

BW NotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

4 | 2020

Oktober 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

Die Einbringung von GmbH-Geschäftsanteilen im Wege
der Sachkapitalerhöhung

von Andreas Panz, Württ. Notariatsassessor /

Zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT), Stuttgart 228

Die Bestattung und ihre Kosten aus notarieller Sicht

von Notarassessor Dr. Wendelin Mayer, LL.M., Friedrichshafen 233

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

BGH (III. Zivilsenat), Urteil vom 28.05.2020 - III ZR 58/19

Notarielle Pflicht zur Klärung der Verbrauchereigenschaft

eines Urkundsbeteiligten 242

ERBRECHT

BGH (IV. Zivilsenat), Urteil vom 20.05.2020 - IV ZR 193/19

Anspruch auf Ergänzung eines notariellen Nachlassverzeichnisses 251

OLG München (31. Zivilsenat), Beschluss vom 09.07.2020 - 31 Wx 455/19

mit Anmerkung Becker

Antragsrecht des Miterben auf Entlassung

eines Testamentsvollstreckers 260

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

BGH (II. Zivilsenat), Beschluss vom 28.04.2020 - II ZB 13/19

Eintragung einer gemeinnützigen Unternehmungsgesellschaft

(haftungsbeschränkt) mit "gUG (haftungsbeschränkt)" 266

BGH (IV. Zivilsenat), Urteil vom 03.06.2020 - IV ZR 16/19

Anwachsung eines Gesellschaftsanteils beim überlebenden

Gesellschafter unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs 269

LIEGENSCHAFTSRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 14.02.2020 - V ZR 159/19

Auch Nachzügler-Erwerber vom Bauträger wird

werdender Wohnungseigentümer 276

Peter Gebhard

Notar

Für unser junges und modernes Notariatsbüro suchen wir zur Verstärkung unseres Teams in Heubach zum nächstmöglichen Zeitpunkt in Vollzeit oder Teilzeit einen

WÜRTT. NOTARIATSASSESSOR (m/w/d) VOLLJURISTEN (m/w/d)

Es wird Ihnen eine abwechslungsreiche und attraktive Tätigkeit, ein moderner Arbeitsplatz, welcher technisch auf dem neuesten Stand ist, ein herzliches Team, das sich auf Sie freut, sowie weitere Benefits in Form von Weiterbildungen und einer betrieblichen Altersvorsorge geboten.

Ihre Aufgaben:

Sie betreuen unsere Mandanten selbstständig und umfassend. Sie führen Besprechungen und gestalten und vollziehen Verträge. Ihre Schwerpunkte sind das Immobilien-, Gesellschafts-, Erb- und Familienrecht.

Ihr Profil:

Bevorzugt sind Sie württ. Notariatsassessor bzw. haben Sie beide Staatsexamen mit der Note befriedigend oder besser abgelegt. Berufserfahrung ist wünschenswert, aber keine Einstellungsvoraussetzung. Ihr Arbeitsstil zeichnet sich durch Gewissenhaftigkeit und Selbstständigkeit aus.

Weitere Informationen finden Sie auf www.notar-gebhard.de.

JETZT BEWERBEN: bewerbung@notar-gebhard.de

Notar Peter Gebhard

Hauptstraße 38 | 73540 Heubach

Telefon: 07173/92199-0 | Telefax: 07173/92199-99

bewerbung@notar-gebhard.de | www.notar-gebhard.de

86. BAND

BWNotZ**AUSGABE 4|2020 INHALTSVERZEICHNIS****HERAUSGEBER**

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart

SCHRIFTLÉITUNG

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 Andreas Panz, Württ. Notariatsassessor / Zertifizierter
Testamentsvollstrecker (AGT), Stuttgart
**Die Einbringung von GmbH-Geschäftsanteilen
im Wege der Sachkapitalerhöhung** 228
- von Notarassessor Dr. Wendelin Mayer, LL.M., Friedrichshafen
Die Bestattung und ihre Kosten aus notarieller Sicht 233

RECHTSPRECHUNG**BERUFS- UND KOSTENRECHT**

- BGH (III. Zivilsenat), Urteil vom 28.05.2020 – III ZR 58/19 242
- OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 25.05.2020 – 34 Wx 263/18 Kost ... 247

ERBRECHT

- BGH (IV. Zivilsenat), Urteil vom 20.05.2020 – IV ZR 193/19 251
- OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 31.03.2020 – I-3 Wx 35/19 254
- OLG Hamm (15. Zivilsenat), Beschluss vom 05.02.2020 – 15 W 453/17 256
- OLG München (31. Zivilsenat), Beschluss vom 09.07.2020 –
31 Wx 455/19 mit Anmerkung Becker 260

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

- BGH (II. Zivilsenat), Beschluss vom 28.04.2020 – II ZB 13/19 266
- BGH (IV. Zivilsenat), Urteil vom 03.06.2020 – IV ZR 16/19 269
- OLG Nürnberg (9. Zivilsenat), Beschluss vom 23.12.2019 – 9 WF 1037/19 273

LIEGENSCHAFTSRECHT

- BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 14.02.2020 – V ZR 159/19 276
- OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 07.04.2020 – 3 Wx 230/19 279
- OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 30.04.2020 – 3 Wx 191/19 283
- OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 30.04.2020 – 3 Wx 251/19 286
- OLG Hamm (22. Zivilsenat), Urteil vom 14.11.2019 – I-22 U 52/19 288
- OLG Köln (2. Zivilsenat), Beschluss vom 18.05.2020 – 2 Wx 61/20 295
- OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 29.04.2020 – 34 Wx 341/18 299

BUCHBESPRECHUNGEN

- 1. Die Stiftung – Recht | Steuern | Wirtschaft, 2. Auflage**
(Besprechung von Notarassessor Matthias Miller, Würzburg) 302
- 2. Immobilienkaufverträge in der Praxis.**
Gestaltung – Besteuerung – Muster, 9. Auflage
(Besprechung von Professor Walter Böhringer, Notar a. D., Heidenheim/Brenz) 303
- 3. Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit
beschränkter Haftung: GmbHG, 3. Auflage**
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M., Sindelfingen) 304
- 4. Nomos-Kommentar BGB – Rom-Verordnungen,
EuGüVO, EuPartVO, HUP, EuErbVO (Band 6), 3. Auflage**
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M., Sindelfingen) 306
- 5. Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Auflage**
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M., Sindelfingen) 307
- 6. Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2. Auflage**
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M., Sindelfingen) 308
- 7. Grunderwerbsteuer in der Beratungspraxis**
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M., Sindelfingen) 309
- 8. Nachlassrecht**
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M., Sindelfingen) 310

ABHANDLUNGEN

Die Einbringung von GmbH-Geschäftsanteilen im Wege der Sachkapitalerhöhung – eine Ergänzung zum Beitrag von Späth-Weinreich¹

Andreas Panz Württ. Notariatsassessor / Zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT) Stuttgart

A. Kapitalaufbringung bei Kapitalerhöhung

1. Grundlagen

Der Begriff der „Kapitalerhöhung“ wird mitunter missverständlich aufgefasst. Im Ergebnis geht es nicht zwangsläufig darum, der Gesellschaft zusätzliche Mittel zur Verfügung zu stellen, wie auch nicht jede Zurverfügungstellung zusätzlicher Mittel eine Kapitalerhöhung darstellt.

Von einer „Kapitalerhöhung“ im rechtstechnischen Sinne ist dabei bei einer GmbH nur dann die Rede, wenn das Stammkapital (vgl. § 5 Abs. 1 GmbHG) erhöht wird. Dies kann dabei sowohl durch die Zuführung von Mitteln (von außen), als auch durch die Umwandlung bereits vorhandener Gesellschaftsmittel in Stammkapital (sog. Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln gem. §§ 57c ff. GmbHG = „nominelle Kapitalerhöhung“) erfolgen.

Stellen die Gesellschafter der Gesellschaft jedoch Eigenkapital zur Verfügung, ohne dabei das Stammkapital selbst zu erhöhen (so etwa durch Zahlung in die Kapitalrücklage), liegt zwar eine Mittelzufuhr im betriebswirtschaftlichen/buchhalterischen Sinne, aber keine Kapitalerhöhung im rechtlichen Sinne vor.

Sofern nun, ausgehend von der von Späth-Weinreich dargestellten Ausgangslage, die Einbringung von Geschäftsanteilen an einer bestehenden GmbH insb. in eine ebenfalls bestehende GmbH erfolgen soll, insbesondere zur Schaffung einer Holding-Struktur, wird oftmals die „naheliegende Gestaltung einer Sachkapitalerhöhung nach den Regelungen des GmbHG“² gewählt.

¹ Späth-Weinreich, BWNotZ 2020, 98.

² dto., a.a.O..

2. Verfahren

Das Verfahren einer Kapitalerhöhung gegen Einlagen vollzieht sich dabei in grundsätzlich fünf Schritten³:

- Zunächst ist ein satzungsändernder Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Kapitalerhöhung gem. §§ 53, 55 GmbHG erforderlich.
- Der nächste Schritt ist die Zulassung der Übernehmer zur Zeichnung des Erhöhungsbetrages, auch wenn dies in der Praxis meist zugleich zusammen mit dem Erhöhungsbeschluss geschieht.
- Danach erfolgt die tatsächliche Übernahme des Erhöhungsbetrages durch die Gesellschafter oder Dritte gem. § 55 GmbHG.⁴
- Im vierten Schritt müssen die Zeichner sodann auf die übernommenen Einlagen gem. § 57 Abs. 2 GmbHG auch tatsächlich leisten.
- Schlussendlich muss die Erhöhung zur Eintragung im Handelsregister gem. § 57 GmbHG angemeldet und anschließend eingetragen werden.

Dabei birgt jedes dieser fünf Stadien Fehlerquellen, die es natürlich zu vermeiden gilt bzw. auf welche die Mandanten vom juristischen Berater jedenfalls aufmerksam gemacht werden sollten.

Kapitalerhöhungen können dabei nach § 56 GmbHG auch mittels Sacheinlagen⁵ durchgeführt werden, wobei der

³ hierzu im Detail z.B. Saß, RNotZ 2016, 213.

⁴ Werden Übernahmeerklärung und Einbringungsvertrag gemeinsam mit dem Kapitalerhöhungsbeschluss in einer Urkunde zusammengefasst, sind Übernahmeerklärung und Einbringungsvertrag als derselbe Beurkundungsgegenstand im Sinne des § 109 Abs. 1 GNotKG anzusehen, so *Ländernotarkasse*, Leipziger Kostenspiegel, 2. Aufl. 2017, Rz. 21.683.

⁵ Einlagefähig sind dabei analog § 27 Abs.2 Hs. 1 AktG alle Vermögensgegenstände, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist, Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 5 Rn. 14. Nicht einlagefähig sind jedoch Dienstleistungen (BGHZ 180, 38 Rn. 9, 12 = NZG 2009, 463 – Qivive).

Gesetzgeber hierbei zur Absicherung einer realen Kapitalaufbringung besondere Voraussetzungen aufstellt.

So darf insb. nach §§ 56a, 7 Abs. 2 S. 1 GmbH die Kapitalerhöhung erst beim Handelsregister angemeldet werden, wenn die Sacheinlagen zur „endgültig freien Verfügung der Geschäftsführung“ geleistet wurden (§ 57 Abs. 2 S. 1 GmbHG) und, so BGH,⁶ „auch in der Folge nicht an den Einleger zurückgezahlt worden sind“, was durch den Geschäftsführer entsprechend zu versichern ist.

An die Missachtung der Sachkapitalerhöhungsvorschriften knüpft der Gesetzgeber zwar nunmehr geringere Sanktionen, so aber doch die fehlende Tilgungswirkung der Einlageleistung und die Strafbarkeit der diesbezüglich falschen Versicherung, verbunden mit dem nach Möglichkeit zu vermeidenden Umstand von Nachfragen seitens des zuständigen Registergerichts und dem damit einhergehenden zeitlichen Verzug.

