer Teilfläche eines Grundstücks. Das eingeräumte Recht erlaube vielmehr die Mitnutzung des gesamten Raums. Schließlich erfasse die Grundbucheintragung mit der Bezeichnung „Hobbyraumnutzungsrecht“ auch den Kern der dem Dienstbarkeitsberechtigten zustehenden Befugnis.

5 Das hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand. Das Berufungsgericht verneint zu Recht einen Herausgabeanspruch der Klägerin aus § 985 BGB, weil der Beklagten aufgrund der Grunddienstbarkeit ein Recht zum Besitz der Sondernutzungsfläche im Sinne von § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB zusteht. Entgegen der Ansicht der Revision ist die Grunddienstbarkeit wirksam bestellt worden.

6 1. Ohne Rechtsfehler geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Grunddienstbarkeit einen hinreichend bestimmten Inhalt aufweist.

7 a) Das sachenrechtliche Bestimmtheitsgebot erfordert, dass der Umfang der Belastung aus der Eintragung selbst oder in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung (§ 874 BGB) ohne weiteres ersichtlich ist, wofür eine schlagwortartige Bezeichnung des Rechtsinhalts ausreicht (vgl. Senat, Urteil vom 21. Dezember 2012 – V ZR 221/11, NJW 2013, 1963 Rn. 11). Der Rechtsinhalt muss aufgrund objektiver Umstände erkennbar und für einen Dritten verständlich sein, so dass dieser in der Lage ist, die hieraus folgende höchstmögliche Belastung des Grundstücks einzuschätzen oder zumindest eine ungefähre Vorstellung davon zu gewinnen, welche Bedeutung die Dienstbarkeit für das Eigentum haben kann (vgl. Senat, Beschluss vom 13. September 2018 – V ZB 2/18, ZfIR 2019, 274 Rn. 15).

8 b) Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, dass diese Voraussetzungen vorliegen.

9 aa) Entgegen der Ansicht der Revision ist mit der eingetragenen Bezeichnung „Hobbyraumnutzungsrecht“ der Hauptinhalt des Rechts hinreichend bezeichnet. Dass der

Eigentümer nach der Eintragungsbewilligung berechtigt ist, den Hobbyraum zur Hälfte als Büroraum mitzubutzen, muss nicht in den Eintragungsvermerk aufgenommen werden. Eine solche Regelung betrifft nicht den Wesenskern des Rechts (vgl. Senat, Beschluss vom 22. September 2016 – V ZB 16/61, BGHZ 35, 378, 384), sondern den näheren Inhalt: insoweit ist eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (§ 874 Satz 1 BGB) ausreichend.

10 bb) Die Bezeichnung als „Hobbyraumnutzungsrecht“ bringt auch hinreichend zum Ausdruck, dass die Grunddienstbarkeit das Sondernutzungsrecht umfasst. Zwar ist, wenn eine Benutzungsdienstbarkeit verschiedenartige Befugnisse zur Nutzung des dienenden Grundstücks kombiniert, auch der verschiedenartige Inhalt der Dienstbarkeit im Grundbuch selbst anzugeben, weil der wesentliche Inhalt des Benutzungsrechts zumindest schlagwortartig im Grundbuch selbst gekennzeichnet sein muss (vgl. Senat, Beschluss vom 6. November 2014 – V ZB 131/13, ZfIR 2015, 204 Rn. 17). Um einen solchen Fall verschiedenartiger Befugnisse geht es hier aber nicht. Die Ausübungsbefugnis der Dienstbarkeit umfasst vielmehr verschiedene räumliche Bereiche. Dass die Nutzung der Gartenfläche auf einem Sondernutzungsrecht des Dienstbarkeitsverpflichteten beruht, ist dabei unerheblich. Berechtigt eine Dienstbarkeit zur Nutzung von Sondereigentum, ist die Berechtigung vorbehaltlich einer abweichenden Regelung in der Eintragungsbewilligung dahingehend zu verstehen, dass sie auch die Nutzung der Fläche umfasst, an der ein dem Sondereigentum zugeordnetes Sondernutzungsrecht besteht. Die Befugnis zur Nutzung einer solchen Fläche muss daher nicht schlagwortartig im Grundbuch selbst gekennzeichnet sein. Ob sich die Berechtigung aus der Dienstbarkeit überhaupt auf eine Sondernutzungsfläche beziehen kann, ist keine Frage der Bestimmtheit der Grundbucheintragung, sondern des zulässigen Inhalts des Rechts (vgl. dazu Rn. 29 ff.).

11 2. Die Grunddienstbarkeit weist auch einen mit § 1018 Alt. 1 BGB zu vereinbarenden Inhalt auf. Ein umfassendes Nutzungsrecht, das aufgrund des sachenrechtlichen Typenzwangs nur als Nießbrauch eingeräumt werden kann, ist hier nicht bestellt worden.

12 a) Nach § 1018 Alt. 1 BGB kann ein Grundstück – ebenso wie das Wohnungseigentum (vgl. Senat, Urteil vom 19. Mai 1989 – V ZR 182/87, BGHZ 107, 289, 292; Beschluss vom 17. Januar 2019 – V ZB 81/18, ZfIR 2019, 437 Rn. 11) – mit einer Grunddienstbarkeit in der Weise belastet werden, dass der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks es in einzelnen Beziehungen benutzen darf (sog. Benutzungsdienstbarkeit). Eine derartige Nutzung steht als eine bestimmte, näher definierte Nutzungsart im Ge-

gensatz zu einem umfassenden, nicht näher bezeichneten oder begrenzten Nutzungsrecht (vgl. Senat, Beschluss vom 6. November 2014 – V ZB 131/13, ZfIR 2015, 204 Rn. 12). Ein nicht auf bestimmte Nutzungen beschränktes Nutzungsrecht kann Inhalt eines Nießbrauchs (§ 1030 Abs. 1 BGB), nicht jedoch Inhalt einer Grunddienstbarkeit nach § 1018 Alt. 1 BGB sein. Dies gilt auch dann, wenn seine Ausübung auf eine Teilfläche des dienenden Grundstücks begrenzt ist (vgl. Senat, Beschluss vom 13. September 2018 – V ZB 2/18, ZfIR 2019, 274 Rn. 19 mwN).

13 b) Die Abgrenzung einer Benutzungsdienstbarkeit von einem Nießbrauch kann im Einzelfall schwierig sein. Eine Grunddienstbarkeit, die besonders weitreichende Nutzungsmöglichkeiten vorsieht, kommt unter Umständen einem Nießbrauch nahe, während sich ein Nießbrauch durch den Ausschluss einzelner Nutzungen gemäß § 1030 Abs. 2 BGB einer Benutzungsdienstbarkeit annähern kann. Wie die Abgrenzung der dinglichen Rechte vorzunehmen ist, ist umstritten.

14 aa) Nach einer Ansicht kommt es nur darauf an, ob in der Eintragungsbewilligung, die der Grundbucheintragung zu Grunde liegt, eine umfassende Nutzungsmöglichkeit (ggf. unter Ausschluss einzelner Nutzungen) oder eine bestimmte Nutzungsart bzw. konkret spezifizierte Nutzungsmöglichkeiten genannt sind (sog. formale Abgrenzung; vgl. OLG Köln, FGPrax 2012, 150, 152 f.; Staudinger/Weber, BGB [2017], § 1018 Rn. 101; BeckOGK/Kazele, BGB [1.2.2020], § 1018 Rn. 74 f.; Erman/Grziwotz, BGB, 15. Aufl., § 1018 Rn. 13; MüKoBGB/Mohr, 8. Aufl., § 1018 Rn. 31; MüKoBGB/Pohlmann, 8. Aufl., § 1030 Rn. 123; NK-BGB/Otto, 4. Aufl., § 1018 Rn. 67; Demharter, GBO, 31. Aufl., Anh. zu § 44 Rn. 16; Bauer/Schaub/Bayer/Lieder, GBO, 4. Aufl., AT C Rn. 280; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 1130, 1362; Herrler, RNotZ 2016, 368, 371; Kanzleiter, DNotZ 2010, 845, 850 f.; Lemke, Festschrift für Joachim Wenzel, 2005, S. 391, 402; Schöner, DNotZ 1982, 416, 420 f.). Bei umfassender Nutzungseinräumung kommt nur ein Nießbrauch in Betracht, bei Einräumung nur einzelner Nutzungsmöglichkeiten hingegen eine Dienstbarkeit.

15 bb) Nach einer anderen Ansicht ist zwischen Nießbrauch und Dienstbarkeit unabhängig von dem Wortlaut der Bewilligung danach zu unterscheiden, ob dem Eigentümer des dienenden Grundstücks neben dem Berechtigten eine wirtschaftlich sinnvolle Restnutzung seines Grundstücks verbleibt (sog. materielle Abgrenzung; vgl. BayObLGZ 1965, 180, 181; BayObLGZ 1979, 444, 448 f.; OLG Köln, MDR 1982, 318; OLG Zweibrücken, DNotZ 1982, 444 f.) bzw. ob dem Eigentümer des belasteten Grundstücks die wirtschaftlich wesentlichen Nutzungen verbleiben (vgl. Hub, Der Inhalt von Dienstbarkeiten, 1966, S. 47; unklar Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 1018

Rn. 12). Ist das der Fall, soll eine Dienstbarkeit vorliegen, anderenfalls ein Nießbrauch.

16 cc) Eine weitere Auffassung kombiniert beide Abgrenzungskriterien. Sie prüft in erster Stufe formal, ob eine umfassende Nutzung oder einzelne Nutzungen eingeräumt werden. Auf der zweiten Stufe wird eine formal zulässige Dienstbarkeit materiell eingeschränkt. Unzulässig ist eine formal zulässige Dienstbarkeit dann, wenn dem Eigentümer keine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung oder allenfalls eine theoretische Restnutzungsmöglichkeit verbleibt (sog. abgestufte formelle und materielle Abgrenzung; vgl. OLG München, DNotZ 2010, 845, 848; Stürner, AcP 194 [1994], 265, 270 f.).

17 dd) Der Senat hat die Frage bislang offengelassen (vgl. zuletzt Senat, Beschluss vom 13. September 2018 – V ZB 2/18, ZfIR 2019, 274 Rn. 26). Er entscheidet sie im Sinne der ersten Auffassung. Die Abgrenzung zwischen einem Grundstücksnießbrauch und einer Benutzungsdienstbarkeit richtet sich allein formal danach, ob dem Berechtigten eine umfassende Nutzungsbefugnis (ggfs. unter Ausschluss einzelner Nutzungen) oder nur einzelne Nutzungsmöglichkeiten eingeräumt werden. Dafür sprechen die besseren Argumente.

18 (1) Nach § 1018 Alt. 1 BGB kann ein Grundstück zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks in der Weise belastet werden, dass dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf. Der Wortlaut legt bereits nahe, dass es für den zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit nur darauf ankommt, ob dem Berechtigten spezifizierte Nutzungsrechte eingeräumt werden. Maßgebend ist danach die Perspektive des Berechtigten, nicht aber die des Eigentümers des belasteten Grundstücks. Ob diesem noch eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzungsmöglichkeit verbleibt, ist nach dem Wortlaut der Vorschrift ohne Belang. Dem Berechtigten dürfen nur nicht dieselben Nutzungsbefugnisse eingeräumt werden, die auch dem Eigentümer zustehen (vgl. OLG Köln, FGPrax 2012, 150, 152; Herrler, RNotZ 2016, 368, 371). Die Nutzungsbefugnisse des Dienstbarkeitsberechtigten müssen gegenüber jenen des Grundstückseigentümers zurückbleiben (vgl. Senat, Beschluss vom 6. November 2014 – V ZB 131/13, ZfIR 2015, 204 Rn. 12).

19 (2) Die Systematik des Gesetzes spricht ebenfalls für eine rein formale Abgrenzung. In § 1019 BGB ist nur bestimmt, dass die Grunddienstbarkeit für die Benutzung des herrschenden Grundstücks einen Vorteil bieten muss. Eine Vorschrift, die die zulässigen Nachteile für das dienende Grundstück in wirtschaftlicher Hinsicht begrenzt, gibt es nicht (vgl. Herrler, RNotZ 2016, 368, 371; Amann, ZfIR 2015, 208, 209). Einen weiteren Beleg liefert der Vergleich mit dem in § 1093 BGB geregelten Wohnungsrecht (vgl. Herrler, RNotZ 2016, 368, 371). Dieses stellt einen

Sonderfall der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit dar, deren Inhalt – von der Person des Berechtigten abgesehen – nach § 1090 Abs. 1 BGB jenem der Grunddienstbarkeit entspricht. Es dürfte schwerlich möglich sein, eine wirtschaftliche Nutzungsmöglichkeit für ein Wohngebäude zu finden, an dem ein Dritter ein ausschließliches Wohnrecht hat. Der historische Gesetzgeber hat § 1093 BGB auch nicht in das Gesetz eingefügt, um eine ansonsten unzulässige, weil den Eigentümer weitgehend ausschließende Dienstbarkeit als Ausnahme zuzulassen (so aber OLG Schleswig SchlHA 2012, 19). Vielmehr sollte durch die Vorschrift des § 1050 Abs. 1 des ersten Entwurfs, dem Vorläufer von § 1093 BGB, nur klargestellt werden, dass auch ein so umfassendes Recht wie ein Wohnrecht kein Nießbrauch, sondern eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist (Motive III, S. 570). Den Materialien lässt sich kein Hinweis darauf entnehmen, dass der historische Gesetzgeber mit dieser Vorschrift eine Durchbrechung eines dem § 1090 BGB inhärenten Grundsatzes beabsichtigte (vgl. OLG Köln, FGPrax 2012, 150, 152).

20 (3) Auch der Sinn und Zweck der Vorschrift spricht dafür, dass eine ausschließlich formale Abgrenzung nach dem Maß der eingeräumten Nutzungsbefugnisse für die Abgrenzung einer Benutzungsdienstbarkeit von dem Nießbrauch entscheidend ist.

21 (a) Hierdurch wird Rechtssicherheit hergestellt und insbesondere den eingeschränkten Prüfungsmöglichkeiten des Grundbuchamts im Eintragungsverfahren Rechnung getragen (vgl. *Lemke*, Festschrift für Joachim Wenzel, 2005, S. 391, 403 ff.). Die Frage, ob dem Eigentümer des belasteten Grundstücks noch eine wesentliche oder wenigstens eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzungsmöglichkeit verbleibt, wird in aller Regel weder von außenstehenden Dritten noch von dem Grundbuchbeamten, der die Eintragung des Rechts in das Grundbuch aufgrund der Eintragungsbewilligung vorzunehmen hat, beantwortet werden können. Sie betrifft den konkreten Einzelfall und hängt von der Beschaffenheit des Grundstücks ab (vgl. *Lemke*, Festschrift für Joachim Wenzel, 2005, S. 391, 405). Die Eintragung einer Benutzungsdienstbarkeit in das Grundbuch ist aber nur davon abhängig, dass ihr in der Bewilligung des Grundstückseigentümers zugestimmt wird und sich aus der Bewilligung die Befugnis des Berechtigten zur Benutzung des Grundstücks in einzelnen Beziehungen ergibt. Daher erscheint es sinnvoll, den Inhalt der Bewilligung darüber entscheiden zu lassen, welches Recht von den Parteien begründet werden soll. Dies führt zu einer klaren und praktikablen Abgrenzung.

22 (b) Die formale Abgrenzung lässt den Parteien ferner in dem durch den sachenrechtlichen Typenzwang vorge-

zeichneten Rahmen einen Gestaltungsspielraum, der es ihnen ermöglicht, eine ihren Interessen entsprechende Lösung zu finden (vgl. *Staudinger/Weber*, BGB [2017], § 1018 Rn. 101; *Lemke*, Festschrift für Joachim Wenzel, 2005, S. 391, 405).

23 (aa) Die sog. abgestufte formale und materielle Abgrenzung beschränkt diesen Gestaltungsspielraum ohne zwingende Notwendigkeit. Danach wären einzeln benannte Nutzungsbefugnisse, die keine sinnvolle weitere Nutzung mehr zulassen, als Dienstbarkeit ausgeschlossen, weil sie materiell als Nießbrauch einzustufen sind. Als Nießbrauch könnten sie aber nicht eingetragen werden, weil sie formal nur einzelne Nutzungen betreffen (vgl. NK-BGB/Otto, 4. Aufl., § 1018 Rn. 67; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 1018 Rn. 12; *Staudinger/Weber*, BGB [2017], § 1018 Rn. 101). Ein solches Ergebnis ist ersichtlich unbefriedigend, da den Parteien dann keine Rechtsfigur zur Verfügung stünde, die ihren Bedürfnissen nach der dinglichen Belastung eines Grundstücks mit einem Nutzungsrecht Rechnung trägt (so zutreffend *Lemke*, Festschrift für Joachim Wenzel, 2005, S. 391, 403).

24 (bb) Auch die rein materielle Abgrenzung kann insofern nicht überzeugen. Die Grunddienstbarkeit soll nicht einer bestimmten Person, sondern dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks eine Benutzung des dienenden Grundstücks ermöglichen. Das erlaubt grundsätzlich eine zeitlich unbeschränkte Belastung. Erforderlich ist dabei, dass nach § 1019 BGB die Grunddienstbarkeit für die Benutzung des herrschenden Grundstücks einen Vorteil bietet, worunter ein – wenn auch nur mittelbarer – wirtschaftlicher Vorteil für die Benutzung des herrschenden Grundstücks nach dessen Lage, Beschaffenheit und Zweckbestimmung zu verstehen ist (vgl. Senat, Urteil vom 24. September 1982 - V ZR 96/81, NJW 1983, 115, 116). Da die materielle Abgrenzung nicht diesen Vorteil, sondern die dem Eigentümer verbleibenden Nutzungsmöglichkeiten in den Blick nimmt, kann sie dazu führen, dass bestimmte Nutzungen, die dem Eigentümer keine wesentlichen Nutzungsmöglichkeiten belassen, nicht zum Gegenstand einer Grunddienstbarkeit gemacht werden können. Die Bestellung eines Nießbrauchs, bei dem es sich um eine persönliche Dienstbarkeit handelt (§ 1030 Abs. 1 BGB), wiederum kann der Interessenlage der Parteien, die ein dingliches Recht um des wirtschaftlichen Vorteils für das herrschende Grundstück willen begründen wollen, nicht gerecht werden.

25 (4) Schließlich finden sich auch in der Gesetzgebungsgeschichte keine Anhaltspunkte dafür, dass dem Eigentümer des mit einer Grunddienstbarkeit belasteten Grundstücks eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzungsmöglichkeit verbleiben muss. Der Gesetzgeber verzichtete im Gegenteil bewusst darauf, eine Maximalgrenze für den Umfang

der dem Berechtigten einzuräumenden Befugnisse festzulegen, die verhindern soll, dass dem Eigentümer des dienenden Grundstücks ein Teil desselben vollständig und auf Dauer entzogen wird. Dies wurde im Hinblick darauf für entbehrlich gehalten, dass sich die Begründung einer Grunddienstbarkeit nach deren Begriff „von selbst“ von der Eigentumsübertragung oder der Bestellung eines Nießbrauchs unterscheidet (vgl. Motive III, S. 479). Auch dies bestätigt, dass die Abgrenzung zwischen einer Benutzungsdienstbarkeit und einem Nießbrauch ausschließlich nach formalen Kriterien vorzunehmen ist.

26 c) Danach hat die eingetragene Grunddienstbarkeit einen zulässigen Inhalt. Entgegen der Ansicht der Revision ist kein umfassendes Nutzungsrecht begründet worden, das nur als Nießbrauch hätte eingeräumt werden können. Anders als das Berufungsgericht meint, kommt es hierfür nicht darauf an, dass dem Eigentümer des dienenden Grundstücks eine Mitbenutzungsbefugnis eingeräumt ist.

27 (1) Im Ausgangspunkt zutreffend ist, dass nach der Eintragungsbewilligung dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Berechtigung zusteht, das Teileigentum Hobbyraum Nr. 47 einschließlich der zugehörigen Sondernutzungsfläche unter Ausschluss des Eigentümers des dienenden Sondereigentums zu nutzen. Die Berechtigung erstreckt sich auf das gesamte Teileigentum ohne jegliche Einschränkung auf eine bestimmte Art der Nutzung. Entgegen der Ansicht der Beklagten führt die Eintragung „Hobbyraumnutzungsrecht“ nicht zu einer Beschränkung auf die Nutzung „als“ Hobbyraum. Für einen unbefangenen Betrachter ergeben sich solche Nutzungsbeschränkungen als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen nicht. Nach dem Wortlaut soll der Berechtigte das Recht zur Nutzung „des“ Hobbyraums haben. Da die Bezeichnung des belasteten Teileigentums „Hobbyraum Nr. 47“ lautet und diese Bezeichnung auch in der Eintragungsbewilligung zur Kennzeichnung des dienenden Grundstücks verwendet wird, lässt sich der Eintragung eine Einschränkung in dem Sinne, dass der Raum nur „als“ Hobbyraum genutzt werden dürfe, nicht entnehmen. So verstanden läge eine Übertragung der Gesamtheit der Nutzungen vor, lediglich beschränkt durch das – von dem Berechtigten nach §§ 315 ff. BGB einzuräumende – partielle Mitbenutzungsrecht des Eigentümers des belasteten Sondereigentums.

28 (2) Ein derartiges Verständnis wird aber dem Gesamtzusammenhang der in der Eintragungsbewilligung enthaltenen Regelungen, die der Senat selbst auslegen kann (vgl. nur Senat, Urteil vom 12. Juli 2019 - V ZR 288/17, NJW-RR 2020, 77 Rn. 6 mwN), nicht gerecht. Richtigerweise ist der darin enthaltene Ausdruck „nutzen“ nicht als umfassender Verweis auf Nutzungen im Sinne von

§ 100 BGB zu verstehen. Allein schon daraus, dass das Sondereigentum aus einem einzigen Raum besteht, an welchem dem Eigentümer ein Mitbenutzungsrecht zusteht, wird ersichtlich, dass der Berechtigte keinesfalls zu einer Vermietung ermächtigt sein soll. Gemeint sind mit dem Begriff „nutzen“ vielmehr lediglich Gebrauchsvorteile, wie sie das Berufungsgericht im Rahmen seiner Prüfung des § 1019 BGB beispielhaft in dem Gewinn zusätzlicher Abstellfläche gesehen hat. Damit kann die Beklagte als derzeitige Dienstbarkeitsberechtigte, die streitgegenständliche Teileinheit nur in einzelnen Beziehungen nutzen. Dieses Verständnis der Eintragungsbewilligung entspricht im Übrigen auch dem Grundsatz, dass im Zweifel derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben ist, die die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts – hier der eingetragenen Grunddienstbarkeit – vermeidet (vgl. Senat, Urteil vom 21. Oktober 2016 - V ZR 78/16, ZfIR 2017, 355 Rn. 23; BGH, Urteil vom 23. April 2015 - VII ZR 131/13, BGHZ 205, 107 Rn. 35; Urteil vom 26. September 2002 - I ZR 44/00, BGHZ 152, 153, 158).