So stellt sich, zurückkommend auf die Ausgangslage, doch die Frage, wann denn bei der Einbringung von Geschäftsanteilen tatsächlich zur „endgültig freien Verfügung der Geschäftsführung“ geleistet wurde und zu welchem Zeitpunkt und unter welchen Voraussetzungen dann die diesbezügliche Versicherung abgegeben werden kann.

Die Beantwortung dieser Fragestellung soll daher Gegenstand der heutigen Abhandlung sein.

B. Anmeldung einer Sachkapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister

▶ 1. Grundsatz

Sacheinlagen sind – anders als Bareinlagen – vollständig vor der Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister zu leisten, sodass Teilleistungen insoweit nicht möglich sind.

Unter der Leistung der Einlage ist dabei nach einhelliger Ansicht in Literatur und Rechtsprechung die dingliche Erfüllung des Einlageversprechens zu verstehen. Dies muss bei Abgabe der Handelsregisteranmeldung und der damit verbundenen Versicherung abgeschlossen sein.

Welche Anforderungen an die Leistung der Sacheinlage zu stellen sind, hängt sonach von dem einzubringenden

Vermögensgegenstand ab: Forderungen und Rechte sind abzutreten (§ 398 BGB), bewegliche Sachen sind zu übereignen (§§ 929 bis 935 BGB), gewerbliche Schutzrechte zu übertragen.

▶ 2. Besonderheiten bei Grundstücken als Sacheinlage

Soweit ersichtlich, wurde in Rechtsprechung und Literatur bislang eine Ausnahme von diesem Grundsatz, dass bei Abgabe der Handelsregisteranmeldung der dingliche Erwerb durch die Gesellschaft abgeschlossen sein muss, lediglich für Grundstücke diskutiert. Abgeschlossen ist der Eigentumserwerb bei einem Grundstück nach unstreitiger Ansicht erst mit Eintragung der Gesellschaft im Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB). Nachdem jedoch weder die Gesellschaft noch die Gesellschafter Einfluss darauf haben, wann das Grundbuchamt die von ihnen beantragte Eigentumsänderung vollzieht, ist es in diesen Fällen nach der h.M. ausreichend, aber auch notwendig, dass die bindende Einigung, die Auflassung (§§ 873 Abs. 2, 925 BGB), die Eintragungsbewilligung (§§ 19, 20 GBO) und ein rangwahrender Antrag (§§ 13, 17 GBO) vorliegen/gestellt wurden.

Die Grundbuchfähigkeit der Vorgesellschaft ist (mittlerweile) allgemein anerkannt, sodass nach Entstehung der GmbH das Grundbuch lediglich berichtigt wird. War zu diesem Zeitpunkt die Grundbucheintragung noch nicht vollzogen, wird die GmbH unmittelbar eingetragen.

Die Eintragung einer Vormerkung ist möglich, dient aber lediglich als zusätzliche Rangsicherung für den Antrag, ist isoliert jedoch – nach wenn auch umstrittener Ansicht – wohl nicht ausreichend.⁷ Diese Rechtsauffassung deckt sich auch mit der Einschätzung des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) vom 16.04.1980 zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften.⁸

Der Rechtsausschuss begründete dabei zu § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG im heutigen Wortlaut, dass „die Gesellschaft schon im Gründungsstadium im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen werden kann, dieses Verfahren sowohl den Interessen des einbringenden Gesellschafters wie der Gesellschaft und der Gläubiger gerecht werde

⁶ BGH, NZG 2002, 524.

⁷ BayObLG, DB 1979, 1500; OLG Hamm, DB 1981, 1973.

⁸ BT-Dr. 8/1347.

und die Zulassung der Vormerkung darüber hinaus bei der Rechtsanwendung zu neuen Unsicherheiten führen werde“⁹.

▶ 3. Besonderheiten bei Geschäftsanteilen einer GmbH als Sacheinlage

a) Versicherung des Geschäftsführers / Grundlagen

Soweit ersichtlich wurde in Rechtsprechung und Literatur bislang jedoch noch nicht abschließend diskutiert, wann denn bei Einbringung von Geschäftsanteilen an einer GmbH „zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführung“ geleistet wurde. *Herrler*¹⁰ spricht zwar davon, dass „wenn aufgrund der mit der Eintragung verbundenen Legitimationswirkung eine Verfügung der Geschäftsführer über den Einlagegegenstand bzw. die Ausübung der daraus resultierenden Rechte nicht oder nur eingeschränkt möglich ist (z.B. Legitimationswirkung der Eintragung in die GmbH-Gesellschafterliste gem. § 16 Abs. 1 GmbHG)“, eine solche deklaratorische Eintragung sozusagen als „Rückausnahme“ nicht nach der Anmeldung vollzogen werden kann, begründet dies jedoch nicht weiter.

So stellt sich nunmehr die Frage, ob zum Zeitpunkt der Abgabe der Versicherung

- allein die dingliche Übertragung des Geschäftsanteils wirksam erfolgt sein muss,
- oder ergänzend auch die diesbezügliche Gesellschafterliste erstellt,
- oder diese sogar zusätzlich entsprechend § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG noch im Handelsregister aufgenommen sein muss.

*Herrler*¹¹ verweist dabei darauf, dass es „vor der Anmeldung der Übergabe derjenigen Dokumente bedarf, auf welche die Geschäftsführer zur Ausübung der Rechte an den übertragenen Gegenständen angewiesen sind (z.B. Kfz-Brief, sonstige Nachweisurkunde).“

*Servatius*¹² führt hierzu aus, dass es für die materielle Wirksamkeit der Leistung nach § 7 Abs. 2 GmbHG er-

forderlich ist, dass die „Einleger ihre Verfügungsmacht endgültig und ohne Beschränkungen oder Vorbehalte zugunsten der Vorgesellschaft aufgegeben haben und die Geschäftsführer über die Einlage verfügen konnten“.

b) Entscheidung des Reichsgerichts

Doch hatte bereits das Reichsgericht¹³ am 24.02.1931 entschieden, dass „wenn es an einer Leistung fehlte, die einer Barzahlung auf das Stammkapital gleichgeachtet werden könnte, so war die (...) Versicherung falsch“. Der Entscheidung lag dabei zusammengefasst folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Geschäftsführer einer GmbH hat im Rahmen der Anmeldung der (Sach-) Kapitalerhöhung zum Handelsregister versichert, dass von jeder Stammeinlage ein Viertel eingezahlt und die Beträge sich in der freien Verfügung befänden.

Gegenstand der Kapitalerhöhung, wobei hier eine Gemeinde (als Gesellschafterin) an die GmbH übertrug, war dabei u.a. ein „jederzeit fälliges Guthaben, das die Gemeinde bei der Oberamtssparkasse hatte“. Das Guthaben war „täglich fällig und vollkommen sicher“.

Der „auf die schiefe Bahn gelangte Schultheiß D.“ hatte hierbei in Gegenwart des die Anmeldung der GmbH beurkunden (sic!) Notars die (mündliche) Erklärung abgegeben, dass er die Geschäftsführer ermächtigte, das täglich fällige Guthaben der Gemeinde bei der Oberamtssparkasse zur Einzahlung der vier Stammeinlagen zu verwenden.

Sofern die Übertragung der Gemeinde auf die GmbH in der erforderlichen Art geschehen sei, so könne dies zwar durchaus als Einzahlung i.S.d. § 7 Abs. 2 GmbHG gelten. Streitgegenständlich war daher nunmehr jedoch die Frage, ob eine solche Übertragung überhaupt wirksam stattfinden konnte, da eine solche nur dann als „Einzahlung“ gelten könne, wenn ihre Wirkung dahin geht, den Geschäftsführern der GmbH die freie Verfügung über den Vermögenswert zu gewähren.

Ob eine solche Übertragung wirksam i.S.d. § 398 BGB erfolgte, wurde dabei nicht weiter ausgeführt, kann aber auch dahingestellt bleiben, da es bei der bloß mündlichen Abtretung des Anspruchs – anders als bei

9 BT-Dr. 8/3908, S. 71.

10 MüKoGmbHG/*Herrler*, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 7 Rn. 117.

11 a.a.O., m.w.N.

12 Baumbach/Hueck/*Servatius*, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 7, Rn. 10, 11.

13 RG JW 1931, 2991 (im Übrigen sehr lesenswert).

der Hingabe eines Schecks¹⁴ – an der Möglichkeit, gegenüber dem Schuldner seine Gläubigerschaft darzutun, fehle, mag diese auch tatsächlich einwandfrei bestehen.

Mithin stellte bereits das Reichsgericht darauf ab, dass erst dann wirksam geleistet wurde, wenn auch eine Ausübung der Rechte an dem übertragenen Gegenstand uningeschränkt möglich ist.

c) Ausübung der Rechte an dem übertragenen Gegenstand

Doch wann ist eine solche Ausübung der Rechte an dem übertragenen Gegenstand bei Einbringung von GmbH-Geschäftsanteilen möglich?

Mit der Neufassung des § 16 Abs. 1 GmbHG in der heutigen Fassung wurde an das Regelungsmuster des § 67 Abs. 2 AktG angelehnt, wonach im Verhältnis zur GmbH nur der in der im Handelsregister aufgenommenen¹⁵ Gesellschafterliste Eigeträgere als Gesellschafter gilt.

Das soll jedoch ausweislich der Gesetzesbegründung nicht bedeuten, dass die Eintragung und die Aufnahme der Liste in das Handelsregister für den Erwerb des Geschäftsanteils Wirksamkeitsvoraussetzung wäre. Die Wirksamkeit der Übertragung ist – abgesehen von dem in § 16 Abs. 3 neu geregelten Fall des gutgläubigen Erwerbs – auch weiterhin unabhängig von der Eintragung in die Gesellschafterliste möglich¹⁶.

Ohne die Eintragung und die Aufnahme der Liste in das Handelsregister bleibt dem Neugesellschafter allerdings die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte verwehrt, da ihm gegenüber der Gesellschaft erst mit Aufnahme der entsprechend geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister die Gesellschafterstellung zukommt.

Die Neuregelung des § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG, wonach Rechtshandlungen in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis zunächst schwebend unwirksam sind und wirksam werden, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen

wird,¹⁷ soll allenfalls dem Bedürfnis der Praxis Rechnung tragen, dem Erwerber die Möglichkeit zu eröffnen, bereits vor Aufnahme der Liste in das Handelsregister unmittelbar nach Wirksamwerden des dinglichen Erwerbs Rechtshandlungen in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorzunehmen.

Ist der Abtretungsvertrag ferner, wie in der Praxis sehr häufig vorkommend, aufschiebend bedingt, insb. mit vollständiger Kaufpreiszahlung, erklärt, wird die Abtretung (erst) mit Eintritt der Bedingung sachenrechtlich *ex nunc* wirksam (§ 158 Abs. 1 BGB). Auch wenn im Innenverhältnis eine schuldrechtliche Rückwirkung („Abtretungstichtag“) vereinbart werden kann, kann der Erwerber dennoch vor Bedingungseintritt keinesfalls Gesellschafterrechte ausüben, da auch die unverzügliche Listeneinreichung darauf ohne Einfluss ist, da § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG in diesem Fall gerade nicht anwendbar ist.¹⁸

Die Praxis hilft sich dabei üblicherweise mit einer entsprechenden Vollmachtserteilung¹⁹ an den Erwerber, wonach dieser im Zeitraum zwischen Wirksamkeit der Abtretung und Aufnahme einer neuen Gesellschafterliste in das Handelsregister sämtliche Gesellschafterrechte aus dem vertragsgegenständlichen Geschäftsanteile auszuüben bevollmächtigt wird. Doch auch eine solche Stimmrechtsvollmacht muss jedenfalls aus wichtigem Grund stets widerruflich ausgestaltet sein.²⁰

C. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass

- allein die dingliche Übertragung des Geschäftsanteils nicht ausreichend ist,
- auch die ergänzende Erstellung der diesbezüglichen Gesellschafterliste mangels Erfüllung aller tatbestandlichen Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG nicht ausreichend ist,
- vielmehr die Liste auch im Handelsregister aufgenommen sein muss.