29 3. Ohne Rechtsfehler nimmt das Berufungsgericht an, dass Ausübungsbereich einer Grunddienstbarkeit auch eine im Gemeinschaftseigentum stehende Fläche sein kann, an der ein Sondernutzungsrecht besteht, das dem belasteten Sondereigentum zugeordnet ist.

30 a) Außer Streit steht, dass ein Sondernutzungsrecht nicht selbständig mit einer Dienstbarkeit belastet werden kann (vgl. BayObLG, DNotZ 1990, 496; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1986, 1076; OLG Schleswig, DNotZ 2012, 359, 362; OLG München, ZWE 2013, 321; BeckOGK/Kazele, BGB [1.2.2020], § 1018 Rn. 163; NK-BGB/Otto, 4. Aufl., § 1018 Rn. 30; Bärmann/Suilmann, WEG, 14. Aufl., § 13 Rn. 55; BeckOK WEG/Müller [1.11.2019], § 15 Rn. 244; Jennißen/Schultzky WEG 6. Aufl. § 13 Rn. 102; Schmidt-Räntsch in Niefenführ/Schmidt-Räntsch/Vandenhouten, WEG, 13. Aufl., § 13 Rn. 47). Dies folgt daraus, dass das eingetragene Sondernutzungsrecht weder ein dingliches noch ein grundstücksgleiches Recht, sondern ein schuldrechtliches Gebrauchsrecht ist, auch wenn es mit der Eintragung im Grundbuch eine Inhaltsänderung aller Wohnungseigentumsrechte bewirkt (vgl. Senat, Beschluss vom 13. September 2000 - V ZB 14/00, BGHZ 145, 133, 138).

31 b) Umstritten ist, ob die Belastung des Sondereigentums, dem ein Sondernutzungsrecht zugeordnet ist, auch zu dessen Ausübung berechtigt.

32 aa) Nach einer verbreiteten Auffassung kann ein Sondernutzungsrecht nicht Gegenstand des Benutzungsrechts sein (vgl. BayObLG, NJW 1975, 59 f.; OLG Zweibrücken, MittBayNot 1999, 378; OLG Schleswig, DNotZ 2012, 359, 362 f.; MüKoBGB/Mohr, 8. Aufl., § 1018 Rn. 21; Bauer/Schaub/Bayer/Lieder, GBO, 4. Aufl., AT C Rn. 260; Bär-

mann/*Armbrüster*, WEG, 14. Aufl., § 1 Rn. 151; *Jennißen/Schultzky*, WEG, 6. Aufl., § 13 Rn. 102; *MüKoBGB/Commichau*, 8. Aufl., § 10 WEG Rn. 35; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl., § 13 Rn. 72). Ein „verdinglichtes“ Sondernutzungsrecht bleibe eine schuldrechtliche Nutzungsberechtigung, deren Ausübungsobjekt allein die im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Grundstücksfläche sei; die Ausübungsstelle einer Dienstbarkeit dürfe aber nicht außerhalb des Belastungsgegenstands liegen (vgl. BayObLG, DNotZ 1990, 496, 497 f.; BeckOGK/*Kazele*, BGB [1.2.2020], § 1018 Rn. 163; *Ertl*, DNotZ 1988, 4, 13; ders., Festschrift für Johannes Bärmann und Hermann Weitnauer, 1990, S. 251, 264 f.).

33 bb) Nach der Gegenansicht kann der Ausübungsbereich einer an einem Sondereigentum bestellten Dienstbarkeit auch eine Fläche sein, an der ein dem Sondereigentum zugeordnetes Sondernutzungsrecht besteht. Maßgeblich sei, wessen Befugnisse durch die Belastung berührt würden. Da die übrigen Wohnungseigentümer ohnehin von der Nutzung des dem Sondernutzungsrecht unterliegenden Gemeinschaftseigentums ausgeschlossen seien, entstehe ihnen kein Nachteil, wenn das Nutzungsrecht auch dieses Recht umfasse (vgl. BeckOK WEG/*Müller* [1.11.2019], § 15 Rn. 244; *Staudinger/Weber*, BGB [2017], § 1018 Rn. 60; *Amann*, DNotZ 1990, 496, 501). Innerhalb dieser Auffassung ist lediglich umstritten, ob das Sondernutzungsrecht alleiniger Gegenstand der Ausübung der Dienstbarkeit sein kann (vgl. *Bärmann/Suilmann*, WEG, 14. Aufl., § 13 Rn. 56; NK-BGB/*Otto*, 4. Aufl., § 1018 Rn. 30; *Staudinger/Weber*, BGB [2017], § 1018 Rn. 60; *Amann*, DNotZ 1990, 496, 501; *Ott*, DNotZ 1998, 125, 132) oder nur in Verbindung mit den zu dem Sondereigentum gehörenden Räumen (vgl. BayObLG, DNotZ 1998, 125, 126 f.; OLG Hamm, DNotZ 2001, 216, 217 f.; BeckOGK/*Falkner*, WEG [1.8.2019], § 10 Rn. 342.1; NK BGB/*Heinemann*, 4. Aufl., § 6 WEG Rn. 21; wohl auch *Schmidt-Räntsch* in *Niedenführ/Schmidt-Räntsch/Vandenhouten*, WEG, 13. Aufl., § 13 Rn. 47).

34 c) Der Senat hat auch diese Frage bislang offengelassen (vgl. Senat, Urteil vom 19. Mai 1989 - V ZR 182/87, BGHZ 107, 289, 295). Er entscheidet sie dahin, dass Ausübungsbereich einer Grunddienstbarkeit eine Sondernutzungsfläche sein kann, die dem belasteten Sondereigentum zugeordnet ist; sie kann auch den alleinigen Ausübungsbereich darstellen.

35 aa) In der Rechtsprechung des Senats ist geklärt, dass die Befugnis des einzelnen Wohnungseigentümers zur Belastung seines Wohnungseigentums so weit reicht, wie er zu der Nutzung (§ 1018 Alt. 1 BGB), Vornahme einer Handlung (§ 1018 Alt. 2 BGB) oder Rechtsausübung (§ 1018 Alt. 3 BGB) allein befugt ist. Daher kann der Wohnungseigentümer sich etwa dinglich verpflichten, ein bestimmtes

Fenster seiner Wohnung nicht zu öffnen, auch wenn die Fenster zumindest teilweise im gemeinschaftlichen Eigentum stehen, weil er an den in seiner Wohnung befindlichen Gebäudeteilen ein alleiniges Nutzungsrecht hat (vgl. Senat, Urteil vom 19. Mai 1989 - V ZR 182/87, BGHZ 107, 289, 293 f.). Betrifft das mit einer Dienstbarkeit gesicherte Benutzungsrecht allein die im Sondereigentum stehenden Räumlichkeiten, kann der Dienstbarkeitsberechtigte auch das Gemeinschaftseigentum mitbenutzen. Das Recht zur Mitbenutzung des Gemeinschaftseigentums umfasst in diesem Fall grundsätzlich die übliche Benutzung und deckt alle mit dem Wohnen und der Benutzung von Geschäftsräumen typischerweise verbundenen Umstände (vgl. Senat, Urteil vom 10. November 2006 - V ZR 46/06, NZM 2007, 37 Rn. 9 zum Mitbenutzungsrecht des Mieters von Sondereigentum). Demgegenüber ist dem Sondereigentümer eine Belastung seines Sondereigentums mit einer Dienstbarkeit, deren Ausübungsbereich ausschließlich das der gemeinschaftlichen Nutzung unterliegende Gemeinschaftseigentum betrifft, nicht gestattet. Deshalb muss ein in Wohnungs- bzw. Teileigentum aufgeteiltes Grundstück als Ganzes belastet werden, wenn das Recht seiner Natur nach nur an dem Grundstück, nicht aber an dem einzelnen Wohnungs- oder Teileigentum bestehen kann (vgl. Senat, Beschluss vom 17. Januar 2019 - V ZB 81/18, ZfIR 2019, 437 Rn. 11 mwN).

36 bb) Zu der Nutzung von Gemeinschaftseigentum allein befugt ist der Sondereigentümer auch dann, wenn zu Gunsten seines Sondereigentums ein Sondernutzungsrecht vereinbart und als Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch eingetragen ist.

37 (1) Ein Sondernutzungsrecht ist das durch Vereinbarung begründete Recht eines oder mehrerer Wohnungseigentümer, abweichend von der Regel des § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG Teile des Gemeinschaftseigentums unter Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer (negative Komponente) allein zu benutzen (positive Komponente; vgl. Senat, Beschluss vom 10. Mai 2012 - V ZB 279/11, NJW-RR 2012, 1157 Rn. 11; Urteil vom 13. Januar 2017 - V ZR 96/16, ZfIR 2017, 403 Rn. 31; Urteil vom 23. März 2018 - V ZR 65/17, ZfIR 2018, 521 Rn. 8). Ist das Sondernutzungsrecht in das Grundbuch eingetragen, wird es als Inhaltsbestimmung dem Sondereigentum zugeordnet (vgl. Senat, Urteil vom 25. Oktober 2013 - V ZR 230/12, BGHZ 198, 327 Rn. 20) und kann daher – wie jede andere Befugnis aus dem Sondereigentum – zum Gegenstand der Ausübung einer Dienstbarkeit gemacht werden.

38 (2) Dem steht nicht entgegen, dass auch ein im Grundbuch eingetragenes Sondernutzungsrecht eine schuldrechtliche Nutzungsberechtigung bleibt, deren Gegenstand allein die im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Grundstücksfläche ist (so aber BayObLG, DNotZ

1990, 496, 497 f.; BeckOGK/Kazele, BGB [1.2.2020], § 1018 Rn. 163; Ertl, DNotZ 1988, 4, 13; ders., Festschrift für Johannes Bärmann und Hermann Weitnauer, 1990, S. 251, 264 f.).

39 (a) Richtig ist allerdings, dass die Eintragung in das Grundbuch den rechtlichen Charakter des Sondernutzungsrechts nicht ändert (vgl. Senat, Urteil vom 23. März 2018 - V ZR 65/17, ZfIR 2018, 521 Rn. 16). Durch die Eintragung entfaltet das Sondernutzungsrecht keine Wirkung gegenüber jedermann, sondern nur in dem Verhältnis der Sondereigentümer untereinander, wobei auch deren jeweilige Rechtsnachfolger an die Vereinbarung gebunden sind (vgl. zur Zweckbestimmung: Senat, Urteil vom 25. Oktober 2019 - V ZR 271/18, NZM 2020, 107 Rn. 17, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen). Dass das Sondernutzungsrecht auch nach seiner Eintragung eine schuldrechtliche Nutzungsberechtigung ist, besagt aber nichts darüber, ob es Ausübungsobjekt einer Dienstbarkeit an dem Sondereigentum sein kann. Seinen Beleg findet dies auch in anderen Regelungszusammenhängen. So wird ein Sondernutzungsrecht nach dessen Eintragung nicht mehr durch Abtretung (§ 398 BGB) übertragen (vgl. Senat, Beschluss vom 24. November 1978 - V ZB 11/77, BGHZ 73, 145, 148), ist die Vorschrift des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB entsprechend bei einer Beeinträchtigung des Sondernutzungsrechts heranzuziehen (vgl. Senat, Urteil vom 25. Oktober 2013 - V ZR 230/12, BGHZ 198, 327 Rn. 20) und kann die Herausgabe von Sondernutzungsflächen nach § 985 BGB sowie die Nutzungsunterlassung nach § 1004 Abs. 1 BGB verlangt werden (vgl. Senat, Urteil vom 21. Oktober 2016 - V ZR 78/16, ZfIR 2017, 355 Rn. 9). Rechtfertigt sich die Gleichstellung von eingetragenen Sondernutzungsrechten mit dem Sondereigentum deshalb, weil derartige Rechte dem Sondereigentum als Inhaltsbestimmung zugeordnet sind (vgl. Senat, Urteil vom 25. Oktober 2013 - V ZR 230/12, BGHZ 198, 327 Rn. 20), liegt es nahe, dass sie bei einer Belastung des Sondereigentums mit einer Dienstbarkeit von dem Berechtigten ausgeübt werden können.

40 (b) Auch der Grundsatz, dass sich der Ausübungsbereich einer Grunddienstbarkeit nicht über das belastete Grundstück hinaus erstrecken kann (vgl. Senat, Urteil vom 4. Dezember 2015 - V ZR 22/15, WM 2016, 1089 Rn. 34), steht der Bestellung einer solchen Dienstbarkeit nicht entgegen. Der Senat hat bereits entschieden, dass die Belastung eines Wohnungseigentums mit einer Dienstbarkeit nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil hiervon (auch) das gemeinschaftliche Eigentum berührt wird (vgl. Senat, Urteil vom 19. Mai 1989 - V ZR 182/87, BGHZ 107, 289, 295). Das Wohnungseigentum vermag insoweit die Grundlage für die Ausübung einer Dienstbarkeit zu bieten, als es die tatsächliche Herrschafts-

möglichkeit über einen Teil des Gebäudes gewährt (vgl. BR-Drucks. 75/51, Begründung S. 8 f.). Das ist nicht nur hinsichtlich der zu der Wohnung gehörenden Räume der Fall, sondern auch in Bezug auf ein eingetragenes Sondernutzungsrecht an einem nicht zur Wohnung gehörenden Gegenstand (vgl. Senat, Urteil vom 19. Mai 1989 - V ZR 182/87, BGHZ 107, 289, 293). Denn auch insoweit ist der Wohnungseigentümer aus seinem Wohnungseigentum heraus berechtigt, das Gemeinschaftseigentum unter Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer allein zu benutzen (vgl. Ott, DNotZ 1998, 125, 130 f.).

41 cc) Schließlich stehen die Interessen der übrigen Wohnungseigentümer nicht der Annahme entgegen, dass Ausübungsbereich einer Dienstbarkeit auch eine Sondernutzungsfläche sein kann.

42 (1) Dies gilt zunächst in Bezug auf eine Änderung, Aufhebung oder Übertragung des Sondernutzungsrechts.

43 (a) Allerdings ist hierfür – weil es sich dabei um eine Änderung des Inhalts des belasteten Sondereigentums handelt – die Zustimmung des Dienstbarkeitsberechtigten gemäß §§ 876, 877 BGB erforderlich (vgl. Senat, Beschluss vom 14. Juni 1984 - V ZB 32/82, BGHZ 91, 343, 346). Aus dem Schutzzweck der die Inhaltsänderung eines Rechts an die Zustimmung der Inhaber gleich- oder nachrangiger Rechte bindenden Vorschriften, wie er auch in § 876 Satz 2 BGB zum Ausdruck kommt, ist zwar zu folgern, dass die Zustimmung des Dritten unnötig ist, wenn seine Rechtsstellung durch die Änderung nicht berührt wird (vgl. Senat, Beschluss vom 14. Juni 1984 - V ZB 32/82, BGHZ 91, 343, 346; Beschluss vom 9. Juni 2016 - V ZB 61/15, NJW 2017, 728 Rn. 25).

Das ist hier aber der Fall (vgl. NK-BGB/Otto, 4. Aufl., § 1018 Rn. 31; Staudinger/Weber, BGB [2017], § 1018 Rn. 60). Ist eine der positiv bestimmten Nutzungsbefugnisse die Befugnis zur Wahrnehmung des Sondernutzungsrechts, so wird der Dienstbarkeitsberechtigte rechtlich – und nicht bloß wirtschaftlich – betroffen, wenn das Sondernutzungsrecht nicht mehr dem belasteten Eigentum zugeordnet ist.

44 (b) (aa) Die Rechtsstellung der Wohnungseigentümer wird hierdurch aber nicht anders betroffen, als bei der Belastung des Sondereigentums mit Grundpfandrechten; auch in diesem Fall bedarf die Änderung eines Sondernutzungsrechts der Zustimmung eines Dritten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Sondernutzungsrecht regelmäßig ohnehin nur einvernehmlich geändert oder aufgehoben werden kann.

45 (bb) Können die übrigen Wohnungseigentümer ausnahmsweise gemäß § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG eine Änderung oder Aufhebung des Sondernutzungsrechts verlangen (vgl. dazu Senat, Urteil vom 23. März 2018 - V ZR

65/17, ZfIR 2018, 521 Rn. 13), ist auch der Dienstbarkeitsberechtigte zur Zustimmung verpflichtet. Das folgt zwingend daraus, dass der Wohnungseigentümer sein Wohnungseigentum nur soweit belasten kann, wie er selbst befugt ist (vgl. Senat, Beschluss vom 17. Januar 2019 - V ZB 81/18, ZfIR 2019, 437 Rn. 11), weshalb der Dienstbarkeitsberechtigte gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer durch die Dienstbarkeit keine weitergehenden Befugnisse als der Eigentümer erlangen kann (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 1. Dezember 2006 - V ZR 112/06, NJW 2007, 432 Rn. 18; Urteil vom 25. Oktober 2019 - V ZR 271/18, NZM 2020, 107 Rn. 18, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen; NKBGB/Otto, 4. Aufl., § 1018 Rn. 31).

46 (2) Die Belastung des Grundstücks mit einer Dienstbarkeit, die – wie hier – einen außerhalb der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer stehenden Dritten berechtigt, verschlechtert entgegen der Ansicht der Revision auch nicht die Möglichkeiten der Wohnungseigentümer, Störungen durch den Dienstbarkeitsberechtigten zu begegnen.

47 (a) Nach der Rechtsprechung des Senats sind die Sondereigentümer aus § 1004 Abs. 1 BGB berechtigt, gegen einen ihr Eigentum störenden Mieter eines anderen Sondereigentümers vorzugehen (vgl. Senat, Urteil vom 25. Oktober 2019 - V ZR 271/18, NZM 2020, 107 Rn. 8, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen). Das gilt sowohl für den vereinbarungswidrigen Mitgebrauch von Gemeinschaftseigentum – der Mieter leitet seine Nutzungsbefugnis von seinem Vermieter als Miteigentümer ab, weshalb seine Befugnis nicht weiterreicht als die des vermietenden Eigentümers gemäß §§ 14, 15 WEG (vgl. Senat, Urteil vom 25. Oktober 2019 - V ZR 271/18, aaO Rn. 12) – als auch für die Nutzung des vermieteten Sondereigentums (vgl. Senat, Urteil vom 25. Oktober 2019 - V ZR 271/18, aaO Rn. 14). Der Sondereigentümer, von dem der Mieter seine Nutzungsbefugnis ableitet, kann diesem nicht mehr an Rechten übertragen, als er selbst im Verhältnis zu den anderen Wohnungseigentümern hat (vgl. Senat, Urteil vom 25. Oktober 2019 - V ZR 271/18, juris Rn. 18).

48 (b) Dieser Grundsatz findet auch in dem Verhältnis zu einem Dienstbarkeitsberechtigten Anwendung. Auch nach § 1018 Alt. 1 BGB können nur solche Rechte als Inhalt einer Dienstbarkeit vereinbart werden, die Inhalt des Wohnungseigentums sind (NK-BGB/Otto, 4. Aufl., § 1018 Rn. 31; Ott, DNotZ 1998, 125, 132). Die Grenzen einer zulässigen Nutzung ergeben sich aus den Vereinbarungen der Wohnungseigentümer untereinander, die mit der Eintragung in das Grundbuch den Inhalt des Sondereigentums bestimmen. Überschreitet der Dienstbarkeitsberechtigte diese Grenzen, stehen den Wohnungseigentümern – nicht anders als gegen den Mieter – Ansprüche aus § 1004 BGB zu.

Auftreten eines vollmachtlosen Vertreters für eine im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung bereits verstorbene Person

BGB § 177, § 179, § 104, § 1922 Abs. 1, § 1960 Abs. 2, § 2197; EU-ErbVO Art. 20, Art. 21, Art. 34; EGBGB Art. 3, Art. 43 Abs. 1; GBO § 19; GNotKG § 45 Abs. 3, § 53 Abs. 1 S. 1

Amtlicher Leitsatz:

Ein vollmachtloser Vertreter kann nicht für eine im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung bereits verstorbene Person auftreten, so dass die Erben diese Erklärung auch nicht genehmigen können. (Rn. 14)

OLG Bremen (3. Zivilsenat),

Beschluss vom 16.04.2020 – 3 W 9/20

I. Tatbestand:

1 Die Antragsteller haben die Eintragung einer Grundschuld sowie – die Antragsteller zu 1 - 5) – die Eintragung einer Auflassungsvormerkung beantragt.

2 Mit notariellem Kaufvertrag vom 25.10.2019 (UR-Nr... des Notar Y) haben die Antragsteller zu 1 - 4) ein in Bremerhaven gelegenes Grundstück erworben. Die Antragstellerin zu 5) war am 14.3.2019 verstorben, d.h. sie lebte im Zeitpunkt der Beurkundung des Kaufvertrages nicht mehr. Sie war britische Staatsangehörige (England und Wales). Während der Beurkundung hat einer der übrigen Teileigentümer die Veräußerungserklärungen als vollmachtloser Vertreter für die Antragstellerin zu 5) abgegeben.

3 Unter dem 01.08.2019 war mit Urkunde des High Court of Justice England and Wales (Oxford), Herr Z zum „administrator“ des Nachlasses der Antragstellerin zu 5) bestellt worden. Dieser hat mit notariell beglaubigter Erklärung vom 24.01.2020 die mit der Urkunde vom 25.10.2019 (UR-Nr. des Notar Y) beurkundete Erklärung des vollmachtlosen Vertreters genehmigt.

4 Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 17.02.2020 die Eintragung abgelehnt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass angesichts des in England geltenden Grundsatzes der Nachlassspaltung für das in Deutschland befindliche unbewegliche Vermögen deutsches Recht gelte. Der Administrator könne in diesem Fall nicht auftreten. Erforderlich sei deshalb die Zustimmung der Erben der Frau X unter Vorlage eines gegenständlich beschränkten Erbscheins.

5 Gegen diese Zwischenverfügung haben die Antragsteller am 27.02.2020 Beschwerde eingelegt. Sie verweisen

darauf, dass nach Art. 3 Nr. 1 lit.e. EGBGB das anwendbare Recht ausschließlich nach der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (im Folgenden: EU-ErbVO) zu ermitteln sei. Mangels Rechtswahl der Erblasserin bestimme sich das anwendbare Recht gem. Art. 21 Abs. 1 EU-ErbVO nach dem letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort der Verstorbenen. Da diese in England gelebt habe, sei englisches Recht anzuwenden. Gem. Art. 23 Abs. 2 lit. f. EU-ErbVO sei das ermittelte Recht auch auf die Rechte der Nachlassverwalter insbesondere im Hinblick auf die Veräußerung von Vermögen anzuwenden. Gem. Art. 34 Abs. 1 EU-ErbVO komme es nur zu einer Rückverweisung, wenn das anzuwendende Recht auf das Recht eines Drittstaates hinweise. Da das Vereinigte Königreich noch Mitglied der Europäischen Union sei, müsse es noch als EU-Mitgliedsstaat behandelt werden. Eine Rückverweisung auf das deutsche Recht erfolge daher nicht.

6 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Hanseatischen Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt. Es hat zur Begründung angegeben, die Vorschriften EU-ErbVO fänden keine Anwendung, weil das Vereinigte Königreich während seiner EU-Mitgliedschaft kein Mitgliedsstaat im Sinne der EU-ErbVO gewesen sei.

► II. Aus den Gründen:

7 Die Beschwerde ist statthaft.

8 Der Senat versteht die vom Notar eingelegte Beschwerde so, dass sie nicht in seinem Namen sondern im Namen der Antragsteller, d.h. der Verkäufer und für die Grundschuld auch für die Gläubigerin (die ebenfalls den Antrag auf Eintragung gestellt hat) eingelegt worden ist.

9 Die Beschwerde ist allerdings unzulässig, soweit sie auch für die Antragstellerin zu 5) eingelegt worden sein soll. Die Antragstellerin zu 5) (im Folgenden: Verkäuferin zu 5) ist bereits seit dem 14.3.2019 verstorben und damit nicht parteifähig.

10 Im Übrigen ist die Beschwerde zulässig. Sie ist aber nicht begründet.

11 Das Grundbuchamt hat im Ergebnis zu Recht die Eintragung abgelehnt.

12 Nach Auffassung des Senats liegt für beide Anträge schon keine wirksame Eintragungsbewilligung gem. § 19 GBO vor. Auf den Kaufvertrag ist – trotz Beteiligung ausländischer – englischer – Verkäufer – gemäß Art. 4

Abs. 1 lit c. Rom I-VO deutsches Recht anzuwenden. Der Eigentumsübergang richtet sich gemäß Art. 3, 43 Abs. 1 EGBGB ebenfalls nach deutschem Recht, da es sich um ein in Deutschland belegenes Grundstück handelt.

13 Gemäß § 104 BGB kann jedoch nur eine rechts- und geschäftsfähige Person eine Willenserklärung abgeben. Die Rechts- und Geschäftsfähigkeit für die Verkäuferin zu 5) richtet sich gemäß Art. 7 EGBGB nach englischem Recht. Diese war im Zeitpunkt der Vertragsbeurkundung bereits verstorben und konnte deshalb keine Erklärungen abgeben. Nach allen Rechtsordnungen endet die Rechtsfähigkeit mit dem Tod einer Person (*Ludwig* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., Art. 7 EGBGB Rdnr. 14, Stand: 01.03.2020), sie kann dementsprechend auch keine Willenserklärungen mehr abgeben.

14 Auch ein vollmachtloser Vertreter kann nicht für eine im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung bereits verstorbene, d.h. nicht (mehr) existente Person auftreten, mit der Folge, dass die Erben der Verstorbenen die Erklärung genehmigen könnten. § 177 BGB ist auf eine derartige Konstellation nicht, auch nicht analog, anwendbar. Allerdings wird vereinzelt vertreten, dass die Vorschrift auch eingreifen soll, wenn für eine nicht existierende Person gehandelt wird. Darunter wird allerdings regelmäßig eine (noch) nicht existierende juristische Person verstanden (z.B. OLG Hamm Urteil vom 12.09.1997 – 29 U 191/96 Rdnr. 16, LG Berlin, Urteil vom 25. Juni 2019 – 22 O 50/18 Rdnr. 27 –, juris, Palandt/*Ellenberger* 79. Aufl. 2020 § 177 BGB Rdnr.3, *Ulrich* in BeckOGK § 177 BGB Rdnr. 70 ff.). Im Falle der Vertretung einer nicht existierenden Person ist regelmäßig die Anwendung von § 179 BGB von entscheidender Bedeutung, d.h. die Frage, ob der für eine nicht existierende Person auftretende (vollmachtlose) Vertreter für die von ihm abgegebene Erklärung haftet (vgl. BGH, Beschluss vom 5. 2. 2013 – VIII ZR 276/12 Rdnr.1 – beck-online, Palandt/*Ellenberger* a.a.O.; *Ulrich* a.a.O. Rdnr.72). Um die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht geht es jedoch in der hier zu treffenden Entscheidung über eine Grundbucheintragung nicht.

15 Es besteht auch kein Bedürfnis für eine analoge Anwendung des § 177 BGB auf eine bereits verstorbene natürliche Person, es liegt insbesondere keine Regelungslücke vor. Das Vermögen geht im Zeitpunkt des Todes auf die Erben über (§ 1922 Abs. 1 BGB), so dass diese über die Nachlassgegenstände Verfügungsbefugte sind. Sollten die Erben unbekannt sein, so besteht die Möglichkeit der Nachlasspflegschaft gemäß § 1960 Abs. 2 BGB, so dass der Nachlasspfleger (für die unbekannten Erben) die Verfügungsbefugnis hat.

16 Im zu entscheidenden Fall fiel der Grundstücksanteil der Verkäuferin zu 5) bereits im Zeitpunkt der Beurkun-

derung in den Nachlass der Verstorbenen. Berechtigt sind deren – offensichtlich auch bekannte – Erben.

17 Schließlich ist auch nicht ersichtlich – insbesondere aus der notariellen Urkunde nicht – dass die Verkäuferin zu 5) etwa noch zu Lebzeiten dem anderen Teileigentümer eine Vollmacht erteilt hätte, die über ihren Tod hinaus Geltung gehabt hätte. Eine solche wäre – nach deutschem Recht – zu berücksichtigen gewesen, allerdings hätten auch dann die Erben vertreten werden müssen (vgl. Palandt/Weidlich 79. Aufl. 2020 Einf. vor § 2197 BGB Rdnr. 10).

18 Ob in diesem Fall u.U. der „administrator“ berechtigt war, Erklärungen für den Nachlass abzugeben, kann insoweit dahingestellt bleiben, denn er hat keine eigenen Erklärungen für den Nachlass abgegeben, sondern Erklärungen Dritter genehmigt. Angesichts der eindeutigen notariellen bzw. notariell beglaubigten Erklärungen kann auch – unabhängig davon, ob der „administrator“ dazu berechtigt wäre – die Genehmigungserklärung nicht in eine eigene Veräußerungs- bzw. Bewilligungserklärung umgedeutet werden.

19 Aus diesem Grunde sind sowohl die schuldrechtliche Verkaufserklärung für den Anteil der Verstorbenen als auch – was im Rahmen des Verfahrens auf Grundbucheintragung wichtiger ist – die entsprechende Eintragungsbewilligung unwirksam, so dass mangels Einwilligung der Voreingetragenen eine Eintragung weder der Grundschuld noch der Auflassungsvormerkung erfolgen kann.

20 Für das weitere Verfahren weist der Senat vorsorglich auf folgende Umstände hin:

21 Gemäß Art. 21 EU-ErbVO ist auf die Rechtsnachfolge nach dem Tod der Teileigentümerin mit dem letzten gewöhnlichen Aufenthalt in England englisches Recht anzuwenden. Art. 21 EU-ErbVO ist gemäß Art. 20 EU-ErbVO auch anzuwenden, wenn es nicht das Recht eines Mitgliedsstaats ist. Das gilt auch für das Recht des Vereinigten Königreichs, weil es die EU-ErbVO nicht gezeichnet hat und damit – auch während seiner Mitgliedschaft in der Europäischen Union bzw. in der Übergangszeit nach dem Austritt – als Drittstaat gilt (vgl. BeckOGK/J. Schmidt, 1.2.2020, EuErbVO Art. 20 Rn. 20, Geimer/Schütze Int. Rechtsverkehr/Schall/Simon, 58. EL Oktober 2019, EuErbVO Art. 1 Rn. 3 – beck-online).

22 Aus diesem Grunde ist auch Art. 34 EU-ErbVO anzuwenden, mit der Folge, dass die in England aufgrund der Nachlassspaltung hinsichtlich des beweglichen und unbeweglichen Vermögens geltende Rückverweisung auf das *lex rei sitae* (dazu Kroiß/Ann/Mayer/Odersky Großbritannien 5. Aufl. 2018 Rdnr. 3,4 – beck-online) zu beachten ist. Deutschland ist Mitgliedsstaat gem. Art. 34 Abs. 1 lit a) EU-ErbVO, so dass es sich um eine reine Sachnormverweisung handelt (dazu: BeckOGK/J. Schmidt, 1.2.2020, EuErbVO Art. 34 Rn. 5).

23 Danach gilt für das hier betroffene unbewegliche Vermögen der Verkäuferin zu 5) deutsches Recht. Infolgedessen muss auch für die Abwicklung des unbeweglichen Nachlasses deutsches Recht gelten (dazu Kroiß/Ann/Mayer/Odersky a.a.O. Rdnr. 16), so dass der in England bestellte „administrator“ keine Erklärungen für den Nachlass abgeben kann. Eine entsprechende Funktion ist dem deutschen Recht unbekannt, da es sich dabei nicht um eine – vom Erblasser verfügte – Testamentsvollstreckung handelt (vgl. Firsching/Graf, Nachlassrecht, 11. Auflage 2019 § 48 Rdnr. 51 – beck-online).

24 Für den in Deutschland befindlichen unbeweglichen Nachlass sind daher nur die ausgewiesenen Erben Verfügungsbefugt.

Anmerkung

1. Mit dieser Anmerkung erlaube ich mir die Rechtsansicht des Hanseatischen Oberlandesgerichts Bremen zum Handeln im Namen einer nicht mehr existenten Person näher zu untersuchen. Das OLG hängt die – endgültige – Unwirksamkeit des Vertrags an dem Umstand auf, dass der Vertreter im Namen des Erblassers und nicht im Namen der Erben gehandelt hat. Eine Genehmigung durch die Erben nach Vertretung einer nicht mehr existenten Person ist nach Auffassung des OLG nicht möglich. Die Erben hätten nur genehmigen können, wenn im Namen des Erblassers vor dessen Tod gehandelt worden wäre. Die Argumentation des Senats überzeugt nicht. Dabei ist schon der rechtliche Ausgangspunkt des OLG unzutreffend, wenn es formuliert, dass gemäß § 104 BGB nur eine rechts- und geschäftsfähige Person eine Willenserklärung abgeben könne. Im entschiedenen Fall geht es gerade nicht um eine Willenserklärung des Vertretenen, sondern um die Willenserklärung des Vertreters.

2. Das DNotI erwägt eine „Rettung“ des Vertrags im Wege der Umdeutung nach § 140 BGB.¹ Danach hängt die Genehmigungsfähigkeit des Vertrags im Einzelfall davon ab, ob der Vertreter für die Erben gehandelt hätte, wenn er vom Erbfall Kenntnis gehabt hätte. Einer Umdeutung bedarf es meines Erachtens nicht, da es an einem nichtigen Rechtsgeschäft fehlt.

3. Um zu erkennen, dass kein von vornherein nichtiges Rechtsgeschäft vorliegt, ist zu betrachten, für wen der Vertreter gehandelt hat und wer das Handeln ge-

¹ DNotI Report 13/2020, S. 102. Zitiert wird dabei ferner der zweite Leitsatz aus BGH, Urteil vom 27.11.1953 - V ZR 82/52, NJW 1954, 145, der sich für die Wirksamkeit derartigen Handelns – wenn auch ohne dogmatische Herleitung – ausspricht.

nehmigen kann. Nach dem buchstäblichen Gehalt der Erklärung wurde im Namen des Erblassers gehandelt. Dieser existierte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses indes nicht mehr. Der Senat geht daher davon aus, dass ein Rechtssubjekt des Vertrages gefehlt habe. Dieser Schlussfolgerung des Gerichts stehen jedoch Prinzipien des Auftrags- und Vollmachtsrechts entgegen. Diese drängen geradezu zur gegenteiligen Auffassung.

Zunächst ist der Blick auf die Bestimmungen der §§ 168, 169, 672, 674 BGB zu lenken: § 672 BGB macht deutlich, dass der Auftrag durch den Tod des Auftraggebers erlöschen kann. § 674 BGB fingiert im Falle des Erlöschens das Fortbestehen des Auftrags so lange, bis der Beauftragte von dem Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muss. Die Vorschrift dient dem Schutz des Beauftragten; insbesondere soll dessen Anspruch auf Aufwendungsersatz gegen den Auftraggeber gesichert werden.² Die Fiktion strahlt über § 168 S. 1 BGB auch auf das Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Vertragspartner aus. Nur wenn der Vertragspartner das Erlöschen kennt oder kennen muss, wirkt die Vollmacht nicht, § 169 BGB. Diese Vorschrift schützt den Vertretenen. Die Schutzzwecke der genannten Normen helfen für die rechtliche Bewertung des entschiedenen Falles nicht weiter.

Indes kann eine unausgesprochene Annahme der Vorschriften fruchtbar gemacht werden: § 169 BGB regelt, dass eine fingierte Vollmacht zugunsten eines bösgläubigen Geschäftspartners keine Drittwirkung zeitigt. Ist der Geschäftspartner jedoch gutgläubig, so tritt Drittwirkung ein. Demnach kann ein Vertrag durch fingierte Vollmacht nach §§ 674, 168 S. 1 BGB zustande kommen, obwohl die Vollmacht durch den Tod des Erblassers erloschen ist. Die Fiktion greift allerdings nur, wenn der Vertreter den Tod nicht kennt oder nicht kennen muss. In wessen Namen hat der Vertreter wohl in einem solchen Fall gehandelt? Im Namen des Erblassers. Wen treffen die Wirkungen der Stellvertretung? Die Erben. Das Gesetz kennt (und regelt bejahend) den Fall, dass ein Vertreter mit Wirkung für die Erben, aber im Namen des Erblassers handelt. Warum sollte ein solches Handeln dem Vertreter mit fingierter Vertretungsmacht gestattet sein, dem Vertreter ohne Vertretungsmacht wiederum nicht?³

2 MüKoBGB/Schäfer BGB § 674 BGB Rn. 1.

3 Etwas unklar hierzu ist OLG Stuttgart, Urteil vom 12.5.1948 - 1 RS 49/48, NJW 1947/1948, 627. Danach ist ein Handeln auf Grundlage der §§ 674, 168 S. 1 BGB jedenfalls dann nicht zulässig, wenn der Vertreter als Alleinerbe den Vertretenen beerbt hat. Eine Aussage zur Zulässigkeit bei Personenverschiedenheit zwischen Erbe und Vertreter trifft das OLG dabei nicht.

Da der Vertreter demzufolge für die Erben gehandelt hat, können diese durch Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB die Wirksamkeit des Vertrags herbeiführen.

4. Folgte man hingegen der Auffassung des OLG, (Rn. 17 a.E.) sollte man sich – selbst bei ausdrücklicher Anordnung einer transmortalen Vollmacht – stets davon überzeugen, dass der Vertretene im Zeitpunkt des Vertreterhandelns lebt.⁴ Andernfalls wäre der Vertrag endgültig unwirksam. Im Falle eines Grundstücksgeschäfts wäre jede Auflassung wirkungslos. Im Bewusstsein dieser schweren Folgen würde sich ein (durch notariellen Rat aufgeklärter) Geschäftspartner häufig nicht auf einen Vertragsschluss mittels Vollmacht einlassen. Die Akzeptanz von Vollmachten im Rechtsverkehr würde erheblich sinken.

*Notariatsverwalter Heinrich Berchtold
Geislingen an der Steige*

4 Klaus, Anmerkung zu OLG Stuttgart, Urteil vom 12.5.1948 - 1 RS 49/48, NJW 1947/1948, 627: „(...) denn mit dem Tode eines Abwesenden muß stets gerechnet werden.“ Dies gilt damals wie heute.

Wege- und Leitungsrecht innerhalb einer Wohnungseigen- tümmergeinschaft

GB0 § 47, § 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, § 72, § 73, § 75;
WEG § 27 Abs. 3 S. 2

Amtlicher Leitsatz:

Eine Grundbucheintragung, wonach den jeweiligen Eigentümern von zwei Wohnungseigentumseinheiten (Doppelhaushälften Nr. 1 und 2) auf dem in ihrem Miteigentum stehenden Flurstück ein vereinbartes und zur Eintragung bewilligtes Wege- und Leitungsrecht als Gesamtberechtigten gemäß § 428 BGB zusteht, das weitere Grundstücke eines der Wohnungseigentümer belastet, ist zulässig. (Rn. 21 – 26)

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat),
Beschluss vom 31.03.2020 – 3 Wx 72/19

I. Tatbestand:

1 Der Beteiligte zu 2 a war Eigentümer des Grundstücks Alte ... 226 in D..., eingetragen im Grundbuch des Amtsgerichts ... Blatt 1267 (Flurstück 471).

2 Mit notariellem Vertrag vom 16. Dez. 2011 hat er dem Beteiligten zu 1 a einen Miteigentumsanteil von 2,5/100 und der Beteiligten zu 1 b einen solchen von 47,5/100 an einer (noch zu vermessenden) Teilfläche dieses Grundbesitzes veräußert.

3 Inzwischen ist an dieser Teilfläche (jetzt Flurstück 711) Wohnungseigentum mit zwei Sondereigentumseinheiten gebildet worden.

4 Die Beteiligten zu 1 sind zu ½ Miteigentümer des 2012 fortgeschriebenen Flurstücks 711 verbunden mit dem Sondereigentum an den mit Nr. 1 bezeichneten Räumen nebst Garage (Anteil des Beteiligten zu 1 a 5/100, Anteil der Beteiligten zu 1 b 95/100); die Beteiligten zu 2 sind – mit je 50/100 Anteil – zu ½ Miteigentümer dieses Flurstücks 711 verbunden mit dem Sondereigentum an den mit Nr. 2 bezeichneten Räumen nebst Garage.

5 Der Beteiligte zu 2 a ist außerdem Eigentümer des 2012 fortgeschriebenen Flurstücks 712 (verbliebene Teilfläche des früheren Flurstücks 471), das zwischen dem Flurstück 711 und der Strasse (Alte ...) liegt, sowie des Flurstücks 470 (nördliches Nachbargrundstück).

6 Mit notariellem Vertrag vom 22. Okt. 2018 haben die Beteiligten – in Erfüllung der im Notarvertrag vom 16. Dez. 2011 vereinbarten Verpflichtung der Einräumung

von Wege- und Leitungsrechten auf einer Teilfläche der Flurstücke 712 und 470 zur Versorgung der auf dem Flurstück 711 errichteten beiden Gebäude – die Bestellung von Grunddienstbarkeiten vereinbart, nämlich zulasten der Flurstücke 470 und 712 und zugunsten der jeweiligen Wohnungseigentümer des Flurstücks 711 ein näher bezeichnetes Wegesowie ein näher bezeichnetes Leitungsrecht.

7 Am 2. Nov. 2018 haben die Beteiligten beantragt und bewilligt, die genannten Grunddienstbarkeiten nebst Herrschvermerk bei den beiden Wohnungseigentumsrechten einzutragen und zwar zugunsten der jeweiligen Wohnungseigentümer als Gesamtberechtigten gem. § 428 BGB.

8 Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügungen vom 12. Dez. 2018, vom 23. Jan. 2019 und vom 20. Febr. 2019 um Änderung der Bewilligung gebeten; § 47 GBO sei – nach dem Beschluss des Senates vom 3. Juni 1988 (Mitt RhNotK 1988, 175) nicht anwendbar. Die Vorschrift setze voraus, dass ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden solle. Berechtigter sei der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks. § 47 GBO sei nicht auf den Fall anwendbar, dass das herrschende Grundstück mehreren Berechtigten als Bruchteilseigentümern zustehe. Ein Beteiligungsverhältnis könne nur eingetragen werden, wenn es sich um Eigentümer mehrerer Grundstücke handele, hier gebe es jedoch nur ein herrschendes Grundstück, das seinerseits in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt sei.

9 Die Beteiligten meinen, da auch ein Wohnungseigentümer Berechtigter einer Grunddienstbarkeit sein könne, könnten auch mehrere Wohnungseigentümer als Gesamtgläubiger nach § 428 BGB Berechtigte einer Grunddienstbarkeit sein. Es sei möglich – unabhängig von der Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum –, den jeweiligen Eigentümer zu berechtigen. Daher sei es ebenso möglich, die Wohnungseigentümer je einzeln als Gesamtgläubiger zu berechtigen. Daran bestehe hier ein besonderes Interesse. Es handele sich bei den Wohnungseigentumseinheiten jeweils um eine Doppelhaushälfte und die Wohnungseigentümer würden sich möglichst so stellen wollen, als handele es sich bei dem jeweiligen Wohnungseigentum und der zugehörigen Sondernutzungsfläche um je ein eigenes Grundstück. Es sei den Beteiligten wichtig, dass jeder Wohnungseigentümer das Wege- und Leitungsrecht im Außenverhältnis unabhängig vom jeweils anderen Wohnungseigentümer geltend machen könne. Das ermögliche nur die Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB. Wäre hingegen nur der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks berechtigt und dieses in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt, sei grundsätzlich die Wohnungseigentümmergeinschaft berechtigt und könne das Recht – mangels Verwalter – nur durch alle Wohnungseigentümer geltend gemacht werden, § 27 Abs. 3 Satz 2 WEG.

10 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie mit Beschluss vom 8. April 2019 dem Senat vorgelegt. Der Wohnungseigentümer habe eine Doppelfunktion als Bruchteilseigentümer des gemeinschaftlichen Eigentums (insoweit könne ein Beteiligungsverhältnis nach § 47 GBO nicht eingetragen werden) und als Alleineigentümer des ihm zustehenden Sondereigentums (insoweit könne er gesondert Berechtigter einer Grunddienstbarkeit sein). Bei der Bestellung einer Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilten Grundstücks sei hinsichtlich der Berechtigung der Wohnungseigentümer auf die Bruchteilsberechtigung am Grundstück abzustellen, bei welcher die Eintragung eines Beteiligungsverhältnisses gem. § 47 GBO nicht in Betracht komme.

11 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Grundakten zu Blatt 4528 und 1267 Bezug genommen.

► **II. Aus den Gründen:**

12 Die gemäß §§ 18 Abs. 1, 71 Abs. 1, 72, 73 GBO zulässige Beschwerde ist nach der vom Grundbuchamt ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen, § 75 GBO.

13 Sie hat in der Sache schon deshalb Erfolg, weil die Zwischenverfügungen nicht hätten ergehen bzw. durch Nichtabhilfe hätten bestätigt werden dürfen und daher aus formellen Gründen aufzuheben sind.

14 Die Zwischenverfügungen sind inhaltlich unzulässig, weil die Beteiligten schon im Anschluss an die erste Zwischenverfügung vom 13. Dez. 2018 durch ihre Ausführungen vom 7. Jan. 2019 und in der Folge durch ihre Ausführungen vom 6. und 26. Febr. 2019 ernsthaft und endgültig zu erkennen gegeben haben, dass sie nicht gewillt sind, die vom Grundbuchamt gesehenen Eintragungshindernisse zu beseitigen. In diesem Fall geht das mit Erlass einer Zwischenverfügung beabsichtigte Verbesserungsverfahren ins Leere. Das Grundbuchamt hätte deshalb – auf der Basis seiner eigenen Rechtsauffassung – nicht erneut durch Zwischenverfügung entscheiden bzw. diese aufrecht erhalten dürfen, sondern über den Eintragungsantrag unmittelbar entscheiden müssen (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. zuletzt Beschluss vom 18. Okt. 2019 – 3 Wx 99/19, zitiert nach juris).