¹⁴ RG 41, 120.

¹⁵ Aufgenommen in diesem Sinne ist eine Gesellschafterliste dann, wenn Sie in den für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner (§9 Abs. 1 HRV) aufgenommen ist.

¹⁶ BT-Dr. 16/6140, S. 37.

¹⁷ Erfolgt die Aufnahme nicht unverzüglich, so sind die Rechtshandlungen endgültig unwirksam.

¹⁸ Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 16 Rn. 50, m.w.N.; Unverzüglichkeit liegt hier nicht mehr vor, da vor einer Änderung der Gesellschafterliste zunächst der Bedingungseintritt abgewartet werden muss.

¹⁹ BGH, DB 2008, 1202.

²⁰ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 47 Rn. 50.

D. Gestaltungen der Praxis

Die Sonderregelung des § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG wie auch die Gestaltung über eine Vollmachtserteilung vermag zwar dem Bedürfnis der Praxis durchaus Rechnung tragen, doch kann der Umstand der „Unverzüglichkeit“ wie auch derjenige, dass eine Stimmrechtsvollmacht nicht doch aus wichtigem Grund widerrufen wurde, durch den Geschäftsführer nicht mit der erforderlichen Gewissheit abschließend geprüft werden, weswegen gerade auch im Hinblick auf die strafrechtlichen Folgen – jedenfalls mind. bedingt vorsätzlich²¹ erklärter – falscher Angaben und abgegebener unwahrer Versicherungen²² einem Geschäftsführer angeraten werden muss, die **Versicherung erst nach Aufnahme der Gesellschafterliste dem Handelsregister gegenüber abzugeben**.

Da die Aufnahme in den Registerordner regelmäßig binnen sehr kurzer Zeit erfolgt²³, liegt hierin auch kein wesentlicher zeitlicher Verzug, auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Versicherung lediglich „zeitnah“ zur Eintragung erfolgen muss, weswegen es unschädlich ist, wenn die Versicherung sogleich im Rahmen der Beurkundung abgegeben (und beglaubigt) wird,²⁴ auch wenn – wie in der zu betrachtenden Fallkonstellation – die Gesellschafterliste noch nicht im Handelsregister aufgenommen ist, sondern der Notar angewiesen wird, die Erklärung erst dann an das Handelsregister weiterzuleiten, wenn die Gesellschafterliste im Handelsregister aufgenommen wurde.

Denn verlangt wird nach allgemeiner Meinung, zurückgehend auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts,²⁵ lediglich, dass für die strafrechtliche Beurteilung der Richtigkeit der Versicherung der Zeitpunkt des Zugangs beim Registergericht relevant ist²⁶; für den Zeitraum zwischen Anmeldung und Eintragung verzichtet der Gesetzgeber auf eine (weitergehende) Kontrolle.

Begründet wird dies damit, dass es sich bei der Versicherung, dass die Einlage einmal zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführer geleistet wurde, um eine Wissenserklärung bzgl. eines in der Vergangenheit liegenden

Vorgangs handelt. Hiervon geht offensichtlich auch der BGH²⁷ aus, wenn er verlangt, dass die Geschäftsführung zu versichern hat, dass „(...) und auch in der Folge nicht an den Einleger zurückgezahlt worden ist“. Widrigenfalls würde man aus diesem zweiten und nicht vom gesetzlichen Wortlaut gedeckten Teil der Versicherung ja eine wertlose Prognose machen.

Folgt man daher der h.M., dass Zeitpunkt der Richtigkeit der Versicherung derjenige des Zugangs²⁸ derselben ist, so tragen die Geschäftsführer selbst die Verantwortung für die Richtigkeit bis zu diesem Zeitpunkt.

Es obliegt daher dem Notar, ob er diese zusätzliche „Treuhandfunktion“²⁹ der Vorlagesperre und Überwachungspflicht übernehmen möchte, was m.E. jedoch gerade bei der alleinigen Überwachung der Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister bei entsprechender Büroorganisation weitgehend unproblematisch möglich sein dürfte.

Umgekehrt folgt daraus jedoch auch, dass gerade bei einem zu großen Zeitraum zwischen der Erklärung der Versicherung durch den Geschäftsführer und dem Zugang dieser Erklärung berechtigte Zweifel an deren Richtigkeit entstehen können, weswegen das Registergericht dann eine neue, zeitnähere und damit inhaltlich wahrscheinlich auch richtigere Versicherung verlangen kann.³⁰

All dies vermag daher mitunter ein weiterer Aspekt dafür zu sein, anstelle einer Kapitalerhöhung mittels Sacheinlage den von *Späth-Weinreich*³¹ eingehend dargestellten Weg einer Barkapitalerhöhung nebst Sachagio zu wählen.

21 Fahrlässigkeit genügt insoweit nicht.

22 § 82 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 GmbHG, Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe; ferner Haftung der GmbH ggü. gem. § 9a GmbHG.

23 Zumals durch das Registergericht keine inhaltliche, sondern lediglich formale Prüfung zu erfolgen hat

24 so auch LG Gießen GmbHR 2003, 543 ff.; a.A. OLG Düsseldorf, GmbHR 2000, 232 ff.; die Ansicht des OLG Düsseldorf ablehnend auch *Kallrath*, DNotZ 2000, 533 ff.

25 RGSt 43, 323; RGSt 43, 431.

26 Scholz/*Tiedemann*, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 82 Rn. 61.

27 Fn. 6.

28 *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn 945a, m.w.N.

29 *Krafka*, a.a.O., m.w.N..

30 OLG Hamm, NZG 2010, 1156, zur Versicherung nach § 39 Abs. 3 S. 1 GmbHG: 2 Wochen i.d.R. unproblematisch; so auch *Krafka*, a.a.O.; LG Gießen, GmbHR 1995, 453; ca. 4 Wochen zu lang

31 Fn. 1.

Die Bestattung und ihre Kosten aus notarieller Sicht

von Notarassessor Dr. Wendelin Mayer, LL.M., Friedrichshafen

I. Einleitung

1. Berührungspunkte des Notars mit der Bestattung und ihren Kosten

Die Bestattung und ihre Kosten gehören auf den ersten Blick nicht zum Tätigkeitsfeld eines Notars. Gleichwohl kommt der Notar bei seiner beruflichen Tätigkeit nicht selten in Berührung mit Menschen, die neben ihrem Nachlass auch ihre Bestattung regeln möchten, oder mit Angehörigen eines Verstorbenen, die mit der Situation (nicht nur, aber auch) in rechtlicher Sicht überfordert sind. Berührungspunkte können sich dabei anlässlich der Gestaltung von letztwilligen Verfügungen, aber auch bei Ausschlagungen oder der Erstellung von Nachlassverzeichnissen ergeben. Aus diesen Gründen lohnt ein kurzer Überblick über den rechtlichen Rahmen, der sich mit der Bestattung befasst, da der Notar mitunter – wenn auch nicht immer als letzte Instanz – so doch mitunter als Ansprechpartner bei manchen Fragen fungiert.

2. Gliederung

Die nachfolgenden Überlegungen gliedern sich dabei in drei Abschnitte, die versuchen, eine Übersicht über die Fragen zu verschaffen, die sich zeitlich vor der Bestattung, in ihrem unmittelbaren zeitlichen Kontext sowie anschließend stellen. Nach einem Blick auf die Rechtsquellen (nachfolgend 3.) geht es im nächsten Abschnitt (II.) folglich um die Frage, inwieweit und wie ein Erblasser zu Lebzeiten Vorsorge treffen kann für seine Bestattung. Der dritte Abschnitt (III.) erläutert einzelne Themen, die sich bei der Organisation der Bestattung stellen. Im letzten Abschnitt (IV.) wird auf die Frage eingegangen, wer nach der Bestattung für deren Kosten aufkommen muss.

Im Nachfolgenden ist dabei immer von "Bestattung" die Rede als dem im Gesetz überwiegend gebräuchlichen Ausdruck (Bestattungsgesetz Baden-Württemberg, § 74 SGB XII), auch dort, wo das Gesetz den Terminus "Beerdigung" verwendet (etwa in § 1968 BGB, ohne dass damit ein Bedeutungsunterschied verbunden wäre¹). Ob es um eine Erdbestattung (des Körpers) oder um eine Feuerbe-

stattung (mit anschließender Beisetzung der Asche) geht, spielt dabei für die nachfolgend aufgeworfenen, allgemeinen rechtlichen Fragen in der Regel keine Rolle.

3. Rechtsquellen

Bestattungsrecht ist im Wesentlichen öffentliches Recht. Die Länder sind für die Gesetzgebung zuständig und haben in Einzelfragen teils erheblich divergierende² Landesgesetze erlassen.³ In Baden-Württemberg regelt das Bestattungsgesetz⁴ neben Friedhofs- und Leichenwesen insbesondere die Art der Bestattung und die Bestattungspflicht. Weitere Regelungen zum Bestattungsrecht (jedoch mit geringer Relevanz für die nachfolgenden Ausführungen) finden sich in der auf Grundlage von § 50 Bestattungsgesetz BW erlassenen Bestattungsverordnung.⁵ Das BGB regelt in § 1968 lediglich die Kostentragungspflicht des Erben (sowie die weiterer Personen u.a. in §§ 844, 1615 BGB). Weitere Berührungspunkte bestehen zur Annahme und Ausschlagung des Erbes; darüber hinaus finden sich Regelungen etwa im Sozialrecht (§ 74 SGB XII, s. dazu unten IV.)

II. Planung der Bestattung durch den Erblasser zu seinen Lebzeiten

1. Regelungsort

Häufig begegnet der Notar Erblassern, die anlässlich ih-

- 2 Unterschiede bestehen etwa bei der Frage der zulässigen Art der Bestattung und bei dem Kreis und der Reihenfolge der Bestattungsberechtigten. Bei letzteren etwa besteht Einigkeit, dass Ehegatten und (eingetragene) Lebenspartner (im Sinn des LPartG) vor Kindern und diese vor Eltern, Großeltern und Geschwistern berechtigt (und verpflichtet) sind. Bei der Frage, ob Kinder und Geschwister volljährig sein müssen, und ob weitere Gruppen – etwa Verschwägerter – heranzuziehen sind, unterscheiden sich die Regelungen jedoch; vgl. für einen Überblick *Karczewski*, ZEV 2017, 129, 132.
- 3 Für die baden-württembergischen Nachbarn etwa Bayern: Bestattungsgesetz (BestG) vom 24.09.1970, (BayRS III S. 452), zuletzt geändert 02.08.2016; Rheinland-Pfalz: Bestattungsgesetz (BestG) vom 04.03.1983, zuletzt geändert 19.12.2019; für Hessen: Friedhofs- und Bestattungsgesetz (FBG) vom 05.07.2007, zuletzt geändert 23.08.2018. Wo keine landesrechtliche Regelung besteht, gilt das Gesetz über die Feuerbestattung vom 15.05.1934, RGBl. I S. 380, als Landesrecht weiter.
- 4 Bestattungsgesetz (BestattG BW) vom 21.07.1970, Gesetzblatt 1970, 395, ber. S. 458, gültig ab 01.01.1971.
- 5 Verordnung des Sozialministeriums zur Durchführung des Bestattungsgesetzes (Bestattungsverordnung – BestattVO) vom 13.05.2015, zuletzt geändert durch Verordnung vom 17.04.2020.

1 BT-Drs. 12/3803 S. 79.

res Testaments auch Anordnungen für ihre Bestattung treffen möchten. Bekanntlich hat in einem solchen Fall der Notar darauf hinzuweisen, dass entsprechende Regelungen durchaus im Testament oder einer anderen letztwilligen Verfügung aufgenommen werden können, jedoch schon aus praktischen Gründen – häufig erfolgt die Testamentseröffnung erst mehrere Wochen nach dem Ableben und damit nach der Bestattung – nicht nur dort niedergelegt sein sollten.