15 In der Sache sei – ohne Bindungswirkung – bemerkt:

16 Wenn ein Recht für mehrere gemeinschaftlich einzutragen ist, soll die Eintragung nach § 47 GBO in der Weise erfolgen, dass entweder die Anteile der Berechtigten in

Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird.

17 Das Grundbuchamt versteht den Antrag der Beteiligten offenbar dahin, sie wünschten die Eintragung der Grunddienstbarkeiten zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Flurstücks 711. Folgerichtig nimmt das Grundbuchamt an, § 47 GBO sei (grundsätzlich) nicht auf den Fall anwendbar, dass das herrschende Grundstück mehreren Berechtigten als Bruchteilseigentümern zustehe. Die Bruchteilsgemeinschaft an einer – einzutragenden – Dienstbarkeit ist nur dann möglich, wenn sie auf eine teilbare Leistung gerichtet ist (was allerdings grundsätzlich auch bei der Berechtigung einer Grunddienstbarkeit denkbar ist, wenn z.B. mehreren berechtigten Grundstückseigentümern die Befugnis eingeräumt ist, auf dem dienenden Grundstück eine einheitliche, von ihnen zu nutzende Anlage zu errichten; *Reetz*, in *BeckOK GBO*, *Hügel*, § 47, 22 m.N.). Richtig ist grundsätzlich auch, dass das herrschende Flurstück 711 zu je ½ im Miteigentum der Beteiligten zu 1 a und b einerseits und 2 a und b andererseits steht.

18 Diese Sichtweise missversteht jedoch ganz offenbar das Begehren der Beteiligten.

19 Die Beteiligten zu 1 a und b einerseits und zu 2 a und b andererseits sind die (beiden) Eigentümer der beiden in Rechtsform des Wohnungseigentums errichteten Doppelhaushälften auf dem Flurstück 711 und beantragen ihre Eintragung als Berechtigte der hier in Rede stehenden Grunddienstbarkeiten (Wege- und Leitungsrecht). Diese Eintragung begehren sie ausweislich der in der Notarurkunde getroffenen Vereinbarung zu ihren Gunsten als Gesamtberechtigte gem. § 428 BGB als „jeweilige Eigentümer des Grundbesitzes Nr. 1 und Nr. 2“, womit sie nach dem Inhalt der Notarurkunde ausdrücklich das jeweilige Wohnungseigentum (in Form der jeweiligen Doppelhaushälfte) auf dem Flurstück 711 bezeichnen.

20 Grundsätzlich bestimmt das herrschende Grundstück Rechtsträger (und Inhalt) der Grunddienstbarkeit. Berechtigter der Grunddienstbarkeit ist keine bestimmte Person, sondern nur eine bestimmbare, namentlich der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks oder Inhaber eines grundstücksgleichen Rechts (vgl. z.B. *Mohr*, in *MüKo*, BGB, 8. Aufl. 2020, § 1018, RdNr. 22). Herrschendes Grundstück einer Grunddienstbarkeit kann grundsätzlich nur ein selbständiges Grundstück im Sinne der GBO sein.

21 Es ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass eine Grunddienstbarkeit zugunsten eines ideellen Anteils eines Miteigentümers an einem Grundstück nicht bestellt werden kann. (OLG Hamm, BeckRS 2016, 9596, RdNr. 10 m.N.).

22 Allerdings ist die Bestellung einer Grunddienstbarkeit zugunsten des Eigentümers von Wohnungs- oder Teileigentum möglich (OLG Hamm, a.a.O. und schon mit

Beschluss vom 7. Okt. 1980 – 15 W 187/80, zitiert nach juris, RdNr. 30f.; OLG München, FGPrax 2017, 114, 115; OLG Zweibrücken, BeckRS 2014, 2342; *Kral*, in BeckOK WEG, Stand 1. Febr. 2020, § 7, 30). Zuletzt hat der Bundesgerichtshof (Beschluss vom 17. Jan. 2019 – V ZB 81/18, BeckRS 2019, 3041, RdNr. 27) entschieden, dass die Belastung eines (nach dem Wohnungseigentumsgesetz aufgeteilten) gemeinschaftlichen Grundstücks mit einer Grunddienstbarkeit auch zugunsten eines Wohnungs- oder Teileigentümers (sogar desselben Grundstücks) erfolgen kann. In diesem Fall sei dasjenige Sondereigentum als herrschendes Grundstück anzusehen, für dessen Nutzung die Grunddienstbarkeit einen Vorteil im Sinne des § 1019 Satz 1 BGB zu bieten vermöge (vgl. auch *Kazele*, in BeckOGK, BGB, Stand 1. Febr. 2020, § 1018, 138).

23 Ist nach alledem also die Bestellung einer Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Wohnungs- bzw. Teileigentums rechtlich zulässig, so ist ebenfalls anerkannt, dass eine solche auch zugunsten der jeweiligen Eigentümer mehrerer anderer Grundstücke, demnach also auch mehrerer anderer Wohnungseigentümer bestellt werden kann (Palandt/*Herrler*, BGB, 79. Aufl. 2020, § 1018, RdNr. 3 m.N.; Staudinger/*Weber* (2017), BGB, § 1018, RdNr. 51; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, RdNr. 1124). Dies ergibt sich schon aus der Wertung des § 1025 BGB, wonach die Grunddienstbarkeit nach Teilung des herrschenden Grundstücks für die neu entstandenen Teile als Gesamtrecht (Gesamtgrunddienstbarkeit) fortbesteht. Eine Grunddienstbarkeit kann zugunsten mehrerer Grundstücke / mehrerer Wohnungseigentümer bestellt werden, wenn dies für die Benutzung sämtlicher Grundstücke / Wohnungseigentumsrechte vorteilhaft im Sinne von § 1019 BGB ist. Dabei ist nicht entscheidend, ob sich die herrschenden Grundstücke im Eigentum einer einzigen Person oder mehrerer Personen befinden (*Kazele*, a.a.O., RdNr. 134).

24 In diesem Fall der Grunddienstbarkeit für die jeweiligen Eigentümer mehrerer anderer Grundstücke bzw. mehrerer Wohnungseigentümer hat die Eintragungsbewilligung das für die Gemeinschaft dieser Eigentümer maßgebende Rechtsverhältnis anzugeben, und bei Eintragung in das Grundbuch ist dieses Rechtsverhältnis nach § 47 GBO zu bezeichnen (*Wilsch*, in: BeckOK GBO, Stand 1. März 2020, § 9, RdNr. 5; *Schöner/Stöber*, a.a.O., RdNr. 1125). Die berechtigten Grundstücke bzw. Wohnungseigentumsrechte können nach der herrschenden Meinung und nach der Grundbuchpraxis als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB eingetragen werden (Staudinger/*Weber*, a.a.O., mit detaillierten Nachweisen und kritisch in RdNr. 51 a, weil keine der nach dem BGB vorgesehenen Gemeinschaftsverhältnisse zu sachgerechten

Lösungen für alle berechtigten Grundstücke führen würden; dazu auch *Kazele*, a.a.O., RdNr. 171).

25 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen dürfte dem Eintragungsantrag der Beteiligten, dass nämlich das Wege- und das Leitungsrecht den jeweiligen Wohnungseigentümern der beiden Wohnungseigentumseinheiten auf dem Flurstück 711 als Gesamtberechtigten gem. § 428 BGB zustehe, stattzugeben sein.

26 Anders als das Grundbuchamt meint, steht dem der Beschluss des Senates vom 3. Juni 1988 (MittRhNotK 1988, 175) nicht entgegen. Dieser Beschluss betraf den Fall, dass sich die Eigentümer des dienenden Grundstücks gegenüber den jeweiligen Eigentümern des Nachbargrundstücks im Rahmen einer Grunddienstbarkeit verpflichtet hatten, dieses herrschende Grundstück bereits in Miteigentumsanteile, verbunden mit Sondereigentum aufgeteilt und in Eintragungsbewilligung und -antrag kein Beteiligungsverhältnis nach § 47 GBO angegeben war. Seinerzeit hatten Grundbuchamt und Landgericht als Beschwerdegericht die Angabe eines solchen Beteiligungsverhältnisses jedoch für erforderlich gehalten. Der Senat hat als Rechtsbeschwerdegericht sodann entschieden, ein Fall des § 47 GBO liege nicht vor. Berechtigter einer Grunddienstbarkeit als subjektiv-dingliches Recht sei (immer) der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks unabhängig von den Eigentumsverhältnissen am herrschenden Grundstück; dies gelte sowohl, wenn das herrschende Grundstück mehreren Personen als Bruchteilseigentümern oder Gesamthändern gehöre, als auch dann wenn es im Zeitpunkt der Eintragungsbewilligung in Miteigentumsanteile verbunden mit Sondereigentum (Wohnungseigentum) aufgeteilt sei. Denn trotz Schließung des Grundbuchblattes für das herrschende Grundstück infolge der Bildung von Wohnungs- bzw. Teileigentum bestehe es im Rechtssinne als Grundstück fort und der Grundbuchvermerk sei im Bestandsverzeichnis sämtlicher Wohnungsgrundbücher einzutragen. Daraus sei dann ersichtlich, dass das herrschende Grundstück gegenwärtig im – besonders ausgestalteten – Miteigentum der Wohnungseigentümer stehe. Bereits seinerzeit hat der Senat ausdrücklich hinzugefügt, anders wäre die Rechtslage, wenn die Grunddienstbarkeit – wie damals nicht – als einheitliches Recht ... zugunsten der jeweiligen Inhaber von Wohnungseigentumsrechten bewilligt worden wäre. In diesem Fall werde auch bei einer Grunddienstbarkeit die Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses nach § 47 GBO verlangt. Davon aber unterscheide sich der seinerzeit zur Entscheidung anstehende Sachverhalt. Bei dem jetzt zur Entscheidung anstehenden Fall handelt es sich hingegen gerade um den Fall, dass die Grunddienstbarkeiten zugunsten der jeweiligen Wohnungseigentümer bewilligt und beantragt worden sind.

Keine Vormerkungsfähigkeit gegenseitiger Zuwendungsversprechen auf den Todesfall

GB0 § 71 Abs. 1, § 72, § 73, § 75; BGB § 883 Abs. 1, § 2301 Abs. 1 S. 1

Amtlicher Leitsatz:

Verpflichten sich Miteigentümer eines Grundstücks, jeweils ihren hälftigen Miteigentumsanteil auf den jeweils anderen zu übertragen unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Übertragende versterbe und der Erwerber den Übertragenden überlebe und die Pflicht auflösend bedingt sei durch den Erwerb des anderen Miteigentumsanteils und durch die Erklärung des Rücktritts seitens des anderen Beteiligten, wobei die Übertragung im Wege des entgeltlichen Rechtsgeschäfts und außerhalb der Formen des Erbrechts erfolge, so sind die Übertragungsansprüche wegen der zwischen den Beteiligten vereinbarten Überlebensbedingung, bis zu deren Eintritt die Übertragungsansprüche aufgeschoben sein sollen (als gegenseitige Zuwendungsversprechen auf den Todesfall im Sinne von § 2301 BGB) nicht vormerkungsfähig (Rn. 13 – 15).

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat),
Beschluss vom 15.05.2020 – I-3 Wx 64/20

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten sind Miteigentümer zu je ½-Anteil des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes. Mit notarieller Urkunde vom 15. Oktober 2019 vereinbarten sie unter der Überschrift „Gegenseitiges entgeltliches Zuwendungsversprechen auf den Todesfall“ die Verpflichtung, jeweils ihren hälftigen Miteigentumsanteil auf den jeweils anderen zu übertragen. Die Pflicht stehe unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Übertragende versterbe und der Erwerber den Übertragenden überlebe. Die Pflicht sei auflösend bedingt durch den Erwerb des anderen Miteigentumsanteils und durch die Erklärung des Rücktritts durch den anderen Beteiligten. Die Übertragung erfolge im Wege des entgeltlichen Rechtsgeschäfts und außerhalb der Formen des Erbrechts. Zur Sicherung des jeweiligen Übertragungsanspruchs bewilligten beide Beteiligten Eigentumsvormerkungen zu Lasten ihres jeweiligen Eigentumsanteils und beantragten deren Eintragung im Grundbuch.

2 Mit Zwischenverfügung vom 25. Oktober 2019 wies das Grundbuchamt darauf hin, dass die vereinbarten Ansprüche nicht vormerkungsfähig seien, da nach den getrof-

fenen Vereinbarungen der Rücktritt ohne Angaben von Gründen möglich sei. Ein Anspruch sei aber nur dann vormerkungsfähig, wenn eine Bindungswirkung gegeben sei, die nicht mehr von einer im freien Belieben des Verpflichteten stehenden Willenserklärung abhängige.

3 Mit weiterer notarieller Urkunde vom 12. November 2019 trafen die Beteiligten ergänzende Vereinbarungen zu dem ihnen jeweils vorbehaltenen Rücktrittsrecht. Unter anderem müsse der Rücktrittserklärung ein Schreiben beiliegen, in dem einer der Beteiligten dem anderen das Zerstrittensein angezeigt habe; seit dem in dem Schriftstück genannten Datum bis zur Rücktrittserklärung müssten mindestens 10 Jahre verstrichen sein. Mit Zugang des Rücktritts träten zugleich die auflösenden Bedingungen über das Übertragungsversprechen beider Beteiligten ein.

4 Mit Beschluss vom 13. Januar 2020 hat das Grundbuchamt den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Die vereinbarten Ansprüche seien mangels ausreichender Bindungswirkung nicht vormerkungsfähig. Vereinbart seien gegenseitige Zuwendungsversprechen auf den Todesfall. Die Erfüllung liege allein in der Person des Verpflichteten, des Vorversterbenden. Er habe sich nicht endgültig zur Leistung verpflichtet und er sei nicht gehindert, seinen Anteil anderweitig zu veräußern. Zudem könne er die Bindungswirkung einseitig durch Rücktritt beseitigen. Der Rücktritt des Berechtigten hebe die Bindungswirkung für dessen Übertragungsversprechen als Verpflichtetem auf.

5 Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit ihrer Beschwerde vom 12. Februar 2020. Sie meinen, ausreichend für die Vormerkungsfähigkeit eines bedingten Anspruchs sei, dass – sofern er im Belieben des Schuldners stehe – die an die Bedingung geknüpfte Rechtsfolge unabhängig von seinem Willen eintrete. Das sei hier der Fall. Würden die beantragten Vormerkungen eingetragen, könne der jeweils Verpflichtete zwar seinen Anteil anderweitig veräußern, ihn indes nicht mehr lastenfrei übertragen. Schließlich handele es sich vorliegend nicht um ein Schenkungsversprechen auf den Todesfall, sondern um ein objektiv entgeltliches Rechtsgeschäft, welches der erstverstorbene Beteiligte auf dessen Ableben hin zu erfüllen habe.

6 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Düsseldorf mit weiterem Beschluss vom 7. April 2020 zur Entscheidung vorgelegt.

7 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II. Aus den Gründen:

8 Die gemäß §§ 71 Abs. 1, 72, 73 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Beteiligten ist dem

Senat aufgrund der vom Grundbuchamt mit weiterem Beschluss vom 7. April 2020 erklärten Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, vgl. § 75 GBO.

9 In der Sache bleibt die Beschwerde ohne Erfolg. Das Grundbuchamt hat die Vormerkungsfähigkeit der zwischen den Beteiligten vereinbarten Übertragungsansprüche im Ergebnis zu Recht verneint. Bereits wegen der zwischen den Beteiligten vereinbarten Überlebensbedingung sind die Übertragungsansprüche nicht vormerkbar.

10 Das Grundbuchamt hat vor Eintragung einer Vormerkung zu prüfen, ob ein vormerkungsfähiger Anspruch vorliegt (*Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, Anhang zu § 44 Rn. 87). Nach § 883 Abs. 1 BGB ist vormerkungsfähig nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Einräumung, Änderung oder Aufhebung eines im Grundbuch eintragungsfähigen dinglichen Rechts (Satz 1); ebenfalls durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden kann auch ein bedingter oder künftiger Anspruch (Satz 2).

11 Nach den zwischen den Beteiligten in der notariellen Urkunde vom 15. Oktober 2019 getroffenen Vereinbarungen sind die wechselseitigen Ansprüche auf Übertragung des dem anderen jeweils zustehenden Miteigentumsanteils am verfahrensgegenständlichen Grundbesitz von zwei Bedingungen abhängig, nämlich zum einen von der Bedingung, dass der Übertragende verstirbt und der Erwerber ihn überlebt, und zum anderen von der Bedingung, diese ergänzt in der notariellen Vereinbarung vom 12. November 2019, dass ein Rücktritt des anderen Beteiligten nicht erfolgt. Bei der erstgenannten Bedingung handelt es sich um eine aufschiebende Bedingung, sog. Überlebensbedingung; die zweitgenannte Bedingung ist eine auflösende Bedingung.

12 Bedingte Ansprüche – gleiches gilt für künftige Ansprüche – genießen nur dann Vormerkungsschutz, wenn für die künftige Gestaltung des Anspruchs nicht lediglich eine bloße mehr oder weniger aussichtsreiche tatsächliche Möglichkeit besteht, sondern bereits eine feste, die Gestaltung des Anspruchs bestimmende Grundlage (Rechtsboden) vorhanden ist. In der Regel bietet auch ein bedingt abgeschlossenes Rechtsgeschäft den erforderlichen sicheren Rechtsboden für das künftige Wirksamwerden des darin begründeten Anspruchs (BGH NJW 2002, 2461, 2462 m.w.N.; vgl. auch: Palandt-*Herrler*, BGB, 78. Aufl. 2019, § 883 Rn. 16, mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung). Dieser Grundsatz gilt indes – insbesondere angesichts der Vielzahl der möglichen Bedingungsinhalte (vgl. hierzu Münchener Kommentar/*Kohler*, BGB, 8. Aufl. 2020, § 883 Rn. 26 m.w.N.) – nicht uneingeschränkt und es ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob der bedingt vereinbarte Anspruch vormerkbar ist.

13 Wird – wie hier – eine Überlebensbedingung vereinbart, kann es sich um eine aufschiebende Bedingung für

den vorzumerkenden Anspruch handeln. Soll der Anspruch nicht schon gegenüber dem derzeitigen Inhaber des Grundeigentums oder des Rechts an einem Grundstück bestehen, sondern nur gegenüber den Erben des derzeitigen Inhabers des betroffenen Rechts, wird eine Vormerkung überwiegend für unzulässig gehalten. Es handelt sich dann um einen erbrechtlichen Anspruch. Sog. Erbfallschulden, die erst im Augenblick des Erbfalls entstehen, können nach ganz überwiegend vertretener Auffassung aus mehreren Gründen zu Lebzeiten des Erblassers nicht durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden. Zum einen steht dem das sog. Identitätsgebot entgegen (Staudinger/*Kessler*, BGB, Neubearbeitung 2020, § 883 Rn. 81 ff.; Münchener Kommentar/*Kohler*, a.a.O., § 883 Rn. 32 für das Vermächtnis). Danach ist ein Anspruch nur dann im Grundbuch vormerkbar, wenn er sich gegen den von der Eintragung der Vormerkung betroffenen Rechtsinhaber richtet. Schuldner des Anspruchs muss derjenige sein, der bei der Eintragung der Vormerkung der Eigentümer des von ihr betroffenen Grundstücks ist (*Demharter*, a.a.O., Anhang zu § 44 Rn. 97 f.; Staudinger/*Kessler*, a.a.O., § 883, Rn. 74 ff.; Palandt/*Herrler*, a.a.O., § 883 Rn. 13; jeweils mit weiteren Nachweisen). Zum anderen wird die Eintragung einer Vormerkung für einen erbrechtlichen Anspruch mit dem Argument verneint, dass der Erblasser nicht gehindert sei, zu Lebzeiten noch über sein Vermögen zu verfügen (vgl. BGH NJW 1954, 633 ff. für das Vermächtnis; OLG Hamm NJW-RR 2000, 1389 ff. für ein Schenkungsversprechen von Todes wegen; BayObLG FGPrax 2002, 151 f. für ein Schenkungsversprechen von Todes wegen; Senat FGPrax 2003, 110 für einen Erbverzichtsvertrag; Palandt-*Herrler*, a.a.O., § 883 Rn. 18).

14 Um eine Erbfallschuld handelt es sich auch beim Schenkungsversprechen auf den Todesfall, § 2301 Abs. 1 Satz 1 BGB. Ein unter § 2301 BGB fallendes Rechtsgeschäft liegt dann vor, wenn der Erblasser eine Schenkung verspricht, die unter der Bedingung steht, dass der Beschenkte ihn – den Erblasser als Schenkendem – überlebt. Es besteht dann zu Lebzeiten des Schenkers kein Anspruch des Beschenkten auf Übereignung, eine gesicherte Rechtsposition oder ein Anwartschaftsrecht erlangt der Beschenkte aus dem Versprechen nicht (Münchener Kommentar/*Musielak*, a.a.O., § 2301 Rn. 14). Ein Anspruch entsteht erst mit dem Erbfall und nur dann, wenn der Beschenkte diesen Zeitpunkt erlebt. Handelt es sich bei dem zugewandten Gegenstand um einen Einzelgegenstand, wird die Zuwendung als Vermächtnis behandelt und ist gemäß § 2147 BGB vom Erben zu erfüllen (BeckOGK/*Gomille*, BGB, Stand: 1. Oktober 2019, § 2301 Rn. 45; Palandt-*Weidlich*, a.a.O., § 2301 Rn. 7). Der Anspruch aus einem solchen Schenkungsversprechen unter Überlebensbedingung ist

zu Lebzeiten des Schenkers nach überwiegend vertretener Auffassung nicht vormerkbar (BayObLG, a.a.O.; OLG Hamm, a.a.O.; Staudinger/Kessler, a.a.O., § 883 Rn. 83; Ermann/Artz, BGB, 15. Aufl. 2017, § 883 Rn. 20, 20a; a.A.: Münchener Kommentar/Kohler, a.a.O., § 883 Rn. 33, der ohne nähere Begründung die Vormerkungsfähigkeit des Anspruchs aus § 2301 Abs. 1 BGB bejaht; dagegen verneint Kohler in Rn. 32 die Vormerkungsfähigkeit eines Vermächtnisanspruchs). Von der herrschenden Auffassung abzuweichen, sieht der Senat keinen Anlass.

15 Nach Maßgabe der vorstehenden Grundsätze kommt die Eintragung der von den Beteiligten bewilligten Vormerkungen für die vereinbarten Übertragungsansprüche wegen der von ihnen vereinbarten Überlebensbedingung, bis zu deren Eintritt die Übertragungsansprüche aufgeschoben sein sollen, nicht in Betracht. Bei den zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen handelt es sich um gegenseitige Zuwendungsversprechen auf den Todesfall im Sinne von § 2301 BGB.

16 Ob sich ein Rechtsgeschäft als Schenkungsversprechen von Todes wegen gemäß § 2301 Abs. 1 Satz 1 BGB erweist, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Auch dann, wenn eine Überlebensbedingung vereinbart ist, kommt neben dem Verständnis der Vereinbarungen als Schenkungsversprechen von Todes wegen auch ein Schenkungsversprechen unter Lebenden in Betracht; auf letzteres finden die Vorschriften der §§ 516 ff. BGB Anwendung. Entscheidend für die Ermittlung des von den Parteien Gewollten ist der durch Auslegung gemäß § 133 BGB zu ermittelnde individuelle Wille der Beteiligten (vgl. OLG Hamm, a.a.O.).

17 Die Auslegung der hier zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen führt zur Anwendung von § 2301 Abs. 1 Satz 1 BGB.

18 Unzweifelhaft haben die Beteiligten eine Überlebensbedingung vereinbart, denn die Übertragung des jeweiligen Eigentumsanteils auf den jeweils anderen Beteiligten soll unter der aufschiebenden Bedingung stehen, dass der Erwerber den Übertragenden überlebt. Diese Bedingung haben die Beteiligten in der notariellen Urkunde vom 15. Oktober 2019 auch ausdrücklich als „echte Überlebensbedingung“ bezeichnet.

19 Entgegen der von den Beteiligten unter Bezugnahme auf Krauß (Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 283) vertretenen Auffassung handelt es sich bei der vereinbarten Pflicht zur Übertragung ihres Miteigentumsanteils auf den jeweils anderen um Schenkungsversprechen, nämlich um unentgeltliche Zuwendungen von Grundeigentum. Ohne Relevanz ist insofern, dass die Schenkungsversprechen jeweils wechselseitig abgegeben worden sind. In dem Moment nämlich, in dem einer der Beteiligten stirbt und die Bedingung für das von ihm

erteilte Übertragungsversprechen eintritt, kann er aus der mit dem anderen Beteiligten geschlossenen Vereinbarung denknötwendig (mangels Erlebens) keine Zuwendung mehr erhalten. Es liegt vielmehr in der Natur der Sache, dass nur eines der beiden Schenkungsversprechen zum Tragen kommen kann. Für jeden der Beteiligten besteht aufgrund der getroffenen Vereinbarungen lediglich die Chance, im Falle des eigenen Überlebens den anderen Miteigentumsanteil zu erlangen, ohne hierfür ein Entgelt oder eine andere Gegenleistung an den Zuerstversterbenden erbringen zu müssen. Eine im Rechtssinn beachtliche Gegenleistung, infolge derer das Geschäft als entgeltlich zu bewerten sein könnte, ist das nicht. Im Übrigen gilt, dass die Parteien eines Vertrages allein durch ihre Wortwahl – hier die Bezeichnung der Vereinbarung als entgeltliches Zuwendungsversprechen und die Vereinbarung als Vermögensnachfolge außerhalb der Formen des Erbrechts – nicht die rechtliche Bewertung vertraglicher Vereinbarungen vorgeben können. Entscheidend ist vielmehr der durch Auslegung ermittelte übereinstimmende Wille der Parteien; insbesondere ist Zweck der Regelung des § 2301 BGB die Vermeidung einer Umgehung zwingender erbrechtlicher Vorschriften (Palandt-Weidlich, a.a.O., § 2301 Rn. 2; bei der von Krauß, a.a.O., vertretenen Auffassung handelt es sich – soweit ersichtlich – um eine Einzelmeinung, auch Krauß verweist in Rn. 284 und 294 darauf, dass die Frage der Entgeltlichkeit eines gegenseitigen Zuwendungsversprechens auf den Todesfall bislang in der Rechtsprechung nicht geklärt sei).

20 Zu vergegenwärtigen bleibt, und auch das rechtfertigt die Anwendung von § 2301 BGB, dass die Pflicht zur Übertragung des Miteigentumsanteils nicht von dem jeweils verpflichteten Beteiligten, sondern von dessen Erben zu erfüllen sein wird. Es handelt sich nicht um eine schon in der Person des Schenkenden begründete Verpflichtung, deren Fälligkeit nur auf seinen Tod aufgeschoben ist (Schenkung unter Lebenden), sondern um eine Erbfallschuld, die erst mit dem Erbfall als eigene Schuld in der Person des Erben entsteht. So haben die Beteiligten in der notariellen Urkunde vom 15. Oktober 2019 lediglich die Pflicht zur Übertragung vereinbart und das Überleben des Erwerbers ausdrücklich als „aufschiebende Bedingung“ bezeichnet. Mit anderen Worten soll die schuldrechtliche Pflicht zur Übertragung aufschiebend bedingt auf den Tod des Übertragenden sein. Einen Übertragungsanspruch, der erst mit dem Tod eines der Beteiligten fällig wird, haben sie hingegen nicht formuliert.

21 Erweisen sich somit im Ergebnis die vereinbarten Pflichten eines jeden Beteiligten zur Übertragung seines Miteigentumsanteils an den jeweils anderen Beteiligten als Schenkungsversprechen von Todes wegen, die dem Anwendungsbereich von § 2301 Abs. 1 Satz 1 BGB unter-

fallen, und begründet die Vereinbarung vom 15. Oktober 2019 Pflichten, die erst mit dem Erbfall entstehen, sind diese Ansprüche nicht durch Vormerkungen sicherbar, denn es fehlt die erforderliche Identität zwischen den derzeitigen Eigentümern – die Beteiligten – des jeweils betroffenen Grundbesitzes und den (späteren) Schuldner – die Erben der Beteiligten – der Ansprüche auf Übertragung des jeweiligen Grundbesitzes.

22 Hindert demnach schon die zwischen den Beteiligten vereinbarte Überlebensbedingung im Sinne von § 2301 BGB die Eintragung der Vormerkungen, kann es offen bleiben, welche Konsequenzen sich aus dem weiter vereinbarten Rücktrittsrecht als auflösender Bedingung für die Übertragungsverpflichtungen für die Frage der Vormerkungsfähigkeit der Ansprüche ergeben. Ob es sich insofern um eine im Rahmen von § 883 BGB zulässige Zufalls- oder Potestativbedingung oder um eine einer Vormerkung entgegenstehende, dem Schuldner eingeräumte Wollensbedingung handelt (vgl. zu den verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten einer Bedingung: Münchener Kommentar/Kohler, a.a.O., § 883 Rn. 26 m.w.N.), bedarf hier keiner Entscheidung.

Zerlegung eines Miteigentumsanteil an einem Grundstück – Teilungsvertrag

WEG § 1 Abs. 2, Abs. 3 § 3, § 8; GBO § 15 Abs. 2, § 71 Abs. 1; BGB § 1008; GNotKG § 22 Abs. 1, § 25

Amtliche Leitsatz:

Ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück kann nicht im Wege eines Teilungsvertrags nach § 3 WEG zerlegt und mit Sondereigentum verbunden werden, wenn die dadurch neu gebildeten Einheiten sämtlich in der Hand des ursprünglichen Miteigentümers verbleiben sollen; hierfür bedarf es zusätzlich einer Teilungserklärung nach § 8 WEG. (Rn. 13 – 21)

OLG München (34. Zivilsenat),
Beschluss vom 15.06.2020 – 34 Wx 144/20

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten zu 1 bis 4 sind mit Anteilen von 50/100, 30/100, 8/100 bzw. 12/100 als Miteigentümer von Grundbesitz, auf dem sich ein Mehrfamilienhaus mit acht Wohnungen befindet, im Grundbuch eingetragen, für die

Beteiligten zu 5 und 6 sind Nießbrauche sowie für den Beteiligten zu 6 zudem eine Rückauflassungsvormerkung eingetragen.

2 Mit notarieller Urkunde vom 21.12.2018 schränkten die Beteiligten zu 1 bis 4 unter gegenseitiger Einräumung von Sondereigentum an bestimmten Räumen des Gebäudes gemäß § 3 WEG ihr Miteigentum an dem Grundstück dahingehend ein, dass in Bezug auf die Wohnungen samt Keller mit den Nrn. 1 bis 8 Miteigentumsanteile von 80/1000, 172/1000, 118/1000, 123/1000, 128/1000, 120/1000, 173/1000 bzw. 86/1000 eingeräumt wurden. Von den neugebildeten Sondereigentumseinheiten erhielten jeweils zu Alleineigentum der Beteiligte zu 1 die Nrn. 3, 4, 7 und 8, der Beteiligte zu 2 die Nrn. 5 und 2, die Beteiligte zu 3 die Nr. 1 sowie die Beteiligte zu 4 die Nr. 6. Mit Schreiben vom 20.3.2019 beantragte der Urkundsnotar den Vollzug.

3 Auf formlose Beanstandungen durch das Grundbuchamt hin teilte der Urkundsnotar mit Schreiben vom 8.11.2019 mit, eine Aufteilung gemäß § 8 WEG sei nicht zu erkennen, und stellte mit weiterem Schreiben vom 4.12.2019 noch einmal klar, dass eine Teilung nach § 3 WEG vorliege.

4 Daraufhin hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 17.3.2020 erklärt, der Eintragung stehe folgendes Hindernis entgegen: Die Urkunde teile den Grundbesitz gemäß § 3 WEG auf. Da einige Eigentümer ihren Anteil weiter unterteilten, liege ebenfalls eine Teilung nach § 8 WEG vor. Um notarielle Feststellung, dass es sich hierbei um eine Teilung nach §§ 3 und 8 WEG handle, werde gebeten.

5 Hiergegen hat der Urkundsnotar mit Schreiben vom 19.3.2020 Beschwerde eingelegt. Es liege eindeutig ausschließlich eine Teilung gemäß § 3 WEG vor, ob dabei ein ursprünglicher Eigentümer eine Einheit zum Alleineigentum erhalte oder mehrere zum Alleineigentum, spiele keine Rolle. Nur wenn sich genau die ursprünglichen Eigentumsverhältnisse vor Teilung bei einer Einheit genau in der ursprünglichen Form und genau den Beteiligungsverhältnissen/Miteigentumsquoten wie vor Teilung fortsetzten, liege eine Teilung gemäß § 8 WEG vor, so auch die Kommentierung bei Palandt zu § 8 Rn. 4.

6 Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 26.3.2020 nicht abgeholfen.

II. Aus den Gründen:

7 Die zulässige Beschwerde ist begründet.

8 1. Die Beschwerde ist zulässig.

9 a) Gemäß § 71 Abs. 1 GBO findet sie gegen die Entscheidungen des Grundbuchamts statt. Zu diesen zählen

auch Zwischenverfügungen (OLG Hamm FGPrax 2010, 177; *Demharter* GBO 31. Aufl. § 71 Rn. 1; H $\ddot{u}$ gel/*Kramer* GBO 4. Aufl. § 71 Rn. 112; *Schöner/Stöber* GBR 15. Aufl. Rn. 469).

10 b) Die Beschwerde wurde wirksam eingelegt. Nach § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG können sich die Beteiligten insoweit durch einen Notar vertreten lassen. Dabei gilt der Urkundsnotar gemäß § 15 Abs. 2 GBO nicht nur als ermächtigt, die Eintragung zu beantragen, sondern auch Beschwerde gegen die darauf ergehende Entscheidung einzulegen (*Demharter* § 15 Rn. 20; *Schöner/Stöber* Rn. 189).

11 2. Die Beschwerde hat auch in der Sache vorläufig Erfolg. Die angefochtene Zwischenverfügung hätte aus formalen Gründen nicht ergehen dürfen.

12 Eine Zwischenverfügung soll es dem Antragsteller ermöglichen, Eintragungshindernisse vor einer endgültigen Zurückweisung des Antrags zu beheben (OLG Düsseldorf NJOZ 2012, 1394/1395; *Demharter* § 18 Rn. 29). Hier hat der Notar indes wiederholt klargestellt, dass keine Teilung nach § 8 WEG, sondern ausschließlich eine solche nach § 3 WEG vorliege. Damit hat er ernsthaft und endgültig zu erkennen gegeben, dass er sich nicht in der Lage sieht bzw. nicht gewillt ist, die Beurkundungsbasis seines Eintragungsantrags in einem der Rechtsauffassung des Grundbuchamts entsprechenden Sinne anzupassen. In einem solchen Fall ist aber für eine Zwischenverfügung kein Raum, sondern über den Eintragungsantrag zu entscheiden (OLG Düsseldorf NJOZ 2012, 1394/1395).

13 3. Für das weitere Verfahren weist der Senat – insoweit allerdings ohne Bindungswirkung für das Grundbuchamt – darauf hin, dass die Aufteilung des Eigentums am Grundstück in Miteigentumsanteile verbunden mit Sondereigentum an den einzelnen Wohnungen jeweils samt Keller in der vorliegenden Form einer zusätzlichen Teilungserklärung nach § 8 Abs. 1 WEG bedarf.

14 a) Das Eigentum an einer Sache kann ideell nach Bruchteilen mehreren Rechtsträgern zustehen, vgl. § 1008 BGB. Bei Alleinwie auch bei bereits bestehendem Miteigentum ist eine – ggf. weitere – ideelle Aufteilung indes grundsätzlich nur bei gleichzeitiger Teilveräußerung möglich, eine Vorratsteilung in der Hand des alten (Mit-)Eigentümers gibt es nach allgemeinem bürgerlichem Recht nicht (BGHZ 49, 250/253; NJW 2013, 934/935; BeckOGK/*Schultzky* WEG § 8 Rn. 4; H $\ddot{u}$ gel/*Elzer* WEG 2. Aufl. § 2 Rn. 9; *Weitnauer/Briesemeister* WEG 9. Aufl. § 8 Rn. 1). Fallen mehrere Bruchteile in einer Hand zusammen, vereinigen sie sich in der Regel zu einem einzigen Bruchteil (*Timme/Kral* WEG 2. Aufl. § 8 Rn. 1).

15 b) Dieser Grundsatz erfährt eine Ausnahme im Rahmen von Wohnungs- und Teileigentum.

16 Nach § 1 Abs. 2 und 3 WEG kann Sondereigentum an

einer Wohnung bzw. nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum gebildet werden, zu dem es gehört. Dabei ist in Durchbrechung des unter a) dargestellten Grundsatzes die Vereinigung mehrerer mit Sonder- bzw. Teileigentum verbundener Miteigentumsanteile in einer Hand möglich, ohne dass letztere hierdurch zu einem einzigen Miteigentumsanteil verschmelzen würden. So statuiert § 8 WEG ausdrücklich, dass der Eigentümer eines Grundstücks das Eigentum hieran in Miteigentumsanteile in der Weise teilen kann, dass mit jedem Anteil das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden bestimmten Räumen verbunden ist (BeckOGK/*Schultzky* § 8 Rn. 2; H $\ddot{u}$ gel/*Elzer* § 8 Rn. 1). Es bestehen auch keine Bedenken, unter direkter oder zumindest analoger Anwendung von § 8 WEG einen mit mehreren Sondereigentumseinheiten verbundenen Miteigentumsanteil seinerseits in mehrere eigenständige Miteigentumsanteile zu zerlegen und jedem von ihnen wiederum Sondereigentum zuzuordnen (Bärmann/*Armbrüster* WEG 14. Aufl. § 2 Rn. 12; BeckOGK/*Schultzky* § 8 Rn. 4; *Staudinger/Rapp* BGB [Neubearb. 2018] WEG § 2 Rn. 4; *Timme/Munzig* § 2 Rn. 18; *Weitnauer/Briesemeister* § 2 Rn. 3).

17 c) Umstritten ist, ob auch im Rahmen einer bloßen Aufteilung nach § 3 WEG ein Miteigentumsanteil in mehrere selbstständige Anteile aufgespalten werden kann, die in einer Hand verbleiben und jeweils i.S.v. § 1 WEG mit Sondereigentum verbunden werden (KG NJW 1995, 62/64; LG Bochum NJW-RR 1999, 887; BeckOGK/*Müller* § 3 Rn. 24; Palandt/*Wicke* BGB 79. Aufl. WEG § 3 Rn. 2; *Schneider* in *Riecke/Schmid* WEG 5. Aufl. § 2 Rn. 17; *Schöner/Stöber* Rn. 2814; *Timme/Munzig* § 2 Rn. 18; DNotI-Gutachten DNotI-Report 2015, 169/170), oder ob dies stets eine Teilungserklärung gemäß oder analog § 8 WEG, die ggf. auch in Kombination mit einem Teilungsvertrag nach § 3 WEG abgegeben werden kann, erfordert (Bärmann/*Armbrüster* § 2 Rn. 12; *Staudinger/Rapp* § 2 Rn. 4; *Weitnauer/Briesemeister* § 2 Rn. 3).

18 Der Senat schließt sich der letztgenannten Ansicht an.

19 aa) Die von der Gegenauffassung verschiedentlich (LG Bochum NJW-RR 1999, 887; DNotI-Gutachten DNotI-Report 2015, 169/170) zur Begründung angeführte Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1983 ist für die Beurteilung des hier verfahrensgegenständlichen Sachverhalts unergiebig. Denn ihr lag gerade die umgekehrte Konstellation zugrunde, nämlich die Verringerung der Zahl der Miteigentumsanteile durch Zusammenlegung bei gleichzeitiger Zuweisung von Sondereigentum jeweils an die einzelnen neugebildeten Anteile in einem Teilungsvertrag gemäß § 3 WEG. Der Bundesgerichtshof begründete die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens mit der praktischen

Erwägung, dass ansonsten ein sachlich unnötiger Umweg über eine Zwischeneintragung der beteiligten Miteigentümer zu beschreiten wäre, die zusätzlich gezwungen wären, für ihre Beteiligung an dem vereinigten Miteigentumsanteil zumindest übergangsweise entgegen ihrem Willen eine BGB-Gesellschaft zu bilden. Die Zusammenlegung der Anteile solle die Entstehung von Wohnungseigentum nur ermöglichen und vorbereiten (BGH NJW 1983, 1672/1673 f.). Dieser Vorgang berührt indes im Gegensatz zur Erhöhung der Miteigentumsanteile von vornherein nicht den Regelungsbereich des § 8 WEG, weshalb der Entscheidung insoweit keine Aussage über das Verhältnis dieser Bestimmung zu § 3 WEG entnommen werden kann. Ebensowenig lassen sich die sonstigen Ausführungen des Bundesgerichtshofs auf die hier verfahrensgegenständliche Konstellation der Erhöhung der Miteigentumsanteile übertragen. Denn eine Zwischeneintragung wird auch dann für entbehrlich gehalten, wenn der Erwerber eines Grundstücks eine Teilung nach § 8 WEG vornimmt (OLG Düsseldorf DNotZ 1976, 168; BeckOGK/Schultzky § 8 Rn. 7; Staudinger/Rapp § 8 Rn. 6); warum dies anders zu beurteilen sein sollte, wenn der Teilung anstelle eines Kaufs eine Vereinbarung nach § 3 WEG vorangegangen ist, ist nicht ersichtlich (DNotI-Gutachten DNotI-Report 2015, 169/171). Die Frage der Bildung einer BGB-Gesellschaft stellt sich in der hier verfahrensgegenständlichen Konstellation ohnehin nicht, da nicht mehrere Miteigentümer ihre Anteile zusammenlegen, sondern umgekehrt ein Miteigentümer seinen Anteil aufspaltet und somit die neugebildeten Anteile gerade in einer Hand verbleiben.

20 bb) Argumentativ unergiebig ist auch der Verweis im Beschwerdevorbringen darauf, dass sich im Falle des § 8 WEG anders als bei einer Vereinbarung nach § 3 WEG die Eigentumsverhältnisse am Grundstück vor Teilung genau in der ursprünglichen Form und genau in den ursprünglichen Beteiligungsverhältnissen bzw. Miteigentumsquoten fortsetzen (so auch KG NJW 1995, 62/64, in dieser Form allerdings nicht wie angeführt Palandt/Wicke § 8 Rn. 4). Dies ist nicht Voraussetzung, sondern lediglich Folge einer Teilung nach § 8 WEG. Ist anlässlich der Begründung von Sondereigentum auch eine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse oder Miteigentumsquoten gewünscht, kann dies im Teilungsvertrag nach § 3 WEG vereinbart werden, der sich nach allgemeiner Ansicht mit einer Erklärung nach § 8 WEG in ein und derselben Urkunde kombinieren lässt (LG Bochum NJW-RR 1999, 887; Bärman/Armbrüster § 2 Rn. 12; BeckOGK/Müller § 3 Rn. 24; BeckOGK/Schultzky § 8 Rn. 4; Jennißen/Zimmer WEG 6. Aufl. § 2 Rn. 11; Schneider in Riecke/Schmid § 2 Rn. 13; Staudinger/Rapp § 2 Rn. 4; Timme/Munzig § 2 Rn. 17; Weitnauer/Briesemeister § 2 Rn. 3; DNotI-Gutachten DNotI-Report 2015, 169/170). Insoweit besteht auch

kein praktisches Bedürfnis für eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 3 WEG.

21 cc) Vielmehr sprechen systematische Gründe dafür, die Aufteilung eines Miteigentumsanteils in mehrere selbstständige Anteile, die jeweils mit Sondereigentum verbunden werden und in einer Hand bleiben, stets § 8 WEG, ggf. auch in Kombination mit § 3 WEG, zu unterwerfen. Mag auch der Wortlaut des § 3 WEG der Annahme, dasselbe Ergebnis ließe sich ebenso auf dem Weg über diese Vorschrift zu erreichen, nicht entgegenstehen (LG Bochum NJW-RR 1999, 887), so zeigt doch schon die schlichte Existenz des § 8 WEG, dass der Gesetzgeber das geschilderte Problem gesehen und einer Lösung zugeführt hat. Für eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 3 WEG besteht somit kein Anlass.

Der wechselseitige Ausschluss von Unterhaltungspflichten als Inhalt des Begleitschuldverhältnisses zu einer Dienstbarkeit

BGB § 1020 S. 2, § 1021 Abs. 1; GBO § 18 Abs. 1 S. 1, § 71 Abs. 1; GNotKG § 22 Abs. 1

Amtliche Leitsatz:

Der wechselseitige Ausschluss von Unterhaltungspflichten als Inhalt des Begleitschuldverhältnisses zu einer Dienstbarkeit kann nicht im Grundbuch eingetragen werden. (Rn. 13 – 15)

OLG München (34. Zivilsenat),

Beschluss vom 08.06.2020 – 34 Wx 177/20

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten zu 1 und 2 sind Eigentümer des Fl.St. XX/24, die Beteiligte zu 3 des Fl.St. XX/25.