Aber wo dann? Häufig wird empfohlen, ein Dokument mit Anweisungen für die Bestattung (sog. "Bestattungsverfügung") in einer Notfall- oder Vorsorgemappe oder an einem anderen geeigneten Ort, z.B. im Familienstammbuch, auffindbar zu deponieren.⁶ Ist ein Totenfürsorgeberechtigter bestimmt, sollte diesem eine Kopie des Dokuments ausgehändigt werden. Dies funktioniert für Menschen, die über die entsprechenden Ansprechpartner – Ehepartner, Abkömmlinge, nahe Angehörige – verfügen; bei Menschen, die über solche Ansprechpartner nicht verfügen und deren Wohnung ggf. erst nach einer Bestattung geräumt wird, ist die Empfehlung unbefriedigend. Hier kann der Rat, einen entsprechenden Hinweis im Geldbeutel zu hinterlassen, weiterhelfen, da im Sterbefall Ärzte verpflichtet sind, die Identität des Toten festzustellen, sodass bei einer Suche nach dem Personalausweis der Hinweis auf eine entsprechende Verfügung auftaucht.⁷

Die Möglichkeit, eine Registrierung vornehmen zu lassen, die ein Auffinden einer Bestattungsverfügung sicherstellt, besteht dagegen nach derzeitiger Rechtslage noch nicht. Allerdings wurde am 16. Januar 2020 vom Bundestag die sog. "Entscheidungslösung" bei der Organspende und damit auch weitreichende Änderungen des Transplantationsgesetzes (TPG) verabschiedet.⁸ Der neu eingefügte § 2a TPG sieht die Einrichtung eines neuen Registers für Erklärungen zur Organ- und Gewebespende vor. Ob dort auch entsprechende Bestattungsverfügungen, etwa in Form einer frei formulierten Erklärung, hinterlegt werden können, lässt sich derzeit noch nicht absehen; das Gesetz tritt erst zwei Jahre nach seiner Verkündung, d.h. Anfang 2022, in Kraft.⁹

2. Inhaltliche Ausgestaltung

Für die Art der Bestattung ist der Wille des Verstorbenen maßgeblich. Dies ist in den Bestattungsgesetzen der Länder, etwa § 32 Abs. 1 S. 2 Bestattungsg BW, niedergelegt und folgt verfassungsrechtlich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht¹⁰ bzw. der postmortalen Menschenwürde.¹¹

Grenzen sind der Ausgestaltung dabei durch die rechtlichen Vorschriften, etwa die Bestattungsgesetze der Länder, gesetzt. Neuere Formen wie Bestattungswälder sind in neuerer Zeit durch Liberalisierung der Gesetze ermöglicht worden. Umstritten bleiben dagegen Möglichkeiten wie die, die Asche eines Verstorbenen in einen Diamanten zu pressen, der dann den Angehörigen verbleibt und gerade nicht bestattet werden soll.¹²

Bei der Regelung der Modalitäten sollte der Betreffende darauf achten, sich nicht zu anderen Verfügungen in Widerspruch zu setzen. Gibt etwa jemand, der in einem Organspendeausweis angegeben hat, als Spender zur Verfügung zu stehen, später an, eine Bestattung nach religiösem Ritus zu wünschen, die dem widerspricht, empfiehlt sich ein klarstellender Hinweis für Angehörige und Ärzte, ob die frühere Entscheidung für die Organspende davon unberührt bleibt. Bestimmt ein Erblasser einen Angehörigen zu seiner Vertrauensperson in Bestattungsangelegenheiten, sollte er dann, wenn er diesen später enterbt und ihm auch kein Vermächtnis zuwendet, klarstellen, ob diesem damit auch die Befugnis, über die Bestattung zu entscheiden, entzogen werden soll. Im Zweifel wird in einer Enterbung auch der Entzug der Entscheidungsbefugnis in Bestattungsangelegenheiten gesehen werden¹³ (s. dazu unten III.1). Bei einer Auflage an den Erben, für eine bestimmte Art der Bestattung zu sorgen, sollte klargestellt werden, ob dies lediglich eine Regelung der Kostentragung sein soll (hierzu unten IV. 2) oder ob der Erbe auch dann, wenn er nach dem Gesetz nicht als Bestattungsberechtigter in Frage kommt, vom Verstorbenen dazu bestimmt ist (hierzu unten III.1).

3. Vorsorge für die Kosten der Beerdigung

Mitunter wird dem Notar auch die Frage gestellt, wie die Kosten der eigenen Beerdigung zu Lebzeiten geregelt

6 Z.B. *Fritz*, BWNNotZ 1992, 137, 138.

7 Eine entsprechende Empfehlung gibt die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung für Organspendeausweise, die ebenfalls im Todeszeitpunkt relevant werden (<https://www.organspende-info.de/faq.html>, abgerufen am 11.10.2020).

8 Siehe <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw03-de-transplantationsgesetz-674682>, abgerufen am 25.07.2020, sowie das Beschlussdokument (Bundestags-Drucksache 19/11087) unter <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/110/1911087.pdf> (abgerufen am 11.10.2020).

9 <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw03-de-transplantationsgesetz-674682>.

10 *Fritz*, BWNNotZ 1992, 137, 139; angesprochen, aber offen gelassen bei BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 25.12.2016 – 1 BvR 1380/11, NJW 2017, 947, das nur die Grundrechte der Angehörigen prüfte und eine Beeinträchtigung jedenfalls der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) bejahte.

11 *Spranger*, NJW 2017, 3622, 3623.

12 Zur Zulässigkeit *Spranger*, NJW 2017, 3622, 3623, der eine Bestattungspflicht für (nur im, z.B. europäischen, Ausland legal herstellbare) Diamanten auch in Deutschland verneint.

13 *Fritz*, BWNNotZ 1992, 137, 138.

werden können, insbesondere in Fällen, in denen keine nahen Angehörigen vorhanden sind und Leute befürchten, dass wegen eines überschuldeten Nachlasses alle in Betracht kommenden Erben ausschlagen werden. Hier bieten etwa Versicherungsunternehmen sogenannte "Sterbegeldversicherungen", die damit werben, im Sterbefall zügig – insbesondere schneller als Lebensversicherungen – Geld an im Versicherungsvertrag benannte Personen, die dann die Bestattung organisieren, auszahlen. Die dafür aufzubringenden Kosten können als Einmalzahlung geleistet werden, die dann bis zum Todesfall angelegt wird, oder als monatliche Raten, wobei hier – je nach Lebensalter – Versicherungen nicht mehr verfügbar sind oder hohe monatliche Raten und eine längere Wartezeit, die der Versicherungsnehmer noch überleben muss, bevor ein Anspruch entsteht, kombinieren. Eine weitere Möglichkeit kann die Übernahme bestimmter Kosten durch anatomische Institute bei einer sog. Körperspende sein.¹⁴ Ein "Sterbegeld" gehört seit 2004 nicht mehr zum Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenkassen, Regelungen finden sich allerdings noch in einzelnen Gesetzen, etwa in § 32 Landesbeamten-Versorgungsgesetz Baden-Württemberg oder in §§ 63 f. SGB VII (Unfallversicherung). Im Übrigen erfolgt die Kostentragung für den Fall, dass die sonst Verpflichteten hierzu nicht in der Lage sind, über das Sozialhilferecht (s. noch unten zu § 74 SGB XII). Die Kosten einer späteren Bestattung für die Kostenpflichtigen können schließlich auch durch Vorgaben des Erblassers über eine möglichst bescheidene Bestattung reduziert werden.

4. Grabpflege, Leibgeding, Löschung

Von der Frage der eigentlichen Bestattung zu trennen ist die Regelung der auf die Bestattung folgenden Grabpflege für die – je nach Friedhof unterschiedlich festgelegte – Ruhezeit.¹⁵ Ohne entsprechende Anordnung im Testament trifft den Erben keine Pflicht zur Grabpflege oder zur Tragung ihrer Kosten. Da die Grabpflege ihre eigentliche Bedeutung nicht unmittelbar nach dem Erbfall entfaltet, ist eine Regelung im Testament sinnvoll und auch nicht unüblich; denkbar sind eine Auflage an den Erben, die Grabpflege für die Ruhezeit zu besorgen, oder eine Anweisung an einen Testamentsvollstrecker.

14 In Baden-Württemberg ist eine Körperspende unter bestimmten Umständen bei den anatomischen Instituten in Ulm, Freiburg, Heidelberg und Tübingen (nicht aber in Mannheim) möglich. Der Leichnam wird in diesem Fall zu Zwecken der medizinischen Ausbildung konserviert, sezirt und erst anschließend, z.T. mit mehrjähriger Verzögerung, bestattet. Auf Grund einer Vereinbarung übernimmt das Institut bestimmte Kosten und die Bestattung.

15 § 6 BestattG BW sieht lediglich eine Mindestruhezeit von 15 Jahren (außer bei Kindern) vor, von der für jeden Friedhof im Benehmen mit dem Gesundheitsamt nach oben abgewichen werden kann.

Die Verpflichtung zur Grabpflege kann auch bereits zu Lebzeiten begründet werden; relevant wird dies v.a. in Übergabeverträgen, bei denen sich der Übergeber Rechte vorbehält, die seiner Versorgung dienen. Häufig ist auch die dingliche Absicherung der (wiederkehrenden) Grabpflegeleistungen durch Reallast; ausnahmsweise kann von einer solchen Reallast auch die einmalige Tragung von Bestattungskosten umfasst sein.¹⁶ Eine solche Reallast ist dann nicht auf die Lebenszeit bedingt, sondern stellt im Zweifel ein vererbliches Recht dar.¹⁷

Eine solche Reallast kann auch Teil eines Leibgedings sein. Allerdings kann bei einer Grabpflegereallast eine – sonst bei Leibgedingen übliche – Vorlöschungsklausel nicht eingetragen werden, da die Reallast gerade nicht auf die Lebenszeit des Veräußerers beschränkt ist. Vorlöschungsklauseln, die für das Leibgeding insgesamt eingetragen sind,¹⁸ sind auf die Reallast nicht anzuwenden¹⁹ und können auch nicht in eine Vollmacht für den Eigentümer umgedeutet werden, die Reallast zu löschen;²⁰ hier bleibt die Bewilligung der Erben und der Erbnachweis in grundbuchmäßiger Form erforderlich.

Der Notar sollte daher den Schenker darauf hinweisen, dass die dingliche Absicherung der Grabpflege Komplikationen nach sich ziehen kann. Insbesondere dann, wenn der Beschenkte auch Alleinerbe ist, kann er nach dem Sterbefall mit Erbschein ohnehin die Löschung der Reallast bewilligen. Häufig wird auch nicht gewollt sein, dass wegen Grabpflege- oder Beerdigungskosten eine Vollstreckung in den Grundbesitz möglich sein soll. In vielen Fällen wird sich daher eine letztwillige Verfügung mit entsprechender Anweisung eher anbieten.

III. Die Organisation der Bestattung

Geht es um den unmittelbaren zeitlichen Kontext der Bestattung, stellt sich die Frage, wer für die Bestattung zu sorgen hat und die relevanten Entscheidungen treffen darf, wer also gegenüber Dritten – etwa dem Bestattungsunternehmen – als Ansprechpartner fungiert. Davon zu trennen ist die Frage, wer die Kosten der Be-

16 BayObLG, Beschl. v. 08.10.1987, NJW-RR 1988, 464; OLG München, Beschl. v. 10.08.2012 - 34 Wx 131/12, MittBayNot 2013, 225; Böhringer, MittBayNot 1988, 103, 110.

17 BayObLG, Beschl. v. 05.05.1983 - BReg. 2 Z 31/83, BayObLGZ 1983, 114, 116 f.; OLG München, Beschl. v. 10.08.2012 - 34 Wx 131/12, MittBayNot 2013, 225.

18 BayObLG, Beschl. v. 08.10.1987, NJW-RR 1988, 464.

19 BayObLG, Beschl. v. 08.10.1987, NJW-RR 1988, 464; ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht gibt es nicht.