2 Im notariellen Vertrag vom 12.6.2019 einigten sie sich auf den Tausch ihrer Grundstücke. Zugleich vereinbarten sie die Bestellung von Grunddienstbarkeiten zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Fl.St. XX/8 auf dem Fl.St. XX/24 und zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Fl.St. XX/9 auf dem Fl.St. XX/25. Die Dienstbarkeiten sollten gemäß Abschnitt IV.2. des Vertrags folgenden Inhalt haben:

3 a) Der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks ist befugt, das dienende Grundstück dauernd und

umfassend ohne jede zeitliche Beschränkung zu begehen, sowie durch Dritte zur Aufsuchung des berechtigten Grundstücks begehen zu lassen.

4 b) Der Eigentümer des dienenden Grundstücks hat dem Berechtigten gegenüber keine Verkehrssicherungspflichten oder Unterhaltungspflichten und umgekehrt.

5 Mit Schreiben vom 4.2.2020 hat der Urkundsnotar den Vollzug beantragt.

6 Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 9.4.2020 eine notarielle Nachtragserklärung des Inhalts gefordert, dass die vertragliche Regelung unter IV.2.b) nur als schuldrechtlich vereinbart geltend soll. Es bezieht sich dabei auf Rechtsprechung und Kommentarliteratur. Danach sei der Dienstbarkeitsberechtigte in dem durch § 1020 Satz 2 BGB beschriebenen Rahmen zur Unterhaltung und Instandsetzung verpflichtet. Bei gemeinsamer Benutzung könne die Unterhaltungspflicht gemäß § 1021 BGB festgelegt werden. Ein gegenseitiger Ausschluss sei nicht vorgesehen und damit dinglich nicht sicherbar.

7 Gegen die Zwischenverfügung hat der Urkundsnotar mit Schreiben vom 20.4.2020 Beschwerde eingelegt. Der Wortlaut der gesetzlichen Regelung stehe einem wechselseitigen Ausschluss ebensowenig entgegen wie der sachenrechtliche Typenzwang, da die Unterhaltungsverpflichtung nur eine Nebenpflicht sein könne.

8 Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht vorgelegt.

► **II. Aus den Gründen:**

9 Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

10 1. Die Beschwerde ist zulässig.

11 Insbesondere ist sie gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft. Zu den Entscheidungen des Grundbuchamts im Sinne dieser Bestimmung zählen auch Zwischenverfügungen nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO (OLG Hamm FGPrax 2010, 177; *Demharter* GBO 31. Aufl. § 71 Rn. 1; *Hügel/Kramer* GBO 4. Aufl. § 71 Rn. 68).

12 2. Die Beschwerde bleibt aber in der Sache ohne Erfolg, weil die angegriffene Zwischenverfügung zu Recht ergangen ist.

13 a) Die begehrte Eintragung kann in der vorliegenden Fassung nicht erfolgen, weil der Ausschluss von Unterhalts- und Verkehrssicherungspflichten gemäß Abschnitt IV.2.b) des Vertrags vom 12.6.2019 nicht eintragungsfähig ist.

14 Der Rechtsinhalt des Begleitschuldverhältnisses zu einer Dienstbarkeit, der sich bereits aus §§ 1020 Satz 2, 1021 Abs. 1 BGB ergibt, kann nicht im Grundbuch eingetragen werden. Eine bloße Wiederholung gesetzlicher Regelungen würde das Grundbuch belasten; zudem besteht

an unnötigen Einträgen kein schutzwürdiges Interesse (BayObLGZ 2000, 224/225; Senat vom 22.11.2016, 34 Wx 319/16 = NJOZ 2018, 138/139; OLG Düsseldorf OLGZ 1978, 19/20; BeckOGK/*Kazele* § 1018 BGB Rn. 287; *Demharter* Anhang zu § 13 Rn. 22; MüKoBGB/*Mohr* § 1018 Rn. 58).

15 Hier werden mit der im Vertrag vom 12.6.2019 gewählten Formulierung jegliche Unterhalts- und Verkehrssicherungspflichten wechselseitig ausgeschlossen. Soweit damit die Pflicht zur Unterhaltung einer eventuellen Anlage auf dem dienenden Grundstück aus § 1021 Abs. 1 BGB – die auch die Verkehrssicherungspflicht umfasst (OLG Hamm FGPrax 2015, 55) – gemeint sein sollte, ist die Eintragung unnötig und damit gemäß dem oben dargestellten Grundsatz unzulässig; denn diese Pflicht besteht ohnehin nur, wenn sie gemäß der genannten Vorschrift positiv vereinbart wird (OLG Hamm FGPrax 2015, 55/56). Die Erhaltungspflicht aus § 1020 Satz 2 BGB sodann, die ebenfalls im Sinne einer Unterhaltungspflicht zu verstehen ist (BGHZ 161, 115/121; OLG Hamm FGPrax 2015, 55/56; BeckOGK/*Kazele* § 1020 BGB Rn. 73; MüKoBGB/*Mohr* § 1020 Rn. 12), trifft nur den Dienstbarkeitsberechtigten, für den Eigentümer hingegen besteht in diesem Zusammenhang selbst dann keine primäre Unterhaltungspflicht gegenüber dem Berechtigten, wenn er das Recht zur Mitbenutzung der Anlage hat (OLG Hamm FGPrax 2015, 55; vgl. auch BGHZ 161, 115). Insoweit geht also der vereinbarte Ausschluss ebenfalls ins Leere, weshalb die begehrte Eintragung auch unter diesem Aspekt unnötig und somit unzulässig ist. Eine Eintragung schließlich nur des Ausschlusses der den Dienstbarkeitsberechtigten treffenden Unterhaltungspflicht aus § 1020 Satz 2 BGB scheidet hier jedenfalls deshalb aus, weil dieser Ausschluss aufgrund der Wechselseitigkeit in einem inneren Zusammenhang mit dem Ausschluss aller anderen Unterhaltungspflichten steht und nicht ersichtlich ist, dass eine nur teilweise Eintragung des Vereinbarten dem Willen der Parteien entspreche. Ob ein Ausschluss dieser Pflicht ungeachtet des sachenrechtlichen Typenzwangs grundsätzlich möglich wäre, kann somit dahingestellt bleiben.

16 b) Auch unter verfahrensrechtlichen Aspekten bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die angegriffene Zwischenverfügung.

17 Das Grundbuchamt ist gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO berechtigt, eine solche zu erlassen, wenn das Eintragungshindernis rückwirkend behoben werden kann. Im vorliegenden Fall lässt sich das Fehlen der Eintragungsfähigkeit durch die genannte notarielle Nachtragserklärung beseitigen. In der Sache würde damit der Eintragungsantrag nur bezüglich einer Nebenbestimmung beschränkt und behielte folglich im Übrigen seine rangwahrende Wirkung (vgl. BayObLG Rpfleger 1976, 181; *Hügel/Zeiser* § 18 Rn. 18; *Demharter* § 18 Rn. 27).

Bauträgervertrag: Unwirksamkeit einer Hinterlegungsklausel

BGB § 305 Abs. 1, § 306 Abs. 2, § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 309 Nr. 2a, § 310 Abs. 3 Nr. 1, § 320, § 631 Abs. 1, § 637, § 641 Abs. 1 S. 1, Abs. 3, § 812 Abs. 1 S. 1, ; MaBV § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 2, § 12

Redaktionelle Leitsätze:

1. Bei Bauträgerverträgen besteht – auch wenn ein Notar den Vertragstext entworfen hat – regelmäßig ein erster Anschein dafür, dass es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. (Rn. 41)
2. Eine Regelung in einem Bauvertrag, die vorsieht, dass – ungeachtet etwaiger Mängel – die letzte Rate der Vergütung vor der Besitzübergabe auf einem Notaranderkonto zu hinterlegen ist, ist nicht wegen Verstoßes gegen § 3 II S. 2 Nr. 2 MaBV unwirksam, wonach die letzte Rate erst nach vollständiger Fertigstellung fällig wird, solange sichergestellt ist, dass die Auszahlung an den Bauträger erst nach Fälligkeit erfolgt. (Rn. 30 – 31)
3. Eine solche Regelung ist jedoch, sofern es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bauträgers handelt, gemäß § 307 II Nr. 1 BGB, § 309 Nr. 2a BGB unwirksam, weil sie dem Erwerber das Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB abschneidet (ebenso KG Berlin, BeckRS 2019, 19549). (Rn. 42 – 50)
4. Eine vorformulierte Vertragsklausel in einem Bauträgervertrag, die vorsieht, dass die Parteien bei der Abnahme Mängel einvernehmlich festzustellen sowie deren Wert zu schätzen haben und dass sodann der überschüssende Teil der auf einem Notaranderkonto hinterlegten letzten Rate der Vergütung an den Bauträger auszuzahlen ist, ist ebenfalls gemäß § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam, weil sie dem Erwerber das Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB abschneidet. (Rn. 51 – 53)

OLG Schleswig (1. Zivilsenat),
Urteil vom 21.02.2020 – 1 U 19/19

► I. Tatbestand:

- 1 Die Klägerin verlangt die Freigabe von hinterlegten Kaufpreiskonten sowie die Zahlung von Mehrkosten für die Errichtung von Wohnungen.
- 2 Mit Bauträgervertrag vom ... erwarb der Beklagte von der Klägerin die im Bau befindlichen Wohnungen 2 und 5 in der A.-strasse in A. Unter § 9 des Vertrages war geregelt, dass er die letzte Rate des Kaufpreises auf ein Treuhandkonto des Notars zu zahlen hatte. Die Auszahlung

an die Klägerin sollte erfolgen, sobald dem Notar ein von dem Beklagten unterschriebenes Abnahmeprotokoll vorlag, nach dem der Gegenstand der Eigennutzung und der Gegenstand der Gemeinschaftsnutzung vollständig hergestellt seien und keine Mängel vorlägen. Wenn sich bei der Abnahme Mängel zeigten, sollten die Parteien die mutmaßlichen Erledigungskosten schätzen und diesen Betrag im Abnahmeprotokoll festhalten. Der Notar sollte dann von der letzten Abschlagszahlung das Zweifache dieses Betrages einbehalten.

3 Nach dem Schreiben des Notars vom ...2015 befanden sich seinerzeit 7.325,00 € zzgl. Zinsen von der letzten Rate auf dem Anderkonto. Mit Schreiben vom ...2015 teilte der Notar der Klägerin mit, dass dieser Betrag ausgekehrt werde. Er ging am ...2015 bei der Klägerin ein.

4 Für die Fertigstellung der Wohnungen äußerte der Beklagte von der Baubeschreibung abweichende Sonderwünsche. Die Klägerin erstellte Mehr- und Minderkostenaufstellungen, die nach einer Neuberechnung Mehrkosten in Höhe von 4.015,06 € für Wohnung 2 und 5.648,50 € für Wohnung 5 ausweisen.

5 Mit Bauträgervertrag vom .2013 erwarb der Beklagte von der Klägerin die zu errichtende Wohnung 1 in der A-strasse in A. Der Vertrag sah unter § 9 wiederum die Zahlung der Kaufpreiskonten auf ein Treuhandkonto eines Notars vor. Die Parteien unterzeichneten ein Abnahmeprotokoll vom

6 Auf dem Treuhandkonto des Notars befanden sich ursprünglich 33.250,00 € zzgl. Zinsen. Der Beklagte gab den Betrag zum Teil frei. Am2015 gingen bei der Klägerin 10.326,88 € ein. Auf dem Treuhandkonto befinden sich jetzt noch 23.000,00 € zzgl. Zinsen.

7 Die Wohnung wies nach den Gutachten des Sachverständigen B vom 20.10.2015 und 15.06.2016 im Verfahren Landgericht Flensburg 3 OH 8/15 Mängel auf. Danach betrugen die Mangelbeseitigungskosten 21.850,00 € netto.

8 Mit Bauträgervertrag vom ...2013 erwarb der Beklagte von der Klägerin die zu errichtende Wohnung 3 in der B-strasse in A. Der Vertrag sah unter § 9 wiederum die Zahlung der letzten Kaufpreiskonten auf ein Treuhandkonto eines Notars vor. Die Parteien unterzeichneten ein Abnahmeprotokoll vom

9 Auf dem Treuhandkonto befand sich ein Betrag inklusive Zinsen in Höhe von 16.001,72 €. Mit Schreiben vom ... kündigte der Notar die Auszahlung von 8.030,13 € an. Der Betrag ging am2015 bei der Klägerin ein. Auf dem Treuhandkonto befindet sich noch ein Betrag von 8.310,13 € zzgl. Zinsen.

10 In dem Verfahren Landgericht Flensburg 2 O 323/17 macht der Beklagte einen Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung in den Wohnungen A-strasse, Wohnungen 1 und 2, und B-strasse, Wohnung 3 geltend.

11 Die Klägerin hat ursprünglich die Freigabe von 31.324,86 €, 7.383,91 € und 16.001,72 € verlangt. Nach Eingang der freigegebenen Teilbeträge hat sie ihre Klage zum Teil zurückgenommen und zuletzt die Freigabe von 10.326,88 € und 8.310,13 €, jeweils nebst Zinsen, sowie die Zahlung von 8.979,38 € nebst Zinsen verlangt. Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt.

12 Der Beklagte hat behauptet, die Wohnungen in der A-straße, Wohnung 1, und B-straße, Wohnung 3, wiesen Mängel auf.

13 Aufgrund der Minderflächen der Fliesen in den Bädern ergebe sich bei der Mehr- und Minderkostenabrechnung für die Wohnungen 2 und 5 in der A-straße tatsächlich ein Überschuss in Höhe von 1.082,40 €.

14 Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen der näheren Einzelheiten gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat unter Verwertung des Sachverständigengutachtens aus dem selbständigen Beweisverfahren und nach Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens den Beklagten unter Klagabweisung im Übrigen zur Freigabe von 6.268,60 € und 6.667,93 €, jeweils nebst Zinsen, verurteilt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, es seien Mängel vorhanden, so dass der Restkaufpreis nur in der genannten Höhe ausbezahlt werden könne. Nach den Verträgen zwischen den Parteien hinderten nur Mängel die Auszahlung, die in den Abnahmeprotokollen enthalten seien. Die Auszahlungsvoraussetzungen müssten nämlich für den Notar sicher zu prüfen sein. Er müsste sonst Mängel und Rügen prüfen und die Kosten ermitteln. Die Parteien dagegen könnten Mängel und Kosten einvernehmlich festlegen. Die Beseitigung der im Abnahmeprotokoll enthaltenen Mängel in Wohnung 1 werde Kosten in Höhe von insgesamt 7.030,00 € netto verursachen. Für die Beseitigung der im Abnahmeprotokoll enthaltenen Mängel in Wohnung 3 würden Kosten in Höhe von insgesamt 595,00 € netto entstehen.

15 Einen Anspruch wegen der Sonderwünsche habe die Klägerin nicht. Sie habe ihre Abrechnung nicht schlüssig dargelegt. Bei den Fliesenarbeiten habe sie nur die Mehrkosten dargelegt, nicht aber die Gutschrift aus der Rechnung über die Fliesenarbeiten und den Rabatt.

16 Gegen dieses Urteil richtet sich die frist- und formgerecht eingelegte und begründete Berufung der Klägerin. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, der Beklagte mache die Mängel schon in dem Verfahren Landgericht Flensburg 2 O 323/17 geltend, in dem er auf Vorschuss klage. Wegen der anderweitigen Rechtshängigkeit sei er in diesem Verfahren damit ausgeschlossen. Der Beklagte könne keinen Druckzuschlag mehr verlangen. Er könne mit den offenen Restbeträgen die Mängel selbst beseitigen.

17 Hinsichtlich der Mehr- und Minderkosten sei nach der Argumentation des Landgerichts nur die Richtigkeit der

Abrechnung berührt. Sie sei aber schlüssig dargelegt. Eine Gutschrift müsse nicht 1 : 1 weitergegeben werden.

18 Die Klägerin beantragt, das angefochtene Urteil zu ändern und den Beklagten darüber hinaus nach Maßgabe ihrer aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils ersichtlichen, zuletzt gestellten erstinstanzlichen Anträge zu verurteilen, und zwar zur vollen Kostenlast des Beklagten auch hinsichtlich der Kosten der ursprünglich weitergehenden, dann teilweise zurückgenommenen Klage.

19 Der Beklagte beantragt, die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

20 Der Beklagte verteidigt das Urteil des Landgerichts, soweit es ihm günstig ist, unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vortrags.

21 Der Beklagte wendet sich seinerseits mit seiner frist- und formgerecht eingelegten und begründeten Berufung gegen das Urteil. Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus, nach den Regeln des BGB führten alle Mängel zu einem Zurückbehaltungsrecht. Dies werde durch die Auslegung der Verträge durch das Landgericht eingeschränkt. Darin liege ein Verstoß gegen § 309 Nr. 2 b BGB. Die Regelung verstoße außerdem gegen § 3 Abs. 2 MaBV, weil die Zahlung auch dann zu erbringen sei, wenn die Leistung nicht fertig gestellt sei. Die Regelung könne auch dahin ausgelegt werden, dass die Erledigung der Protokollmängel eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Freigabe der Beträge sei.

22 Bezüglich der Mängel am Gemeinschaftseigentum gebe es keine Abnahmeprotokolle. Nach dem Vertrag sei der Verwalter bevollmächtigt. Dies sei unwirksam. Es seien so alle Mängel zu berücksichtigen.

23 Der Beklagte beantragt, abändernd die Klage vollständig abzuweisen.

24 Die Klägerin beantragt, die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.

25 Die Klägerin verteidigt das Urteil des Landgerichts, soweit es ihr günstig ist, unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Sie führt unter anderem aus, dass sie die Bauträgerverträge nicht konzipiert habe, und bestreitet die Bestellung des Verwalters durch sie zur Zeit der Abnahme.

26 Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II. Aus den Gründen:

27 Die zulässige Berufung des Beklagten hat in der Sache Erfolg. Die zulässige Berufung der Klägerin bleibt in der Sache ohne Erfolg.

28 1. Die Berufung des Beklagten hat in der Sache Erfolg. Der Klägerin stehen keine Rechte an den Guthaben auf den Treuhandkonten zu.

29 a) Die Regelung über die Hinterlegung der Schlussrate auf einem Treuhandkonto des Notars ist unwirksam. Dem Beklagten steht deswegen seinerseits nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB ein Bereicherungsanspruch auf Freigabe der auf den Treuhandkonten hinterlegten Beträge zu seinen Gunsten durch die Klägerin zu.

30 aa) Die Unwirksamkeit ergibt sich nicht aus § 12 MaBV. Zwar sieht die Regelung in § 9 der Verträge zwischen den Parteien vor, dass die letzte Rate vor der Besitzübergabe zu hinterlegen ist. Das bedeutet, dass diese Zahlung auch dann zu leisten ist, wenn das Bauvorhaben zu diesem Zeitpunkt noch nicht vollständig fertiggestellt ist. Nach § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 der MaBV wird dagegen die letzte Rate erst nach vollständiger Fertigstellung fällig.

31 Indes ist entscheidend für die Erfüllung der Vorgaben der MaBV, dass der Bauträger nicht in die Lage versetzt wird, die Beträge vorzeitig etwa für die Fortführung der Bauvorhaben zu verwenden. Er darf daher Beträge nicht vorzeitig entgegennehmen. Das geschieht jedoch nicht, wenn die Zahlung an den Notar erfolgt, nicht an den Bauträger. Eine Zahlung auf das Notaranderkonto ist deswegen bezüglich der Vorgaben der MaBV unbedenklich, solange sichergestellt ist, dass die Auszahlung an den Bauträger erst nach Fälligkeit erfolgt (KG, Beschluss vom 20.08.2019, 21 W 17/19, Rn. 27 bei juris; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 8. Auflage, Rn. 106).

32 Die Parteien haben geregelt, dass die Auszahlung erst nach dem Nachweis der vollständigen Fertigstellung erfolgen soll und nur soweit, wie keine Mängel vorhanden sind. Das wird den Vorgaben der Makler- und Bauträgerverordnung gerecht.

33 bb) Die Regelung über die Zahlung der Schlussrate auf ein Notaranderkonto verstößt aber gegen § 309 Nr. 2 lit. a BGB. Danach ist eine Regelung unzulässig, die ein Zurückbehaltungsrecht des Vertragspartners des Verwenders aus § 320 BGB ausschließt oder einschränkt.

34 Die Regelung verstößt jedenfalls in der Auslegung durch das Landgericht gegen diese Vorschrift und ist zumindest nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen einer unangemessenen Benachteiligung des Beklagten unwirksam.

35 (1) Bei der Regelung in § 9 der Verträge handelt es sich um eine von der Klägerin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach § 305 Abs. 1 BGB für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt.

36 Die Klägerin wendet gegen die Annahme Allgemeiner Geschäftsbedingungen nur ein, sie habe den Vertrag nicht konzipiert. Darauf kommt es gemäß § 310 Abs. 3

Nr. 1 BGB nicht an. Denn danach gelten Allgemeine Geschäftsbedingungen als vom Unternehmer gestellt, wenn er mit einem Verbraucher einen Vertrag schließt.

37 Die Verträge waren vorformuliert. Es spricht nichts dafür, dass die Parteien sie im Einzelnen ausgehandelt haben. Dies entspricht der normalen Abwicklung bei größeren Bauvorhaben. Dabei gibt regelmäßig der Bauträger den Erwerbern die jeweiligen Vertragsbedingungen vor.

38 Bei der Klägerin handelt es sich um eine Unternehmerin, die das Gewerbe einer Bauträgerin betreibt. Bei dem Beklagten handelt es sich um einen Verbraucher. Die Klägerin macht auch auf den Hinweis in der Verfügung vom 25.06.2019 (Bl. 589 d. A.) nicht geltend, dass der Beklagte die Wohnungen als Unternehmer erworben hat. Zwar werden die Wohnungen als Ferienwohnungen vermietet. Indes ist nicht jede Vermietung gewerblich. Es kann sich dabei auch um die Verwaltung eigenen Vermögens handeln (BGH, Urteil vom 25.01.2011, XI ZR 350/08, Rn. 25 bei juris).

39 Die Vertragsbedingungen waren für eine Vielzahl von Verträgen bestimmt, so dass es auf die Regelung des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB, wonach die AGB-Kontrolle bei erstmaliger Verwendung eingreift, nicht ankommt. Der Beklagte hat allein drei Bauträgerverträge mit der gleichlautenden Regelung des § 9 unterzeichnet. Das Bauvorhaben A-Straße umfasste insgesamt 14 Wohnungen. Es ist nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass sämtliche mit den Erwerbern geschlossene Verträge diese Klausel enthielten und enthalten sollten.

40 Im Übrigen müssen die Vertragsbedingungen ohnehin als von der Klägerin gestellt angesehen werden. Zwar werden Vertragsbedingungen, die etwa ein Notar vorschlägt, nicht von einer Vertragspartei im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB gestellt. Das ist jedoch anders, wenn der Notar im Auftrag einer Partei ein Vertragsformular, etwa einen Bauträgervertrag, entwickelt hat (BGH, Urteil vom 14.05.1992, VII ZR 204/90, Rn. 30 ff. bei juris).