20 BayObLG, Beschl. v. 08.10.1998 - 2Z BR 133/98, BayObLGZ 1998, 250, 255; OLG München, Beschl. v. 10.08.2012 - 34 Wx 131/12, MittBayNot 2013, 225.

stattung zu tragen hat – durch Zahlung an den Bestattungsunternehmer oder durch Erstattung der Kosten an denjenigen, der die Kosten zunächst verauslagt hatte (hierzu nachfolgend Abschnitt IV). Bei der Organisation werden wie stets die rechtlichen Regelungen dann nicht relevant, wenn sich alle Beteiligten einig sind, sondern vor allem dann, wenn “negative” oder “positive Kompetenzkonflikte” bestehen – wenn also unterschiedliche Meinungen darüber bestehen, wie die Bestattung vorzunehmen ist, oder wenn niemand dafür zuständig sein möchte. Im ersten Fall stellt sich die Frage nach dem Bestattungsrecht (dazu nachfolgend 1.), im zweiten die der Bestattungspflicht (hierzu 2.).

1. Das Recht zur (Organisation der) Bestattung

Das Recht zur Totenfürsorge umfasst die Fürsorge für den Leichnam vom Augenblick des Todes an bis zur Beendigung der Bestattung. Es beinhaltet das Recht, über den Leichnam, Bestattungsort, die Art der Bestattung sowie die begleitenden Feierlichkeiten zu bestimmen sowie den Grabstein, die Grabgestaltung und die Grabpflege festzulegen.²¹ Es umfasst auch den Zugang zum Leichnam des Verstorbenen²² und eine etwaige Umbettung.²³ Als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB kommt dem Berechtigten ein Unterlassungsanspruch analog § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB zu.²⁴

Das Recht zur Totenfürsorge steht nicht dem Erben zu – beherrschender Grundsatz für die Totenfürsorge ist die Maßgeblichkeit des Willens des Verstorbenen.²⁵ Dieser bestimmt nicht nur die Art und Weise der Totenfürsorge, sondern auch die Totenfürsorgeberechtigten.

Lässt sich eine Bestimmung des Totenfürsorgeberechtigten durch den Verstorbenen nicht ermitteln, steht es nach (privatrechtlichem) Wohnheitsrecht – im Ergebnis unstrittig – den Angehörigen zu.²⁶ Der Erbe ist nicht als solcher totenfürsorgeberechtigt; § 1968 BGB regelt nur dessen Kostentragungspflicht und gewährt dem Erben keine weiteren Rechte.

21 BGH, Urt. v. 26.02.2019 – VI ZR 272/18, NJW-RR 2019, 727; BGH, Beschl. vom 14.12.2011 – IV ZR 132/11, ZEV 2012, 559, 560; BGH, Urt. v. 26.10.1977 – IV ZR 151/76, FamRZ 1978, 15; BGH, Urt. v. 26.02.1992 – XII ZR 58/91, NJW-RR 1992, 834; *Küpper*, in MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 1968 Rn. 7; *Karczewski*, ZEV 2017, 129, 129; *Fritz*, BWNNotZ 1992, 137, 137.

22 LG Bielefeld v. 24.2.2016 – 21 S 10/15, NJW-RR 2016, 1304.

23 BGH, Urt. v. 26.10.1977 – IV ZR 151/76, FamRZ 1978, 15; OLG Naumburg, Urt. v. 08.10.2015 – 1 U 72/15, ZEV 2016, 166; LG Ansbach, Hinweisbeschl. vom 28.12.2011 – 1 S 1054/11, ZEV 2012, 561.

24 BGH, Urt. v. 26.02.2019 – VI ZR 272/18, NJW-RR 2019, 727, 728.

25 BGH, Urt. v. 26.02.2019 – VI ZR 272/18, NJW-RR 2019, 727, 729.

26 BGH, Urt. v. 20.09.1973 – III ZR 148/71, NJW 1973, 2103; BGH, Urt. v. 26.10.1977 – IV ZR 151/76, FamRZ 1978, 15.

Für die genaue Reihenfolge der Angehörigen untereinander wird regelmäßig auf die in den Bestattungsgesetzen der Länder vorgegebene Reihenfolge zurückgegriffen.²⁷ Für Baden-Württemberg gibt § 31 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 21 Abs. 3 Bestattungsgesetz BW Kreis und Reihenfolge der Angehörigen vor. Später auf der Liste genannte Personen werden nur berücksichtigt, wenn vorrangig genannte Personen nicht vorhanden oder verhindert sind:

- Ehegattin oder der Ehegatte,
- die Lebenspartnerin oder der Lebenspartner (nach dem LPartG),
- die volljährigen Kinder,
- die Eltern,
- die Großeltern,
- die volljährigen Geschwister und
- die (volljährigen) Enkelkinder der verstorbenen Person

Sind mehrere gleichrangige Angehörige berufen, müssen diese sich untereinander einigen; Mehrheitsbeschlüsse kommen nicht in Betracht.²⁸

Von dieser Zuweisung kann der Verstorbene selbst allerdings abweichen. Insbesondere kann in Betracht kommen, dass ein nicht-ehelicher Lebenspartner als derjenige bestimmt wird, der die Art und Weise der Bestattung bestimmt. Dies muss mangels gesetzlicher Legitimation des nicht-ehelichen Lebenspartners explizit, etwa in einem Partnerschaftsvertrag, geschehen.²⁹ Auch Heimunterbringungsverträge können die Zuständigkeit des Heimträgers regeln, die Bestattung zu besorgen, wenn Angehörige nicht bekannt oder nicht erreichbar sind.³⁰

In jedem Fall empfiehlt sich eine ausdrückliche Regelung. Ein entsprechender Passus kann z.B. in eine Vorsorgevollmacht eingefügt werden; eine Vorsorgevollmacht ohne explizite Bestattungsverfügung hat das OLG Naumburg etwa lediglich als einen Hinweis auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers gedeutet, ohne der Vollmacht die Übertragung der Totenfürsorge zu entnehmen. Eine Vorsorgevollmacht entspreche dem Umfang nach der Betreuung, die die Totenfürsorge gerade nicht umfasse; auch eine über den Tod hinaus erteilte Vollmacht diene nur

27 *Küpper*, in: MüKoBGB, 8. A. 2020, § 1968 Rn. 7; *Karczewski*, ZEV 2017, 129, 132; so auch BGH vom 17.11.2011 – III ZR 53/11, ZEV 2012, 556, 557 für die Bestimmung des Bestattungspflichtigen; anders dagegen BGH, Beschl. v. 14.12.2011 – IV ZR 132/11, ZEV 2012, 559 (ohne Argumentation oder Auseinandersetzung mit dem Problem); siehe hierzu auch *Gutzeit/Vrban*, NJW 2012, 1630.

28 *Fritz*, BWNNotZ 1992, 137, 138.

29 Vgl. z.B. *Grziwotz*, in: Beck'sches Notarhandbuch, 7. A. 2019, § 14 Rn. 14.

30 Vgl. den Fall aus OVG Lüneburg, Beschl. v. 27.07.2000 – 4 L 2110/00, NJW 2000, 3513, 3514.

der Gestaltung des Nachlasses in der Übergangsphase.³¹ Einen Ausschluss von der Totenfürsorge kann man u.U. aus einer Enterbung herauslesen; allerdings empfiehlt sich zur Streitvermeidung eine explizite, möglichst schriftliche Regelung (obwohl eine Bestattungsverfügung auch formlos wirksam wäre).³² Die bloße Auflage an den Erben, für eine bestimmte Art der Bestattung zu sorgen, macht diesen noch nicht ohne Weiteres zum Bestattungsberechtigten. Sie kann auch als bloße Kostenregelung zu verstehen sein, nach der der Erbe mehr als die nach § 1968 BGB zu tragenden Kosten (für eine "standesgemäße Beerdigung") zu übernehmen hat. Die Auflage kann dann keine Verpflichtungswirkung entfalten, sondern wirkt wie ein Vermächtnis zu Gunsten der nahen Angehörigen, die insofern einen Anspruch auf Kostenersatz gegen den Erben haben.³³

Inhaltlich sind die zur Bestattung Berechtigten an den explizit geäußerten oder mutmaßlichen Willen des Verstorbenen gebunden.³⁴ Die Form letztwilliger Verfügungen muss nicht eingehalten werden;³⁵ es reicht auch ein Nachweis, dass der Wille konkludent geäußert wurde. Da es sich nicht um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handelt, sollte analog § 1896 Abs. 1a BGB eine natürliche Einsichtsfähigkeit für ausreichend angesehen werden; hierfür spricht (ebenso wie bei § 1896 Abs. 1a BGB) insbesondere auch die Grundrechtsrelevanz der aus der postmortalen Menschenwürde³⁶ abgeleiteten Totenfürsorge. Eine Testierfähigkeit im Sinn des § 2229 BGB ist entgegen einiger Stimmen nicht zu fordern.³⁷ Ebenso ist der Auffassung zu widersprechen, dass sich die Angehörigen gemeinschaftlich über den Willen des Verstorbenen sollen sich die Angehörigen gemeinschaftlich hinwegsetzen könnten; dass keine strafrechtliche Sanktion einschlägig ist, führt nicht zur Unbeachtlichkeit des Willens des Verstorbenen.³⁸ Auch in Fällen, in denen Angehörige und testamentarische Erben fehlen, ist der mutmaßliche Wille des Verstorbenen zu erforschen. Dieser wird im Zweifel dahin gehen, dass die Bestattung durch dem Verstorbenen sonst nahestehende Personen der Vorzug vor der Bestattung durch die zuständige Behörde zu geben ist.³⁹

31 OLG Naumburg, Urte. v. 08.10.2015 – 1 U 72/15, BeckRS 2016, 01989, ZEV 2016, 166 (Ls.).

32 Fritz, BWNNotZ 1992, 137, 138.

33 Fritz, BWNNotZ 1992, 137, 139.

34 BGH, Urte. v. 26.02.1992 – XII ZR 58/91, NJW-RR 1992, 834; BGH Beschl. v. 14.12.2011 – IV ZR 132/11, ZEV 2012, 559, 561; *Karczewski*, ZEV 2017, 129, 133 f.; Fritz, BWNNotZ 1992, 137, 139.

35 BGH Beschl. v. 14.12.2011 – IV ZR 132/11, ZEV 2012, 559, 561; *Karczewski*, ZEV 2017, 129, 130.

36 So vehement *Spranger*, NJW 2017, 3622, 3623.

37 AA etwa *Fritz*, BWNNotZ 1992, 137, 139 m.w.N.

38 So aber *Fritz*, BWNNotZ 1992, 137, 139.

39 *Fritz*, BWNNotZ 1992, 137, 138.

2. Die Pflicht zur Bestattung

Zur Bestattung sind die Angehörigen nicht nur berechtigt, sondern – wie sich aus § 31 Abs. 1 i.V.m. § 21 Abs. 1 Nr. 1 BestattungsgG BW ergibt⁴⁰ – auch verpflichtet. Besorgen die Angehörigen die Bestattung nicht oder nicht rechtzeitig (§ 37 BestattungsgG BW – grundsätzlich 96 Stunden nach dem Todeszeitpunkt), ist auch die zuständige Behörde bestattungspflichtig, § 31 Abs. 2 BestattungsgG BW.

Wird der Leichnam einem anatomischen Institut zugeführt, geht die Bestattungspflicht auf das Institut über (§ 42 Abs. 4 BestattungsgG BW). In diesem Fall gilt nicht die übliche Frist zur Bestattung, sondern Verstorbene sind zu bestatten, sobald ihr Leichnam nicht mehr wissenschaftlichen Zwecken dient (§ 42 Abs. 2 und 4 BestattungsgG BW).

3. Das Verhältnis der Bestattung zur Ausschlagung

Ausschlagung oder Annahme des Erbes einerseits und die (öffentlich-rechtliche) Bestattungspflicht andererseits sind voneinander unabhängig, da ersteres nur die zivilrechtliche Erbenstellung beeinflusst, letzteres aber (regelmäßig) lediglich an die Stellung als Angehöriger anknüpft. Entsprechend bleibt es auch für Angehörige, die das Erbe ausgeschlagen haben, dabei, dass sie zur Bestattung öffentlich-rechtlich verpflichtet sind.⁴¹ Bei der Entscheidung, ob ein Erbe ausgeschlagen werden soll, ist zudem zu beachten, dass sich die Pflicht zur Tragung der Bestattungskosten neben § 1968 BGB auch aus § 1615 Abs. 2 BGB (für Unterhaltsverpflichtete) ergeben kann, sodass auch in Fällen, in denen kein Nachlass vorhanden ist und der Fiskus schließlich erbt, ein Rückgriff auf die Angehörigen möglich bleibt.⁴²

Angehörige, die nicht Erben sein wollen, können sich auch – etwa im Rahmen einer vom Notar zu beglaubigenden Ausschlagung (§ 1945 BGB) – an diesen mit der Frage wenden, ob die Organisation der Bestattung oder die Übernahme der entsprechenden Kosten als konkludente Annahme des Erbes nach § 1943 BGB anzusehen sein könnten, sodass eine Ausschlagung nicht mehr möglich ist oder die Annahme zumindest angefochten werden sollte. In der Literatur wird dies für die Übernahme der

40 Ob daneben dem privatrechtlichen Recht zur Totenfürsorge auch eine privatrechtliche Pflicht entspricht, hat der BGH jüngst offen gelassen, BGH, Urte. v. 17.11.2011 – III ZR 53/11, ZEV 2012, 556, Rn. 12. Jedenfalls hat der Erstattungsanspruch eines öffentlich-rechtlichen Trägers gegenüber dem Erben zivilrechtlichen Charakter, sodass die ordentlichen Gerichte zuständig sind, BGH vom 26.11.2015 – III ZB 62/14, FamRZ 2016, 301 = BeckRS 2015, 20626.

41 *Grziwotz*, MittbayNot 2012, 333.

42 Vgl. etwa den Fall von LG Dortmund, Urte. v. 20.12.1995 – 21 S 171/95, NJW-RR 1996, 775; hierauf weist *Grziwotz*, MittbayNot 2012, 333 hin. Zu der Verpflichtung nach § 1615 Abs. 2 BGB siehe noch unten IV 1.

Kosten abgelehnt.⁴³ Auch die Organisation der Beerdigung dürfte keine Annahme des Erbes sein, da dies ein Geschäft der Angehörigen ist, nicht des Erben und der Organisator daher dadurch nicht zum Ausdruck bringt, Erbe sein zu wollen. Dem Notar ist freilich bei solchen Fragen, wie stets bei der Beurteilung von Einzelfällen, zur Vorsicht und Zurückhaltung zu raten. Eine vorsorgliche Anfechtung der Annahme kann gegebenenfalls den sichersten Weg darstellen.

▶ IV. Die Kosten der Bestattung

1. Wer ist Kostenpflichtiger?

§ 1968 BGB bestimmt, dass der Erbe die Kosten der Beerdigung trägt. Im Verhältnis von Vor- und Nacherbe treffen die Beerdigungskosten den Nacherben (§ 2126 BGB).⁴⁴

Daneben bestimmt das Gesetz weitere subsidiäre Kostenschuldner, die aufgrund von Unterhaltsrecht für die Bestattungskosten haften. Sofern die Bezahlung von Beerdigungskosten vom Erben nicht zu erlangen sind, haften hierfür auch zum Unterhalt verpflichtete Verwandte nach § 1615 Abs. 2 BGB. Auf diese Norm wird verwiesen für Ehegatten (§ 1360a Abs. 3 i.V.m. § 1615 Abs. 2 BGB, auch bei Getrenntleben, § 1361 Abs. 4 S. 4 BGB) und Beschenkte, die wegen Verarmung des Schenkers diesem Unterhalt schuldeten (§ 528 Abs. 1 S. 3 BGB); eine fast wortgleiche Formulierung verpflichtet ferner den Vater eines nicht-ehelichen Kindes (§ 1615m BGB, betreffend die Bestattungskosten der Mutter).

Eine vertragliche Pflicht zur Kostentragung kann sich aus einem Versicherungsvertrag ergeben, aber auch ein Hofübergabevertrag kann eine entsprechende Pflicht beinhalten, insbesondere wenn das Leibgeding die vollständige Versorgung des Übergebers sicherstellen sollte.⁴⁵

Im Delikts- und Sonderdeliktsrecht sind zudem Regelungen enthalten, denen zufolge für einen Tod im weitesten Sinn Verantwortliche im Rahmen von Schadensersatzansprüchen auch die Kosten einer standesgemäßen Bestattung bezahlen müssen.⁴⁶

43 Walter, ZEV 2018, 319, 319; Palandt/Weidlich, 77. A. 2018, § 1943 Rn. 2.; Roth, NJW-Spezial 2017, 167; Siegmann/Höger, BeckOK BGB, 54. Ed. 2020, § 1968 Rn. 8.
44 Lieder, in: MüKoBGB, 8. A. 2020, § 2126 Rn. 3, Palandt/Weidlich, 77. A. 2018, § 2126 BGB Rn. 1.
45 Fritz, BWNNotZ 1992, 137, 141, Palandt/Weidlich, 77. A. 2018, § 1968 Rn. 3.
46 § 844 Abs. 1 BGB, § 10 StVG, § 5 HaftPflG, § 35 LuftVG, § 28 AtG, § 86 AMG, § 7 ProdHaftG, § 12 UmweltsHG. § 844 Abs. 1 sowie Abs. 1 S. 2 der weiteren genannten Normen lauten jeweils (fast) wortgleich: "Der Ersatzpflichtige hat außerdem die Kosten der Beerdigung demjenigen zu ersetzen, dem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen."

Schließlich ist es laut BGH möglich, dass auch der Totenfürsorgeberechtigte (und Verpflichtete) nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag zum Ersatz von Bestattungskosten herangezogen wird, auch wenn er nicht Erbe wird.⁴⁷ Nicht restlos geklärt ist dabei jedoch bisher, ob sich der Geschäftsherr (mangels abweichender Bestimmung des Erben) stets nach dem Bestattungsrecht der Länder bestimmt.⁴⁸

Anspruchsberechtigter ist derjenige, der die Kosten zunächst getragen hat – praktisch regelmäßig also die Angehörigen,⁴⁹ die den entsprechenden Vertrag mit dem Bestattungsinstitut schließen und die vertraglichen Verpflichtungen entweder selbst erfüllt haben oder von der noch nicht beglichene Zahlungsschuld freigestellt werden möchten. Kein direkter Anspruch z.B. gegen den Erben besteht dagegen für den Bestattungsunternehmer selbst, der aufgrund seines Auftrags tätig wird und sich daher nur an seinen Vertragspartner halten kann.⁵⁰

Für das Verhältnis der aus den vorgenannten Rechtsgründen Verpflichteten untereinander gilt: Die Haftung der Unterhaltsverpflichteten wird nur relevant, wenn die Kosten vom Erben nicht zu erlangen sind (etwa, weil der Fiskus Erbe geworden und kein Vermögen vorhanden ist⁵¹). In diesem Fall kann auch der Erbe selbst – wenn er aus eigenem Vermögen Aufwendungen für die Bestattung getätigt hat, die den Wert des Nachlasses übersteigen – bei den subsidiär gesetzlich Verpflichteten Ersatz seiner Kosten verlangen.⁵² Reicht der Nachlass dagegen aus, steht den nur subsidiär Verpflichteten ein Ersatzanspruch gegen den Erben zu.⁵³ Nach Deliktsrecht Verpflichtete sind den nach Erb- und Unterhaltsrecht Verpflichteten zum Ersatz ihrer Kosten verpflichtet.⁵⁴ Ob und inwieweit der vertraglich Verpflichtete vorrangig vor den übrigen Verpflichteten die Kosten tragen soll, ergibt sich aus der Auslegung des jeweiligen Vertrags.

47 BGH Beschl. v. 14.12.2011 – IV ZR 132/11, ZEV 2012, 559; BGHZ 191, 325 = ZEV 2012, 556; Karczewski, ZEV 2017, 129, 130 f.; Gutzeit/Vrban, NJW 2012, 1630; s.a. Reetz, FamFR 2010, 79, 81.

48 In diesem Sinne der III. Senat des BGH, Urte. v. 17.11.2011 – III ZR 53/11, ZEV 2012, 556; der IV. Senat stellte dagegen in einem Fall, in dem ein entgegenstehender Wille des Verstorbenen erkennbar war, (richtigerweise) auf diesen ab, nicht auf das Bestattungsgesetz des Landes: BGH Beschl. v. 14.12.2011 – IV ZR 132/11, ZEV 2012, 559; kritisch dazu Gutzeit/Vrban, NJW 2012, 1630.

49 Den gleichen Anspruch hat allerdings auch die Behörde, sofern sie nach § 31 Abs. 2 BestattungsgG BW tätig wird und selbst die Bestattung – auf Kosten der Bestattungspflichtigen – vornimmt.

50 Vertiefend (mit verschiedenen Fallkonstellationen, u.a. auch Nachlassinsolvenz) Fritz, BWNNotZ 1992, 137, 141 ff. unter Rückgriff auf Berger, Die Erstattung der Beerdigungskosten, Diss. Köln 1968.

51 LG Dortmund, Urte. v. 20.12.1995 – 21 S 171/95, NJW-RR 1996, 775.

52 Fritz, BWNNotZ 1992, 137, 140. Richtigerweise muss der Anspruch des Erben gegen die subsidiär gesetzlich Verpflichteten auf die Kosten beschränkt sein, die sich nicht durch den Nachlass decken lassen.

53 Fritz, BWNNotZ 1992, 137, 140.

54 Wagner, in: MüKoBGB, 7. A. 2018, § 844 Rn. 18.

Jedenfalls bei einem Versicherungsvertrag, regelmäßig aber auch bei einem Leibgeding wird die Auslegung die vorrangige Verpflichtung vor nach Erbrecht oder Unterhaltsrecht Verpflichteten ergeben. Eine Erstattungspflicht gegenüber nach Deliktsrecht Verpflichteten wird dagegen nicht angenommen; umgekehrt sollen vertraglich Verpflichtete zum Regress nach § 844 BGB berechtigt sein.⁵⁵

Kann den zur Tragung Verpflichteten nicht zugemutet werden, die Kosten zu tragen, werden die Kosten nach Sozialrecht übernommen (§ 74 SGB XII). Zu den auf diese Weise Entlasteten zählen neben den gesetzlich Verpflichteten auch durch Verträge (etwa Heimverträge oder Anteilverträge) Verpflichtete,⁵⁶ nicht aber nicht Bestattungspflichtige, die lediglich mit dem Bestatter einen Vertrag über die Bestattung geschlossen haben.⁵⁷ Deliktisch Verpflichtete werden dagegen nicht entlastet, vielmehr kann der Sozialhilfeträger selbst gem. § 116 SGB X beim Schädiger Regress nehmen.

2. Welche Kosten muss der Erbe tragen?

Ausgangspunkt für den Umfang der Kosten der Bestattung ist die sogenannte "standesmäßige Beerdigung". Dass das Adjektiv "standesmäßig" aus dem Gesetzeswortlaut des § 1968 BGB herausgefallen ist, spielt für dessen Auslegung keine Rolle.⁵⁸ Für die Auslegung des Umfangs kommt es auf die Lebensstellung des Verstorbenen an, d.h. insbesondere seine gesellschaftliche Stellung, seinen Beruf, seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie die örtlichen Sitten und Gebräuche.⁵⁹ Die Verhältnisse der Angehörigen oder deren Verhältnis zum Verstorbenen sind dagegen nicht entscheidend.⁶⁰ Die Kosten der "standesmäßigen Beerdigung" sind neben der Kostentragung des Erben auch relevant für die anderer Verpflichteter, etwa nach Deliktsrecht⁶¹ oder Unterhaltsrecht⁶²; ferner im Insolvenzrecht.⁶³

Der Erblasser kann den Umfang der Kostentragungspflicht des Erben auch erweitern, muss dies aber durch Auflagen (§ 1940 BGB) tun.⁶⁴ Bloße Wünsche des Erblassers, etwa ein Grabstein für ein Doppelgrab, die nicht als Auflage an den Erben formuliert sind, erweitern die Kostentragungspflicht des Erben nicht.⁶⁵ Stehen Auflagen des Erblassers im Testament nicht außer Verhältnis zum Nachlass, können entsprechende Verfügungen auch für die Bestimmung des Umfangs deliktischer Ansprüche relevant sein.⁶⁶

Zu übernehmen sind nur tatsächlich angefallene Kosten, sodass bei einer Beerdigung unter den Verhältnissen des Erblassers der Erbe auch nur für die entsprechend niedriger angefallenen Kosten haftet. Wünscht der Erblasser zwar eine bescheidene Bestattung, halten sich die Angehörigen aber nicht an diese Vorgabe und organisieren eine standesmäßige Bestattung, sollte man den Erben nicht als verpflichtet ansehen, die vollen Kosten zu tragen; dies ist unabhängig davon, ob entsprechende Vorgaben als Auflage formuliert sind oder nicht.