41 Die äußeren Umstände sprechen dafür, dass entweder die Klägerin oder der Notar für sie den Vertrag entworfen hat. Denn wie dargelegt hatte die Klägerin eine Vielzahl von Wohnungen in den zu errichtenden Gebäuden zu veräußern. Es entspricht der Lebenserfahrung, dass dabei immer gleichlautende Verträge verwendet werden, die den Erwerbern vorgegeben werden. Die Beurkundung dieser Verträge findet immer durch denselben Notar statt, der von der Bauträgerin vorgegeben wird. Aufgrund dieser Umstände besteht bei Bauträgerverträgen ein erster Anschein dafür, dass es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt (BGH, Urteil vom 14.05.1992, VII ZR 204/90, Rn. 30 bei juris; KG, Beschluss vom 20.08.2019, 21 W 17/19, Rn. 28 bei juris).

42 (2) Eine Vertragsbestimmung, nach der der Erwerber einer Wohnung die letzte Rate des Erwerbspreises auf ein

Notaranderkonto zahlen muss, ist unwirksam, weil sie dem Erwerber das Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB abschneidet.

43 Entscheidend ist, dass der Erwerber zu einer Zahlung gezwungen wird, auch wenn diese nicht sofort zur freien Verfügung des Bauträgers steht. Der gezahlte Betrag steht ihm nicht mehr zur Verfügung. Die Hinterlegungsregelung trägt zwar dem Sicherungsinteresse des Bauträgers Rechnung, mindert aber den wirtschaftlichen Druck auf ihn, wegen einer Zurückbehaltung eines Teils des Erwerbspreises durch den Erwerber Mängel zügig zu beseitigen (BGH, Urteil vom 11.10.1984, VII ZR 248/83, Rn. 17 ff. bei juris; KG, Beschluss vom 20.08.2019, 21 W 17/19, Rn. 28 bei juris).

44 Der Bauträger hat den hinterlegten Betrag zwar noch nicht zur freien Verfügung. Er hat aber ein gesichertes Anrecht auf die Auszahlung an ihn erworben, das ihm der Erwerber nicht mehr einseitig entziehen kann. Dadurch kann er eher geneigt sein, in Auseinandersetzungen wegen Baumängeln abzuwarten.

45 Dazu trägt im vorliegenden Fall bei, dass die auf die Guthaben anfallenden Zinsen allein der Klägerin zustehen sollen. Sie erlangt so sogar einen Vorteil durch die Verzögerung der Mängelbeseitigung. Der Vorteil mag zwar, auch wegen der Kosten der Hinterlegung, nicht groß sein. Er ist aber vorhanden, was aus den Mitteilungen des Notars und den Auszahlungen hervorgeht. Danach haben sich die hinterlegten Beträge durch Zinsen erhöht.

46 Die Richtigkeit dieser Überlegung zeigt sich exemplarisch im vorliegenden Fall. Die Klägerin kommt seit nunmehr sechs Jahren ihrer Verpflichtung zur Mängelbeseitigung nicht nach, obwohl eine Vielzahl von Mängeln sachverständig festgestellt worden ist und die Klägerin sie auch nicht mehr bestreitet.

47 Gegen die Entscheidung des BGH wird vorgebracht (vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl., Rn. 107 ff.), seither sei das BGB vielfach geändert worden. So sehe die Regelung des § 648a BGB a. F. (jetzt § 650f BGB) eine Sicherung des Werkunternehmers unter Wahrung der Interessen des Bestellers vor, so dass die Sicherung des Zahlungsanspruchs dem Gedanken des Gesetzes entspreche. Bei der Frage der Sicherung kommt es jedoch entscheidend auf ihre Form an. So wird der Besteller etwa durch eine Bürgschaft oder eine Hypothek nicht in der Ausübung seiner Rechte aus dem Werkvertrag eingeschränkt. Er kann vor allen nach wie vor ein Zurückbehaltungsrecht an offenen Beträgen aus der Werklohnforderung geltend machen.

48 Weiter wird als Vorteil für den Besteller angesehen, dass er bereits vorzeitig den Besitz erhalte, während das BGB die Zahlung des vollen Werklohns Zug um Zug ge-

gen Übergabe des Werks vorsehe. Indes kann der Werkunternehmer das Werk auch vor Zahlung des vollen Werklohns übergeben und erhält dafür den Vorteil, dass er bereits erhebliche Teile des Werklohns erhält. Das entspricht dem Leitbild der MaBV (vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl., Rn. 109).

49 Die Entscheidung des Bauträgers zur vorzeitigen Besitzeinräumung ist kein Grund, von dem Zurückbehaltungsrecht abzuweichen. Im Übrigen entspricht dieses Zurückbehaltungsrecht trotz der grundsätzlichen Fälligkeit der Vergütung bei Abnahme nach § 641 Abs. 1 S. 1 BGB dem gesetzlichen Leitbild. Sonst wäre die Regelung in § 641 Abs. 3 BGB, wonach der Besteller bei Vorliegen eines Mangels einen angemessenen Betrag des Werklohns auch nach Fälligkeit zurückbehalten kann, sinnlos. Diese Vorschrift ist auch auf Bauträgerverträge anwendbar, weil sich die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien nach Werkvertragsrecht richten, soweit nicht die Übereignung des Grundstücks, sondern die Errichtung des Bauwerks betroffen ist.

50 Insgesamt ist festzustellen, dass die Leistung auf ein Notaranderkonto die Rechte des Bestellers erheblich beschneidet. Er kann nicht mehr durch das Zurückbehalten eines Teils des Erwerbspreises Druck auf den Werkunternehmer ausüben. Er kann auch nicht ohne Weiteres Minderungsrechte durchsetzen oder Mängel auf Kosten des Werkunternehmers beseitigen lassen und dies aus dem einbehaltenen Werklohn finanzieren. Er ist jeweils darauf angewiesen, seinen Zahlungsanspruch gegenüber dem Werkunternehmer durchzusetzen (*Basty*, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl., Rn. 111).

51 (3) Die Regelung des § 9 der Verträge beschneidet das Zurückbehaltungsrecht des Beklagten jedenfalls in der Auslegung durch das Landgericht und benachteiligt ihn zumindest unangemessen i. S. d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, weil sie von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen abweicht. Diese Auslegung liegt nach dem Wortlaut der Regelung nahe. Von ihr ist auszugehen, weil von mehreren Auslegungsmöglichkeiten Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach § 305c Abs. 2 BGB im Zweifel diejenige anzuwenden ist, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt (BGH NJW 2009, 2051, Tz. 11).

52 Die Regelung sieht vor, dass die Parteien bei der Abnahme Mängel einvernehmlich festzustellen und deren Wert zu schätzen haben. Ein überschüssiger Teil des Guthabens wird sodann an die Klägerin ausgezahlt. Die Regelung muss so verstanden werden, wie vom Landgericht angenommen, dass nur einvernehmlich festgestellte Mängel und Mängelbeseitigungskosten die Auszahlung hindern.

53 Dadurch wird das Zurückbehaltungsrecht aus §§ 320, 641 Abs. 3 BGB unzulässig beschnitten. Danach kann der

Bauherr wegen aller nach der Abnahme noch bestehenden Mängel angemessene Teile des Werklohns zurückhalten. Es handelt sich dabei um einen wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, weil es dem Besteller ermöglicht wird, seinen Anspruch auf ein mangelfreies Werk durchzusetzen. Es ist nicht zulässig, das Zurückbehaltungsrecht auf Mängel zu beschränken, die die Parteien einvernehmlich festgestellt haben. Dem Erwerber muss die Möglichkeit verbleiben, Mängelrechte auch einseitig durchzusetzen. Das gilt insbesondere für verborgene Mängel, die der Erwerber bei der Abnahme nicht wahrnehmen konnte.

54 Wesentlich für die Durchsetzung des Anspruchs auf ein mangelfreies Werk ist auch die Möglichkeit der Ersatzvornahme nach §§ 634 Nr. 2, 637 BGB. Der Besteller kann zurückbehaltene Teile des Werklohns zur Mängelbeseitigung einsetzen. Die Ersatzvornahme wird erschwert, wenn er gezwungen ist, zunächst einen Vorschuss einzuklagen, da er bereits offene Beträge des Werklohns auf ein Notaranderkonto gezahlt hat.

55 Erst Recht wird das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung gestört, wenn die Aufrechnung mit Kosten einer bereits erfolgten Mängelbeseitigung gegen den restlichen Werklohn ausgeschlossen wird. Der volle Werklohn kann dem Unternehmer nur zustehen, wenn er selbst das mangelfreie Werk erstellt hat.

56 Dem gesetzlichen Leitbild widerspricht es schließlich, dass die anfallenden Zinsen der Klägerin zustehen sollen. Nach der Regelung des § 641 Abs. 3 BGB hält der Erwerber den offenen Teil des Werklohns in Händen und kann etwaige Nutzungen daraus ziehen. Der Werkunternehmer kann keine Verzinsung verlangen, weil einem Verzug des Erwerbers mit der Zahlung das Zurückbehaltungsrecht entgegensteht. Damit ist nicht vereinbar, wenn der Bauträger durch eine Verzögerung der Mängelbeseitigung sogar Zinsvorteile erzielen kann.

57 (4) Die Folge der Unwirksamkeit von Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nach § 306 Abs. 2 BGB, dass die gesetzlichen Bestimmungen an ihre Stelle treten. Danach hätte der Beklagte ausstehende Teile des Erwerbspreises bis zur Fertigstellung, also auch vollständigen Mängelbeseitigung, zurückhalten können. Eine Pflicht zur Vorleistung, sei es auch auf ein Notaranderkonto, bestünde nicht. Die Zahlung auf das Notaranderkonto erfolgte so ohne Rechtsgrund. Der Beklagte kann sie nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB zurückfordern.

58 Diesem Ergebnis ist nicht entgegenzuhalten, dass der Beklagte in dem Parallelprozess vor dem Landgericht Flensburg 2 O 323/17 eine Vorschusszahlung zur Mängelbeseitigung verlangt. Denn der Bereicherungsanspruch steht mit dem Vorschussanspruch nicht in Konkurrenz, anders als es für das Zurückbehaltungsrecht nach §§ 641

Abs. 3, 320 BGB und den Vorschussanspruch der Fall wäre.

59 cc) Selbst wenn man die Regelung des § 9 der Verträge für wirksam hielte, müsste der Beklagte wegen der bestehenden Mängel die Freigabe der Guthaben nicht erklären.

60 (1) Die Voraussetzungen zur Auszahlung der Guthaben sind bereits deswegen nicht erfüllt, weil die Abnahme des Gegenstandes der Gemeinschaftsnutzung nicht bescheinigt ist. Nach § 9 der Verträge sollte die Auszahlung erfolgen, wenn ein vom Erwerber unterschriebenes Abnahmeprotokoll vorgelegt wird, nach dem auch der Gegenstand der Gemeinschaftsnutzung fertiggestellt und mangelfrei ist. Ob die Regelung unter § 6, nach der der Erwerber den Verwalter bevollmächtigt, die Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu erklären, wirksam ist, ist unerheblich, denn für die Auszahlung der Schlussrate kommt es nach dem Wortlaut des Vertrages auf die Unterschrift des Erwerbers an.

61 Die vorgelegten Abnahmeprotokolle (Bl. 207 - 209, 212 - 213) betreffen allein die Wohnungen selbst, also den Gegenstand der Eigennutzung. Abnahmeprotokolle für den Gegenstand der Gemeinschaftsnutzung legt die Klägerin nicht vor.

62 (2) Nach dem Wortlaut der Regelung in § 9 der Verträge muss zudem ein festgestellter Mangel beseitigt sein, bevor der Erwerber dies dem Notar mitteilt. Daraus folgt eine Vorleistungspflicht der Klägerin zur Beseitigung der Mängel.

63 In den Wohnungen 1 und 3 sind nach den Ausführungen des Sachverständigen M. sowohl am Gegenstand der Eigennutzung als auch am Gegenstand der Gemeinschaftsnutzung vorhanden. Dagegen wendet sich die Klägerin zum größten Teil nicht mehr. Erst nach Beseitigung dieser Mängel müsste der Beklagte die Freigabe der hinterlegten Beträge erklären.

64 (3) Auch wenn sich die Verweigerung der Freigabe der hinterlegten Beträge wie die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts auswirkt, besteht keine Konkurrenz zu anderen Mangelrechten.

65 Im Normalfall kann der Bauherr das Zurückbehaltungsrecht aus § 641 Abs. 3 BGB allerdings nur solange geltend machen, wie er die Beseitigung des Mangels durch den Werkunternehmer verlangt. Will er den Mangel selbst beseitigen lassen, so steht ihm ein Kostenvorschuss zu. Er muss zur Finanzierung zunächst auf den einbehaltenen Teil des Werklohns zurückgreifen. Nur den überschüssenden Teil der zu erwartenden Kosten kann er als Vorschuss verlangen, da er zunächst einfachere Wege zur Finanzierung beschreiten muss (BGH NJW 2000, 1403). Macht der Werkunternehmer Werklohn in unstreitiger Höhe geltend, so muss der Bauherr mit seinem Anspruch auf Kostenvorschuss aufrechnen.

66 Dieses normale Vorgehen ist dem Beklagten allerdings aufgrund der von der Klägerin gestellten Zahlungsbedingungen in den Bauträgerverträgen verwehrt. Aufgrund der Hinterlegung der letzten Rate des Erwerbspreises auf dem Notaranderkonto stehen ihm diese Beträge nicht mehr zur Verfügung. Er kann mangels Gleichartigkeit auch nicht mit seinem Vorschussanspruch gegen den Anspruch der Klägerin auf Freigabe der Beträge aufrechnen.

67 Der Beklagte ist so nicht gehindert, einen Kostenvorschussanspruch im Klagewege geltend zu machen. Eine einfachere Möglichkeit steht ihm nicht zur Verfügung, weil die einzige Alternative auch eine Klage wäre, nämlich die Klage gegen die Klägerin auf Freigabe der Beiträge auf den Treuhandkonten, damit der Beklagte sie zur Mangelbeseitigung verwenden kann.

68 Andererseits kann der Beklagte nicht verpflichtet sein, die Freigabe des Guthabens zu Gunsten der Klägerin zu erklären, auch wenn normalerweise Zurückbehaltung und Kostenvorschussanspruch einander ausschließen. Denn die Bedingung der Freigabe, die mangelfreie Herstellung der Wohnungen, ist noch nicht eingetreten.

69 Die Klägerin erleidet zwar einen Nachteil, indem sie eigene Mittel aufwenden muss, um den Kostenvorschussanspruch zu erfüllen, und erst später, nach Beseitigung der Mängel, über die Guthaben auf den Treuhandkonten verfügen kann. Das wäre anders, wenn der Beklagte auf zurückbehaltenden Werklohn zurückgreifen könnte. Es ist jedoch nicht unbillig, dass die Beklagten diesen Nachteil erleidet. Zum einen hat sie die Schwierigkeit zu verantworten, weil sie den Vertrag vorgegeben hat. Zum anderen kann sie sich aus dieser Schwierigkeit leicht befreien, indem sie ihrerseits die Freigabe der Beträge auf den Treuhandkonten zu Gunsten des Beklagten erklärt, um so den Kostenvorschussanspruch zu erfüllen.

70 Eine doppelte Rechtshängigkeit besteht ebenfalls nicht. Denn durch die Geltendmachung von Mängeln wird der Vorschussanspruch nicht auch in diesem Verfahren rechtshängig.

71 b) Soweit die Klägerin die Klage zurückgenommen hat, muss sie nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO die Verfahrenskosten tragen. Es kommt nicht in Betracht die Kosten insoweit nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO dem Beklagten aufzuerlegen, auch wenn die Rücknahme nach Anhängigkeit der Klage, aber vor ihrer Zustellung erfolgte, weil der Beklagte zwischenzeitlich weitere Beträge freigegeben hatte. Denn die Klage war von Anfang an unbegründet, weil der Klägerin, wie dargelegt, keine Rechte an den hinterlegten Beträgen zustehen.

72 2. Die Berufung der Klägerin bleibt erfolglos.

73 a) Die Klägerin hat, wie oben unter 1. dargelegt, keinen Anspruch auf die Freigabe von Guthaben auf den Treuhandkonten.

74 b) Ein Anspruch auf Zahlung von Mehrkosten für die Ausstattung der Wohnungen 2 und 5 steht der Klägerin nicht zu. Sie hat nicht hinreichend dargelegt, dass und ggf. in welcher Höhe Mehrkosten angefallen sind.

75 Die Parteien haben unter § 3 ihres Vertrages vereinbart, dass der Beklagte Sonderwünsche äußern dürfe, über die Zusatzverträge zu schließen seien. Bei dem Entfallen von Normalleistungen sollte die Klägerin dem Beklagten das Vereinbarte gutschreiben, mangels Vereinbarung das, was ihr von den Subunternehmern gutschrieben wurde.

76 Der Beklagte hat Sonderwünsche geäußert. Er wünschte in den Wohnräumen Designbelag statt Teppich bzw. Fliesen und Holzfußleisten statt Teppichsockeln bzw. Sockelfliesen. Für die Bäder suchte er besondere Fliesen aus. Er wünschte auch eine abweichende Verfliesung der Wände. Danach sollte in den Duschbereichen bis auf eine Höhe von 2,10 m gefliest werden, im Bereich der GIS-Systeme bis auf eine Höhe von 1,35 m. Die anderen Wände sollten keinen Fliesenbelag enthalten, sondern nur eine Sockelfliese. Die Baubeschreibung sah dagegen eine Verfliesung mit Fliesen zu einem Materialpreis von 60,00 €/m² brutto in Bädern bis auf eine Höhe von 2 m und in WCs bis auf eine Höhe von 1,20 m vor.

77 Eine Vereinbarung über die Höhe der Mehrkosten haben die Parteien nicht getroffen. Um ermitteln zu können, ob der Klägerin Mehrkosten auszugleichen sind, müssen so die tatsächlichen Mehr- und Minderkosten gegenübergestellt werden. Die Klägerin hat zunächst für die Wohnungen 2 und 5 Mehr- und Minderkostenaufstellungen vorgelegt, die zu 3.582,41 € brutto und 5.396,93 € brutto zu ihren Gunsten kamen. Auf den Einwand, dies sei nicht prüfbar, hat sie eine Neuberechnung nebst Anlagen vorgelegt, in der sie die von den Änderungen betroffenen Mengen und Preise ermittelt. Der Beklagte bestreitet die Richtigkeit dieser Aufstellung.

78 Die neue Aufstellung ist grundsätzlich prüfbar. Aus den Anlagen lässt sich erkennen, wie die Mehr- und Minderpreise ermittelt worden sind. Dabei sind auch Minderpreise für den Wegfall des Teppichbodens und der Fliesen in den Wohnräumen berücksichtigt. Dennoch ist die Aufstellung nicht vollständig.

79 Nicht berücksichtigt sind die Minderflächen bei den Fliesenarbeiten an den Wänden in den Bädern und WCs. Diese Minderflächen müssen zu einer Kostenersparnis geführt haben. In der vorgelegten Aufstellung werden aber nur die Mehrkosten für die von dem Beklagten ausgesetzten Fliesen auf den tatsächlich verfliesenen Flächen berechnet.

80 Die Klägerin ist in der Ladungsverfügung vom 25.06.2019 darauf hingewiesen worden, dass die Berechnung nicht vollständig ist. Sie hat darauf nichts weiter

vorgetragen. Entgegen ihrer in der Verhandlung vom 17.01.2020 geäußerten Auffassung war der Hinweis ausreichend. Aus ihm geht deutlich hervor, dass die vorgelegte Berechnung zwar nicht gänzlich un schlüssig sein mag, sie jedoch wegen ihrer Unvollständigkeit nicht ausreicht, um den Anspruch der Klägerin zu stützen.

81 Es ist ohne eine vollständige Berechnung nicht möglich, einen Betrag zu ermitteln, der der Klägerin mindestens zustehen könnte. Denn die Minderfläche bei den Fliesenarbeiten lässt sich aus den vorgelegten Unterlagen nicht ermitteln. Es kann so nicht ermittelt werden, welche Minderkosten in die Berechnung einzustellen wären, so dass nicht feststeht, dass sich ein Überschuss zu Gunsten der Klägerin ergibt.

82 Man könnte zwar von dem von der Klägerin für die übrigen Sonderwünsche ermittelten Betrag die Gutschrift in Höhe von 3.925,32 € netto, die die Firma Fliesenstudio E. der Klägerin in der Schlussrechnung vom 17.05.2013 erteilt hat, abziehen. Das würde dem Wortlaut des Ver-

trages zwischen den Parteien entsprechen. Es entspricht aber nicht dem von der Klägerin gewählten System der Abrechnung von Mehr- und Minderkosten.

83 Wenn die Klägerin einerseits die tatsächlich entstandenen Mehrkosten zu Grunde legt, muss sie andererseits die tatsächlich entstandenen Minderkosten abziehen. Wie die Gutschrift in der Schlussrechnung ermittelt worden ist, ist dagegen unklar. Es ist nicht erkennbar, dass die vereinbarten Flächen zu den vereinbarten Preisen zur Grundlage dieser Gutschrift gemacht worden sind.

84 Alternativ könnten die Mehr- und Minderkosten nach den Abrechnungen der beteiligten Firmen berechnet werden. Eine solche Berechnung stellt der Beklagten unter Einbeziehung der Rechnungen der Firma K. für die Bodenbelagsarbeiten und unter Berücksichtigung der Abrechnung der Firma Fliesenstudio E. an. Unter Zugrundelegung dieser Zahlen errechnet er sogar einen Überschuss zu seinen Gunsten.



Schöner/Stöber. Grundbuchrecht.

Bearbeitet von *Ernst Riedel, Michael Volmer und Harald Wilsch*.
16., neubearbeitete Auflage des von Karl Haegele begründeten und von
Dr. Hartmut Schöner und Kurt Stöber bis zur 14. Auflage weitergeführten Werkes.
Verlag C. H. Beck, München, 2020, 1970 Seiten, 159 €. ISBN 978-3-406-70670-7.

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

Endlich ist nach langem Warten das bei allen Notaren und Grundbuchämtern äußerst beliebte Standardwerk des Grundbuchrechts in 16. Auflage erschienen. Das bewährte Handbuch stellt das gesamte materielle Grundstücksrecht und das formelle Grundbuchrecht sowie das damit zusammenhängende öffentliche Bodenrecht dar. Es berücksichtigt u. a. alle einschlägigen Gesetzesnovellen und die mannigfache aktuelle Rechtsprechung. Da die Digitalisierung voranschreitet, hat das Werk die Bestimmungen des Datenbankgrundbuchs verstärkt kommentiert und den elektronischen Rechtsverkehr zwischen Notar und Grundbuchamt vertiefter als bisher dargestellt (Rn. 198a ff.). Berücksichtigt ist auch der neue § 12d GBO, welcher die Vorgaben des Datenschutzes und der Datenschutzgrundverordnung in das Grundbuchverfahren überführt. Erweitert wurde die Darstellung der internationalen Einflüsse auf das Grundbuchverfahrensrecht in der Erläuterung des Ehegüterrechts (Rn. 3409 ff.) und der Rechtsverhältnisse ausländischer juristischer Personen (3636a). Mit der Einfügung eines stichwortartigen Überblicks zu Grundbuchkosten (Rn. 4299 ff.) wird wieder an den Begründer des Werkes, Bezirksnotar Karl *Haegele*, angeknüpft, der bis zur 5. Auflage ein ähnliches Verzeichnis erstellt hatte. An der bewährten Konzeption des „Schöner/Stöber“ wurde festgehalten und beide Sichtweisen des Werkes, sowohl die der Grundbuchämter wie die der Notare dargestellt (vgl. z. B. Rn. 3392 ff.).