Zu den regelmäßig vom Erben zu tragenden Kosten gehören:

- die Kosten der eigentlichen Bestattung, d.h. Kosten für den Sarg, Friedhofs- und Totengräberkosten, Kosten für Geistliche (und auch Mehrkosten für eine etwaige Feuerbestattung)⁶⁷)
- Kosten für Leichenschau, Leichenbesorgung (Herrichten der Leiche) und Transport der Leiche⁶⁸
- Kosten für die Erstherrichtung des Grabes (inkl. Grabstein und Grabschmuck)⁶⁹
- Kosten für Traueranzeigen und Danksagungen,⁷⁰ religiöse und weltliche Feierlichkeiten (Leichenschmaus)⁷¹

55 Staudinger/Röthel, 2015, § 844 Rn. 48; Palandt/Sprau, 77. A. 2018, § 844 Rn. 4, Wagner, in: MüKoBGB, 7. A. 2018, § 844 Rn. 18).

56 Berlit, in: LPK-SGB XII, 11. A. 2018, § 74 Rn. 4.

57 LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 25.04.2013, L 7 SO 5656/11.

58 Palandt/Weidlich, 77. A. 2018, § 1968 Rn. 2.

59 Fritz, BWNNotZ 1992, 137, 146.

60 Fritz, BWNNotZ 1992, 137, 146.

61 Vgl. nur zu § 844 BGB Palandt/Sprau, 77. A. 2018, § 844 Rn. 4.

62 So im Ergebnis § 1610 BGB (die Verhältnisse des Verstorbenen bestimmen den Umfang der Kosten, vgl. auch Reinken, BeckOK-BGB, 53. Ed. Stand 01.02.2020, § 1615 Rn. 3).

63 § 324 Abs. 1 Nr. 2 InsO (entspricht insoweit dem früheren § 224 KO) rechnet die Kosten der Beerdigung des Erblassers bei der Nachlassinsolvenz zu den Masseverbindlichkeiten; die Norm ist an § 1968 BGB orientiert und umfasst die "Kosten einer würdigen und angemessenen Bestattung", vgl. Graf-Schlicker/Busch, InsO, 5. A. 2020, § 324 Rn. 4 für die wohl h.M. zu § 324 InsO, deutlich strenger (nur Kosten einer einfachen Beerdigung nach § 74 SGB XII als Ausgangspunkt) dagegen Jaeger/Windel, InsO, 2020, § 324 Rn. 9.

64 OLG Saarbrücken Urt. v. 15.07.2009 – 5 U 472/08, BeckRS 2009, 26915; Staudinger/Kunz, 2020, § 1968 Rn. 24 ff.

65 OLG Saarbrücken Urt. v. 15.07.2009 – 5 U 472/08, BeckRS 2009, 26915; die Kosten eines Doppelgrabes gehören nicht zum Umfang der vom Erben zu tragenden Kosten, BGH, Urt. v. 20.09.1973 - III ZR 148/71, NJW 1973, 2103.

66 Wagner, in: MüKoBGB, 7. A. 2018, § 844 Rn. 20.

67 Küpper, in: MüKoBGB, 8. A. 2020, § 1968 Rn. 4; Jaeger/Windel, InsO, 2020, § 324 Rn. 10.

68 Küpper, in: MüKoBGB, 8. A. 2020, § 1968 Rn. 4; BGH, Urt. v. 19.02.1960 - VI ZR 30/59, NJW 1960, 910; OLG Bremen, Beschl. v. 25.05.2007 - 2 U 77/06, NJW-RR 2008, 765 (auch bei Überführung eines Toten in sein Heimatland).

69 Küpper, in: MüKoBGB, 8. A. 2020, § 1968 Rn. 4; OLG Düsseldorf v. 14.06.1961 1 W 84/61, MDR 1961, 940.

70 Küpper, in: MüKoBGB, 8. A. 2020, § 1968 Rn. 4; OLG München, Urt. v. 25.05.2011 - 20 U 2853/08, NJW-Spezial 2011, 391; OLG Düsseldorf v. 14.06.1961, 1 W 84/61, MDR 1961, 940.

71 AG Grimma, Urt. v. 09.04.1997 - 1 C 18/97, NJW-RR 1997, 1027; Küpper, in: MüKoBGB, 8. A. 2020, § 1968 Rn. 4; Lohmann, in: BeckOK, 54. Ed. 2020, § 1968 BGB Rn. 5; Staudinger/Kunz, 2020, § 1968 Rn. 21; generell verneinend Jaeger/Windel, InsO, 2020, § 324 Rn. 10.

Zu tragen sind bei besonderen Umständen auch Kosten für eine Exhumierung und Umbettung⁷² sowie Kosten für eine leere Grabstätte und ggf. Gedenkfeier, falls kein Leichnam beigesetzt werden kann (z.B. bei Verschollenen, analog § 1968 BGB).⁷³

Umstritten ist, ob der Erbe auch zur Tragung der folgenden Kosten verpflichtet ist:

- Kosten für Trauerkleidung und einen Verdienstausschlag der Angehörigen. Beide Positionen werden v.a. deswegen als streitig dargestellt bzw. teilweise auch bejaht, weil das OLG Hamm in einem Urteil von 1956 beide zu den Beerdigungskosten gerechnet hat bzw. dies als ständige Rechtsprechung bezeichnet hat⁷⁴ (bereits damals so nicht zutreffend⁷⁵). Darin liegt jedoch eine Überdehnung des § 1968 BGB, die so auch von der Literatur seitdem fast durchgängig abgelehnt wird⁷⁶ und in der Rechtsprechung keine Wiederholung gefunden hat. Ebenso wenig besteht eine Ersatzpflicht für die Kosten der Anreise der Angehörigen⁷⁷ (wenn nicht im Einzelfall eine öffentlich-rechtliche Pflicht der Angehörigen zur Teilnahme an der Bestattung bestand⁷⁸).
- laufende Kosten der Grabpflege nach der Erstherrichtung des Grabes. Die überwiegende Meinung lehnt eine Kostentragungspflicht ab,⁷⁹ während eine Gegenauffassung dies unbillig findet.⁸⁰ Zwar kann die Gegenansicht für sich in Anspruch nehmen, wertungsmäßig

im Einklang mit § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG zu stehen, demzufolge der Erblasser ihm entstehende Grabpflegekosten als Nachlassverbindlichkeit abziehen kann. Doch folgt aus der steuerrechtlichen Norm noch nicht, dass die Kosten tatsächlich auch zivilrechtlich vom Erben zu tragen sind.⁸¹ Die Grabpflege rechnet schon sprachlich nicht zur eigentlichen Bestattung und führt auch zu Problemen der zeitnahen Berechnung des Nachlasses. Eine Kostentragungspflicht ist daher mit der h.M. abzulehnen.

3. Welche Kosten sind bei der Pflichtteilsberechnung zu berücksichtigen?

Macht ein Pflichtteilsberechtigter Ansprüche geltend, werden immer häufiger auch Notare mit der Erstellung eines Nachlassverzeichnisses beauftragt. Bei diesem sind von den Aktiva des Nachlasses die Erblasser- und die Erbfallverbindlichkeiten abzuziehen. Zu letzteren rechnen auch die vom Erben zu tragenden Bestattungskosten, d.h. in jedem Fall die angefallenen Kosten einer standesgemäßen Bestattung. Davon umfasst sind insbesondere auch die Kosten für eine Traueranzeige, auch dann, wenn der Name des Pflichtteilsberechtigten dort nicht genannt ist; ausreichend ist, wenn der Name des Erblassers genannt ist.⁸²

Kosten, die der Erbe darüber hinaus übernimmt, sind für die Berechnung des Pflichtteils dagegen nicht relevant. Dies gilt zum einen für Kosten der Bestattung, die der Erbe freiwillig in einer Höhe übernommen hat, die über das "standesmäßige" Maß hinausgehen, denn gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten abzugsfähige Nachlassverbindlichkeiten kann der Erbe nur in ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses begründen.⁸³ Auch Grabpflegekosten können nicht gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten in Abzug gebracht werden,⁸⁴ nicht einmal dann, wenn der Erblasser sie dem Erben als Auflage auferlegt hat. Hier bleibt es bei der allgemeinen Regel, dass Auflagen oder Vermächtnisse bei der Berechnung des Pflichtteils außer Acht zu bleiben haben; andernfalls könnte der Erblasser auf diese Weise den Pflichtteil schmälern.⁸⁵

72 BGH, Ur. v. 26.10.1977 – IV ZR 151/76, FamRZ 1978, 15 (Umbettung, um Willen des Erblassers zu entsprechen); OLG Karlsruhe, Ur. v. 19.11.1953 - 5 U 112/53, NJW 1954, 720 (gewichtige Pietätsgründe); OLG München, Ur. v. 28.09.1973 - 19 U 1932/73, NJW 1974, 703 (Umbettung bei Auflösung des Friedhofs sechs Jahre nach Bestattung).

73 Fritz, BWNotZ 1992, 137, 145.

74 OLG Hamm v. 25.11.1955 9 U 214/55, DAR 1956, 217; ebenso Palandt/Weidlich, 77. A. 2018, § 1968 BGB Rn. 2 (für Trauerkleidung).

75 Vgl. für weitere Nachweise die Darstellung der früheren Entwicklung der Rechtsprechung bei Fritz, BWNotZ 1992, 137, 145.

76 So auch Lohmann, BeckOK, 54. Ed. 2020, § 1968 BGB Rn. 5 ("mittlerweile überholt"); Küpper, in: MüKoBGB, 8. A. 2020, § 1968 Rn. 4; Fritz, BWNotZ 1992, 137, 145; sehr restriktiv auch Staudinger/Kunz, 2020, § 1968 Rn. 19: nur in wirtschaftlichen Notlagen, wenn ein Mieten von Trauerkleidung nicht möglich ist und nur unter Abzug des verbleibenden Gebrauchswerts.

77 BGH, Ur. v. 19.02.1960 - VI ZR 30/59, NJW 1960, 910; AG Hamburg, Ur. v. 09.01.2008 - 7c C 13/07, BeckRS 2008, 19733, Palandt/Weidlich, 77. A. 2018, § 1968 BGB Rn. 2.

78 OLG Karlsruhe v. 13.08.1969 7 U 2/69, MDR 1970, 48.

79 Küpper, in: MüKoBGB, 8. A. 2020, § 1968 Rn. 4; BGH, Ur. v. 20.09.1973 - III ZR 148/71, NJW 1973, 2103, 2104; OLG Schleswig, Ur. v. 06.10.2009 - 3 U 98/08, ZEV 2010, 196 m. zust. Anm. Schreiber; OLG Oldenburg, Ur. v. 28.01.1992 - 5 U 96/91, DNotZ 1993, 135; OLG Köln, Beschl. v. 21.11.2014 - 20 W 94/13, ZEV 2015, 355; OLG Düsseldorf, Ur. v. 15.11.1996 - 14 U 25/96, r+s 1997, 159, 160; OLG Düsseldorf, Ur. v. 12.02.2016 - I-7 U 3/15, BeckRS 2016, 126576; OLG München, Ur. v. 27.02.2008 - 3 U 2427/07, BeckRS 2008, 4991; Märker, MDR 1992, 217.