Ein funktionsfähiges Grundbuchverfahren ist unbedingt Teil staatlicher Daseinsvorsorge. Auch wenn das Grundbuchwesen im allgemeinen juristischen Denken eher einen Randbereich darstellt, bildet es für die allgemeine Wirtschaftsordnung einen fundamentalen Baustein. Deshalb ist es so wichtig, dass das zur Reihe „Handbuch der Rechtspraxis“ zählende Werk durch Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen eine sichere Hilfestellung für alle am Grundstücksverkehr teilnehmenden Personen und Institutionen bietet. Das Handbuch ist

in acht Teile gegliedert: Grundstücks- und Grundbuchrecht, Grundbuchformulare mit Erläuterungen, Wohnungseigentum und Dauerwohnrecht, für Notar und Grundbuchamt wichtige einzelne Rechtsfragen, Verfügungsbeschränkungen und Vorkaufsrechte, der Euro als Währung samt frühere Währungsumstellungen, die GbR im Grundbuch und das ABC der Eintragungskosten in Grundbuchsachen.

Aus der Fülle der Erläuterungen sollen einige herausgegriffen werden. So bejaht das Werk die Formfreiheit von Änderungen eines Grundstücksvertrags, die von den Beteiligten nach der Auflassung vereinbart werden (Rn. 3115a; ebenso BGH DNotZ 2019, 183 m. Anm. *Raff*). Bei der Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts ist zu beachten, dass Preisvorzüge/Preislimits inhaltlich nicht zulässig sind (Rn. 1422; OLG Frankfurt MittBayNot 2018, 149 m. Anm. *Böhringer*). Das Grundbuchamt darf im Anwendungsbereich des § 1365 BGB nur bei sicheren Anhaltspunkten für Erwerberkenntnis die Eintragung einer Verfügung über Ehegattenvermögen ablehnen (Rn. 3394; BGH DNotZ 2013, 666). In der Beurkundungspraxis darf der Notar Nachforschungen über das Vermögen des Verfügenden nur anstellen, wenn ein konkreter Anhalt gegeben ist, dass Gegenstand des Urkundsgeschäfts nahezu das gesamte Vermögen des Verfügenden ist (Rn. 3395). Ausführlich wird die heutige Rechtspraxis zur Löschung von Rückübertragungsvormerkungen beim Tod des Berechtigten dargestellt (Rn. 1543 ff.). Ausführlich wird auf die Grundbucheintragung eines Vermächtnisnehmers aufgrund Vermächtnisses mit unmittelbarer Wirkung (Vindikationslegate nach ausländischen Rechtsordnungen) eingegangen (Rn. 844 ff.; *Böhringer* BWNotZ 2019, 250, 253). Bei der Verwendung einer transmortalen Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers vertritt das Werk den Standpunkt, der Konfusionseinwand sei die Fälle zu beschränken, in denen der Erbfall (und die Erbfolge) amtsbekannt ist oder in der Urkunde offengelegt wird (Rn. 3572a; großzügig

OLG Stuttgart BWNotZ 2018, 147). Die transmortale Vollmacht kann auch noch ausgenutzt werden, wenn die Erbfolge im Grundbuch bereits eingetragen ist (Rn. 3572a; Gutachten DNotI-Report 2019, 140). Bei den Ausführungen zur Vertretung einer Aktiengesellschaft wären noch die Entscheidungen des BGH (BWNotZ 2019, 122) und OLG Brandenburg (NJW-Spezial 2019, 81) anzufügen. Etwas knapp ausgefallen sind die Erläuterungen zur Vorantragung des Erben bei Verfügungen des Erben, insbesondere bei Bewilligung einer Finanzierungsgrundschuld (Rn. 142c; zur differenzierten Betrachtung durch die Obergerichte *Böhringer* BWNotZ 2019, 250, 253). Zu begrüßen ist die klare Aussage, dass eine Bestätigung des Notars, wonach bei Beurkundung der Erbschein vorlag, nicht ausreichend ist (Rn. 782; neuerdings auch OLG Naumburg ZEV 2016, 165; Gutachten DNotI-Report 2017, 147). Bei der Vorlage einer beglaubigten Abschrift eines Europäischen Nachlasszeugnisses ist fraglich, ob Verzögerungen in der Sphäre des Grundbuchamts zu Lasten des Antragstellers gehen dürfen, ob also das Nachlasszeugnis Eintragungsgrundlage sein kann, wenn die Gül-

tigkeitsfrist nach Antragstellung aber vor Eintragung abgelaufen ist (bejahend Rn. 848; ablehnend KG Berlin DNotZ 2020, 120). Kritisch wird der Vermerk über die notarielle Vorprüfung gemäß § 15 Abs. 3 GBO gesehen und bezweifelt, ob § 29 GBO für den Vermerk gelte (Rn. 180c; ebenso OLG Köln NotBZ 2020, 155). Zum Recht der Einsicht in das Grundbuch durch einen Abgeordneten und einen Journalisten konnte das Handbuch die differenzierte Betrachtung des BGH (NJW 2020, 155) nicht mehr berücksichtigen (Rn. 525, 526a). Das Recht zur Grundbucheinsicht schließt das Recht ein, sich Fotografien des Bildschirminhalts zu fertigen, wobei Fragen der Hausrechtsausübung tangiert werden können (Rn. 533; KG Rpfleger 2011, 266; OLG Schleswig SchlHA 2010, 407; LG Stuttgart Rpfleger 2019, 218 zu Zwangsversteigerungsakte).

Alles in allem: Der „Schöner/Stöber“ gehört in jedes Notariat und Grundbuchamt – eindrucksvoll und prägnant geschrieben von Praktikern für Praktiker.



Beck'sches Formularbuch IT-Recht.

Von Wolfgang Weitnauer, Tilman Mueller-Stöfen (Hrsg.), 5. Auflage 2020.
179,- €. ISBN 978-3-406-74218-7.

Besprechung von Notar Dr. Peter Becker, Schwäbisch Gmünd

Das IT-Recht spielt in der notariellen Praxis auf den ersten Blick keine besondere Rolle. Gleichwohl kann das hier zur Besprechung vorliegende Werk auch für NotareInnen außerhalb ihrer eigentlichen Amtstätigkeit von Interesse sein, insbesondere was die Einrichtung von Telearbeitsplätzen und die dabei zu beachtenden arbeitsrechtlichen Vorgaben betrifft.

Das Formularbuch liegt nunmehr schon in fünfter Auflage vor. Es umfasst Kapitel zu A) Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, B) Hardwareverträge, C) Softwareverträge, D) IT-Projekte, Forschung und Entwicklung, E) Providerverträge, F) Domainverträge (DENIC), G) Websiteverträge, H) und I) Erwerb von Nutzungsrechten/Conten-Einkauf/Adresshandel, J) Werbe- und Vermarktungsverträge, K) Fernabsatz von Waren und Dienstleistungen, L) Electronic Banking und Online Banking sowie M) Arbeitsrecht. Von diesen Themenbereichen sind v.a. die Formulierungsbeispiele zu

a) Geheimhaltungsvereinbarungen, Non-Disclosure Agreements, z.B. im Rahmen von Unternehmenstransaktionen, auf den Seiten 414 ff.,

b) Datenschutzerklärungen auf den Seiten 571 ff.,

c) zur Auftragsdatenverarbeitung gem. Art. 28 DSGVO auf den Seiten 592 ff., die etwa im Rahmen von Praxiskaufverträgen bei Ärzten zu Rate gezogen werden können, sowie

d) speziellen Ausführungen zum Arbeitsrecht in Kapitel M) für den Notar von Interesse.

Kapitel M) bietet insoweit Anregungen für die Formulierung von Betriebsvereinbarungen über die Nutzung von E-Mail, Intra- und Internet (S. 1019 ff.), arbeitsvertraglichen Regelungen der ausschließlich dienstlichen Nutzung von E-Mail, Internet und Intranet am Arbeitsplatz (S. 1036), Social Media Guidelines (S. 1037 ff.), Rahmenvereinbarungen zum Arbeitnehmerdatenschutz (S. 1046 ff.) und v.a. Zusatzvereinbarungen über alternierende Telearbeit (S. 1059 ff.). Das Homeoffice wird wohl auch im Notariat und auch nach der Corona-Pandemie an Beliebtheit gewinnen. Wer hier arbeitsrechtlich auf der sicheren Seite sein will, sollte sich über den notwendigen Regelungsumfang und die Regelungstiefe informieren. Dies ermöglicht das Formularbuch und bietet ein durchdachtes und ausführliches Formulierungsbeispiel dafür.

Als **Fazit** lässt sich festhalten: Wer im IT-Recht auf Nummer sicher gehen will, sollte sich dieses Formularbuch zu-legen. Freilich gehört es nicht zur Grundausstattung einer Notariatskanzlei, kann aber bei vielen Nebenfragen, insbesondere im arbeitsrechtlichen Bereich eine sehr gute Hilfestellung bieten!



Familienrecht.

Von Dr. Joachim Gernhuber fortgeführt von Dr. Dagmar Coester-Waltjen,
Verlag C.H. Beck, München, 7. Auflage 2020, 992 S., Hardcover.
149,- €. ISBN 978-3-406-73131-0.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Knapp zehn Jahre nach der sechsten Auflage ist nunmehr das von Joachim Gernhuber begründete und von Dagmar Coester-Waltjen fortgeführte Große Lehrbuch zum Familienrecht in der siebten Auflage erschienen. Ganz im Geiste eines Lehrbuchs, bietet das Werk eine umfassende Darstellung sämtlicher Bereiche des Familienrechts und beschäftigt sich nicht nur mit der geltenden Rechtsordnung, sondern untersucht auch mögliche Entwicklungen *de lege ferenda* sowie den Zusammenhang zwischen dem rechtlichen Rahmen einerseits sowie dem gesellschaftlich-politischen Umfeld andererseits. Dieser ist im Familienrecht von besonders großer Bedeutung, beeinflusst doch die allgemeine Weltanschauung, die Rechtsordnung in keinem anderen Rechtsgebiet so sehr wie im Familienrecht.

Das Buch ist in fünf Abschnitte aufgeteilt. Nach einer kurzen Einführung zu den allgemeinen Begriffen und zur Stellung des Familienrechts in der Gesamtheit der Rechtsordnung wird im zweiten Abschnitt die Ehe als wichtigstes Institut des Familienrechts ausführlich behandelt. Dabei geht das Werk nicht nur auf die allgemeinen Wirkungen der Ehe, das Ehegüterrecht sowie das Recht der Ehescheidung, auch nicht alltägliche Fragestellungen werden angesprochen. So wird in § 15 die Problematik der Wiederverheiratung vermeintlich Verwitweter angesprochen, ein Problem, welches gerade durch zahlreiche Geflüchtete aus den Kriegsgebieten in Syrien und Afghanistan wieder aktuell werden kann. Sodann werden im dritten Abschnitt die übrigen Lebensgemeinschaften

behandelt. Hier ist für die kommenden Auflagen zu wünschen, dass die Ausführungen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft etwas ausführlicher werden. Gerade durch die wachsende Bedeutung dieser Form des Zusammenlebens sowie durch immer größere Anerkennung durch den Gesetzgeber, sollte der rechtliche Rahmen dieser Gemeinschaftsform weiter in den Fokus des Rechtsanwendenden gerückt werden. Im vierten Abschnitt wird sodann das Unterhaltsrecht und im fünften das Kindschaftsrecht behandelt. Abgerundet wird das Werk durch den sechsten Abschnitt welches die Vormundschaft, die Pflegschaft und die Betreuung darstellt.

Alles in einem handelt es sich bei diesem Lehrbuch um eine gelungene Darstellung des relevanten Familienrechts. Zwar gibt es für die notarielle Praxis zahlreiche Werke, welche die spezifischen für Notare relevante Fragen in größerem Detail behandeln. Dennoch kann dieses Werk als Ergänzung zu solchen Werken wärmstens empfohlen werden. Durch seine einfache aber zugleich fundierte Darstellung können Mitarbeiter die relevanten Problemstellungen schnell und einfach erarbeiten. Für den Juristen welcher die relevanten Grundlagen im Familienrecht wiederauffrischen und die relevanten Entscheidungen sowie die dazugehörigen Literaturmeinungen schnell auffinden möchte, bietet dieses Werk ebenfalls einen gelungenen Einstieg.

Fazit: Für die Ausbildung ist dieses Werk unverzichtbar, und bekanntlich lernt man nie aus.



Beck'sches Handbuch der AG.

Von Prof. Dr. Florian Drinhausen und Hans-Martin Eckstein (Hrsg.),
Verlag C.H. Beck, München, 3. Auflage 2018, 1961 S., Hardcover.
229,- €. ISBN 978-3-406-66651-3.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Die Aktiengesellschaft ist in der täglichen Praxis vieler Notarinnen und Notare sicherlich nicht so präsent wie die GmbH oder die Personengesellschaften. Umso wichtiger ist es für die Fälle, in denen doch aktienrechtliche Fragestellungen auftauchen ein verlässliches Nachschlagewerk zur Hand zu haben welches die wesentlichen Fragen des Aktienrechts beantwortet. Ein solches bietet das zu besprechende Werk. Auf knapp zweitausend Seiten gelingt den Autoren eine prägnante, aber auch umfassende Darstellung sämtlicher, im Recht der Aktiengesellschaft, relevanten Fragestellungen.

Das Werk richtet sich dabei nicht vornehmlich an Notare, sondern vielmehr an interne Berater, Vorstände, Aufsichtsräte sowie Rechtsanwälte. Die Darstellung ist aber derart informativ und leicht lesbar, dass auch für den Notar ein Griff zu diesem Werk stets ein Gewinn darstellt. Herausgegriffen sei dabei das von Reichert verfasste Kapitel betreffend das Recht der Hauptversammlung. Gerade für den Notar, der nicht jedes Jahr mehrere Hauptversammlungen protokolliert und sich punktuell über die relevanten Punkte informieren möchte bietet die Darstellung einen verlässlichen Leitfaden welche die nötige Orientierung sowie zuverlässige Hinweise bietet. Auf knapp einhundert Seiten werden die wesentlichen Pflichten aller Beteiligten, die relevanten Aufgaben und Kompetenzen, sowie der rechtliche Rahmen unter Hinzuziehung der rele-

vanten Rechtsprechung des BGH sowie der Obergerichte eingehend erörtert. Die Darstellung erfolgt insoweit chronologisch. Nach einem kurzen Überblick über die gesetzlichen, satzungsmäßigen und ungeschriebenen Zuständigkeiten der Hauptversammlung widmet sich Reichert der Vorbereitung der Hauptversammlung und dort vor allem der Einberufung. In diesem Zusammenhang werden auch die Berichtspflichten sowie die Teilnahme erörtert. Sodann wird die Durchführung der Hauptversammlung erörtert wobei auf die Pflichten aller Beteiligten eingegangen wird. Abgerundet wird das Kapitel durch die Darstellung der Dokumentation der Hauptversammlung. Hier wird kurz alles zusammengefasst was für den protokollierenden Notar von Relevanz ist.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Werk sicherlich nicht in der täglichen Praxis des Notariats zur Anwendung kommt. In einer wohlsortierten Bibliothek eines auch mit dem Aktienrecht befassten Notars darf das Werk dennoch nicht fehlen. Es bietet auf sämtliche in der Praxis auftretenden Fragen verlässliche Antworten und gewährt eine gelungene Darstellung welche durch die praktischen Hinweise der Bearbeiter und die Tiefe an Informationen auch verständlich und leicht aufgenommen werden kann. Daher wird das Werk jedem Erwerber einen Nutzen erweisen und die Anschaffung ist auf jeden Fall ein Gewinn für jeden Praktiker.



Vorsorgen mit Sorgenkindern.

Von Dr. Peter Baltzer und Dr. Rudolf Pauli,
Verlag C.H. Beck, München, 2. Auflage 2019, 278 S., Softcover.
69,- €. ISBN 978-3-406-71262-3.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Nachlassplanung, vorweggenommene Erbfolge und Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen. All dies sind Bereiche, mit denen Notarinnen und Notare täglich befasst sind und dessen vielfältige Besonderheiten und Gestaltungsmöglichkeiten zum Repertoire jedes Vertragsgestaltenden gehören. Dennoch passen viele Gestaltungen nicht, wenn einer oder mehrere Beteiligte persönliche Besonderheiten aufweist, die bei der Planung berücksichtigt werden müssen. Besonders in den Fällen, in denen (potenzielle) Erben, behindert oder bedürftig sind stellen sich viele besondere Fragen. Der Gestalter steht dabei vor der Herausforderung den Spagat zwischen Versorgung des Kindes und Schutz des Vermögens vor dem Zugriff Dritter (Staat oder Gläubiger des Kindes) zu meistern. Ähnliche Fragen stellen sich bei geschiedenen Beteiligten oder bei Patchworkkonstellationen.

Das vorliegende Werk, welches sechs Jahre nach dem erstmaligen Erscheinen, nunmehr in der zweiten Auflage erschienen ist, bietet einen zuverlässigen Einstieg in diese schwierige und vielfältige Materie. Dabei richtet sich das Werk in erster Linie an Nichtjuristen, aber auch an junge Anwälte oder Notarassessoren, die ihre ersten Erfahrungen in diesem Rechtsgebiet machen. Keinesfalls kann das Werk eine fundierte Recherche der Materie ersetzen, die zahlreichen Nachweise und Formulierungsbeispiele bieten aber eine fundierte Basis, auf der die

weitere Beratung aufgebaut werden kann. Positiv hervorzuheben ist auch die einfache und leicht lesbare Sprache, die es jedem Anwender leicht macht, schnell das Richtige für jeden Fall zu finden.

Erleichtert wird die einfache Handhabung auch durch den gelungenen Aufbau des Buches. Nach einer kurzen Einführung in die Problemstellungen sowie der Klärung der juristischen Grundbegriffe, werden die verschiedenen, Problemkonstellationen unter der Beteiligung von Sorgenkindern vorgestellt und anschaulich behandelt. Abgerundet wird das Buch durch umfangreiche Musterformulierungen und Gesamtmuster. In diesem Zusammenhang wäre es wünschenswert, wenn diese in den künftigen Auflagen auch elektronisch zur Verfügung gestellt werden, um die Übernahme in die eigene Mustersammlung zu vereinfachen.

Alles in einem kann das Werk jedem empfohlen werden der schnell und zuverlässig einen Einstieg in die Problemkonstellationen rund um Sorgenkinder sucht. Vor allem für Berufseinsteiger ist dieses Werk wärmstens zu empfehlen. Aber auch die erfahrenen Praktiker können diesem Werk an der einen oder anderen Stelle wertvolle Lösungen entnehmen. Das Werk kann daher jedem Praktiker als gewinnbringende Arbeitshilfe sehr empfohlen werden.



Handbuch Scheidungsrecht.

Von *Prof. Dr. Dieter Schwab* und *Prof. Dr. Rüdiger Ernst* (Hrsg.),
Verlag C.H. Beck, München, 8. Auflage 2019, 2162 S., Hardcover (in Leinen).
169,- €. ISBN 978-3-406-73169-3.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Das Handbuch des Scheidungsrechts präsentiert sich ab der 8. Auflage in einem gänzlich neuen Gewand. Das erstmals 1977 erschienene Werk bekommt einen neuen Namen (nunmehr Handbuch Scheidungsrecht), einen neuen Verlag (bis zur 7. Auflage im Vahlen Verlag) und auch im Autorenkreis gab es einschneidende Veränderungen. *Prof. Dr. Dieter Schwab* der Begründer des Werks ist als Autor und Herausgeber ausgeschieden. Neuer Herausgeber ist nunmehr *Prof. Dr. Rüdiger Ernst*. Ebenfalls ausgeschieden sind die frühere Vors. Richterin des Familiensenats des BGH *Dr. Meo-Micaela Hahne* und der Vors. Richter am OLG Stuttgart *Dr. Stefan Motzer*. Als neue Autoren sind neben dem neuen Herausgeber die Richter/innen *Martina Balschun*, *Ines Grandke*, *Dr. Torsten Obermann*, *Birgit Schäder* und *Mathias Volker*. Die Autoren aus der Voraufgabe *Helmut Borth*, *Dr. Andreas Holzwarth* und *Martin Streicher* sind weiterhin an Bord.

Inhaltlich bietet das Werk weitaus mehr als der Titel verspricht. Zwar liegt der Fokus selbstredend auf dem Scheidungsrecht, doch bietet das Werk darüber hinaus eine umfassende Darstellung vieler familienrechtlichen Probleme, spannt den Bogen aber immer wieder zurück zum Scheidungsrecht. Für die notarielle Praxis von unschätzbarem Wert sind die Kapitel zum Unterhaltsrecht sowie zum Versorgungsausgleich. In diesem Bereich sind, für den Vertragsgestaltenden, die Kenntnis der einschlägigen

Vorschriften sowie der obergerichtlichen Rechtsprechung Grundvoraussetzung um die rechtssuchenden Beteiligten fundiert und umfassend beraten zu können. Das Werk gibt dabei eine umfassende Hilfestellung. Es stellt die einschlägige Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle sowie die einzelnen Ansprüche umfassend dar. Vor allem die Ausführungen zur Kernbereichslehre des BGH sowie zu den Grundlagen der Wirksamkeitskontrolle (§ 8 Rn. 1570 ff.) sind wärmstens zu empfehlen.

Positiv ist ferner die Darstellung der einschlägigen Vorschriften des internationalen Privatrechts. Auslandsbezug spielt vor allem in der notariellen Praxis eine immer größere Rolle. Dabei ist die Kenntnis der einschlägigen Kollisionsnormen sowie der relevanten Instrumente unerlässlich.

Zusammenfassend ist das Werk auch in der achten Auflage eine unerlässliche Hilfe in allen Fragen des Scheidungsrechts und ist jedem Praktiker wärmstens zu empfehlen. Zwar liegt der Schwerpunkt der Darstellung klar auf dem streitigen Verfahren, doch auch der Vertragsgestaltende kann von der umfassenden und fundierten Darstellung profitieren. Das Werk gehört daher in jede Handbibliothek eines Notars und kann ohne Einschränkung zur Anschaffung empfohlen werden.