80 LG Heidelberg, Ur. v. 31. 5. 2011 - 5 O 306/09, ZEV 2011, 583, 584 (bei öffentlich-rechtlicher Pflicht des Totenfürsorgeberechtigten); AG Neuruppin, Ur. v. 17. 11. 2006 - 42 C 32405, ZEV 2007, 597 (Pflege für Mindestruhezeit); ebenso Damrau, ZEV 2004, 456; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 47 III 2 (Pflege für ein Jahr ab Erbfall).

81 OLG Schleswig, Ur. v. 06.10.2009 - 3 U 98/08, ZEV 2010, 196 m. zust. Anm. Schreiber.

82 OLG München, Ur. v. 25.05.2011 - 20 U 2853/08, NJW-Spezial 2011, 391.

83 Staudinger/Kunz, 2020, § 1968 BGB Rn. 30; ähnlich zu freiwillig übernommene Grabpflegekosten Damrau, ZEV 2004, 456 (die Damrau in angemessenem Umfang für Nachlassverbindlichkeiten hält).

84 OLG Oldenburg, Ur. v. 28.01.1992 - 5 U 96/91, DNotZ 1993, 135; aA ("Grabpflegekosten sind Nachlassverbindlichkeiten") Damrau, ZEV 2004, 456.

85 OLG Düsseldorf (7. Zivilsenat), Ur. v. 12.02.2016 - I-7 U 3/15, ZErB 2018, 104, Rz. 26 f.

4. Welche Kosten werden nach Sozialrecht erstattet?

§ 74 SGB XII ersetzt der zuständige Sozialhilfeträger die "erforderlichen Kosten" der Bestattung, wenn diese den hierzu Verpflichteten nicht zugemutet werden können. Bei der Zumutbarkeit kommt es dabei stets auf die Verhältnisse des Verpflichteten (in der Regel des Erben), nicht des Nachlasses an.⁸⁶

Bei der Aufschlüsselung nach Kostenposten gewährt das Bundessozialgericht nur diejenigen Kosten, die final auf die Bestattung selbst ausgerichtet sind;⁸⁷ dies entspricht den ersten drei Spiegelstrichen bei der obigen Aufzählung der Kosten, die der Erbe zu tragen hat. Insbesondere nicht ersetzt werden also Kosten, die nur anlässlich der Beerdigung entstehen, etwa Kosten für eine Todesanzeige, Danksagungen oder die angezeigten kirchlichen oder bürgerlichen Feierlichkeiten⁸⁸ und Aufwendungen von Angehörigen (Anreise, Trauerkleidung), Abmeldung bei der Krankenkasse, Beurkundung des Sterbefalls sowie

die Verlängerung des Grabrechts oder Grabpflegekosten.⁸⁹ Erstattet werden dabei jeweils die "erforderlichen Kosten", die üblicherweise für eine einfache, der Würde eines Verstorbenen entsprechende Bestattung anfallen.⁹⁰ Die Kosten für eine standesmäßige Beerdigung nach § 1968 BGB werden dagegen nicht nach § 74 SGB XII erstattet.⁹¹

V. Fazit

In verschiedenen Situationen kann es zu Berührungspunkten mit den Rechtsregeln zur Bestattung kommen, auch wenn diese nicht zum Kernbereich notarieller Beratung gehören. Es ist dabei stets hilfreich, sich vor Augen zu führen, dass das Recht zur Bestattung und die Pflicht zur Tragung der entsprechenden Kosten durchaus auseinanderfallen können.

⁸⁶ OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 30.10.1997, 8 A 3515/95, Rz. 20 f.

⁸⁷ *Berlit*, in: LPK-SGB XII, 11. A. 2018, § 74 Rn. 17 f.

⁸⁸ *Berlit*, in: LPK-SGB XII, 11. A. 2018, § 74 Rn. 18.

⁸⁹ *Berlit*, in: LPK-SGB XII, 11. A. 2018, § 74 Rn. 20.

⁹⁰ *Berlit*, in: LPK-SGB XII, 11. A. 2018, § 74 Rn. 16.

⁹¹ *Berlit*, in: LPK-SGB XII, 11. A. 2018, § 74 Rn. 16.

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

Notarielle Pflicht zur Klärung der Verbrauchereigenschaft eines Urkundsbeteiligten

BGB § 13, § 14; BNotO § 19 Abs. 1 S. 1; BeurkG § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2

Amtliche Leitsätze:

1. Der Notar muss, wenn er um Beurkundung einer auf einen Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung ersucht wird, klären, ob es sich um einen Verbrauchervertrag im Sinne des § 17 Abs. 2a BeurkG handelt, sofern der Status des Urkundsbeteiligten nicht offensichtlich ist (Rn. 14).
2. Verbleiben hiernach Zweifel an der Verbrauchereigenschaft des Urkundsbeteiligten, muss der Notar den sichersten Weg wählen und den Beteiligten wie einen Verbraucher behandeln. Auf die Einhaltung der Wartefrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG ist auch in diesem Fall hinzuwirken. (Rn. 14)

**BGH (III. Zivilsenat),
Urteil vom 28.05.2020 – III ZR 58/19**

I. Tatbestand:

1 Der Kläger nimmt den Beklagten wegen notarieller Amtspflichtverletzung auf Schadensersatz in Anspruch.
 2 Der Kläger – ein angestellter Pharmavertreter – kaufte mit von dem Beklagten am 12. November 2010 beurkundetem Vertrag vier in einem Mehrfamilienhaus in P. belegene, teilweise vermietete Eigentumswohnungen zum Kaufpreis von insgesamt 140.000 €. Diese und drei weitere Wohnungen in dem Objekt hatten die Verkäufer ihrerseits in der Zwangsversteigerung zum Gesamtpreis von 54.000 € erworben. Das Geschäft hatte dem Kläger der Zeuge H. -G. K. – mit dem er damals noch befreundet war – vermittelt und als gute Kapitalanlage angepriesen. Darüber hinaus hatte K. ihm für den Fall des Ankaufs die Zahlung von 20.000 € in Aussicht gestellt. Einen Vertragsentwurf hatte der Kläger vor dem Beurkundungstermin nicht erhalten. Der Beklagte beurkundete den Vertrag, ohne dies geklärt und auf die Einhaltung der Wartefrist hingewirkt zu haben.

3 Zur Finanzierung des Vorhabens schloss der Kläger zwei Darlehensverträge über 109.600€ und über 29.900€. Den letztgenannten Betrag vereinnahmte er selbst.

4 Im Sommer 2013 erklärte der Kläger, der die Wohnungen vor der Beurkundung nicht mehr hatte besichtigen können und mittlerweile festgestellt hatte, dass weder eine Renovierung stattgefunden hatte noch die Mieteinnahmen die Erwartungen erreichten, die Anfechtung seiner Vertragserklärung gegenüber den Verkäufern und nahm diese in einem Vorprozess erfolglos auf Rückabwicklung in Anspruch. Im vorliegenden Verfahren verlangt er von dem Beklagten Schadensersatz unter dem Vorwurf, den Vertrag beurkundet zu haben, obwohl die zu seinem Schutz als Verbraucher bestehende Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG (a.F.) noch nicht abgelaufen gewesen sei. Bei Einhaltung der gesetzlichen Wartefrist hätte er die Zeit genutzt, um anwaltlichen Rat einzuholen. Den Vertrag hätte er dann nicht mehr abgeschlossen.

5 Der Beklagte ist dem entgegengetreten. Der Kläger habe die Eigentumswohnungen zu gewerblichen Zwecken erworben, weswegen er nicht gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG zu belehren gewesen sei. Aber selbst wenn der Kläger Verbraucher gewesen wäre, hätte er bei Einhaltung der Wartefrist den Vertrag genauso, wie von ihm beurkundet, abgeschlossen.

6 Das Landgericht hat die Klage nach Anhörung des Klägers sowie Vernehmung von Zeugen abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Schadensersatzanspruch weiter.

II. Aus den Gründen:

7 Die zulässige Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

8 Das Oberlandesgericht hat – soweit im dritten Rechtzug noch von Bedeutung – seine Entscheidung wie folgt begründet:

9 Dem Kläger fehle bereits die Verbrauchereigenschaft, weshalb § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG nicht anwendbar

sei. Der vollfinanzierte Erwerb von vier Eigentumswohnungen sei nicht mehr im Rahmen privater Vermögensverwaltung, sondern in Ausübung einer gewerblichen Nebentätigkeit erfolgt. Es sei dem Kläger – anders als erstinstanzlich vorgetragen – nicht um eine Maßnahme zur Altersvorsorge gegangen. Er habe – persönlich vor dem Berufungssenat angehört – eingeräumt, dass das Geschäft so an ihn herangetragen worden sei, dass die Wohnungen nach Renovierung an bereits vorgemerkte Erwerber mit Gewinn von ca. 3.000 € hätten weiterverkauft werden sollen. Er habe „sozusagen eine Zwischenfinanzierung des Geschäfts“ vornehmen sollen. Aus der Finanzierung hätten dann die Renovierungskosten und die ihm versprochene Zahlung von 20.000 € bestritten werden sollen. Dieser Betrag habe sein Entgelt für die Übernahme der Finanzierung des Geschäfts sein sollen ebenso wie ein möglicher Erlös aus dem Weiterverkauf. Die Option, die Wohnungen nach Renovierung gegebenenfalls zu behalten, wenn sie gut vermietet seien, sei ihm erst später von dem Zeugen K. aufgezeigt worden.

10 Selbst wenn man von einem Verbrauchergeschäft ausginge, könne sich der Beklagte mit Erfolg darauf berufen, dass der Kläger die Beurkundung nach Ablauf der Regelfrist genauso, wie geschehen, hätte vornehmen lassen. Aus der Anhörung des Klägers habe sich ergeben, dass er sich vollumfänglich auf die Angaben des Zeugen K. verlassen habe, der ihm das Geschäft als „super Anlage in einer aufstrebenden Stadt“ angepriesen habe. Die Investition habe sich selbst tragen sollen. Der Zeuge K. habe dem Kläger hiernach außerdem erklärt, die Wohnungen hätten eine gehobene Ausstattung beziehungsweise würden hochwertig renoviert. Ohne die Wohnungen zu besichtigen und ohne sich näher für die Miethöhe zu interessieren, habe der Kläger den Kaufentschluss allein aufgrund der Angaben des Zeugen K. getroffen. Dass der Kläger die Überlegungsfrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG dazu genutzt hätte, den Vertragsentwurf durch einen Rechtsanwalt prüfen zu lassen, sei nicht wahrscheinlich. Zwar habe er angegeben, er hätte in jedem Fall anwaltlichen Rat eingeholt. Dagegen spreche jedoch sein überwiegend passives Verhalten. Auch nachdem dem Kläger – nachvertraglich – klar geworden sei, dass die Investition sich nicht tragen würde, habe er anwaltliche Hilfe zunächst nicht, sondern erstmals im Jahr 2013 in Anspruch genommen, obwohl der Schuldendienst für die Wohnung schon 2011 begonnen habe. Eine Vernehmung der Ehefrau des Klägers als Zeugin dazu, dass dieser darüber gesprochen habe, er hätte den Vertragsentwurf durch einen Rechtsanwalt prüfen lassen, sei nicht erforderlich gewesen. Der Berufungssenat gehe davon aus, dass der Kläger dies seiner Ehefrau gegenüber geäußert habe. Er

habe aber eingeräumt, dass solche Überlegungen nicht zeitnah zur notariellen Beurkundung angestellt worden seien, sondern dies erst erörtert worden sei, als er erkannt habe, dass die Zusagen nicht vollständig eingehalten würden. Noch im Februar/März 2011 sei er davon ausgegangen, „etwas Tolles“ gemacht zu haben. Des Weiteren habe er damals finanziellen Bedarf im Bereich seiner privaten Lebensführung gehabt.

11 Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich der vom Kläger geltend gemachte Schadensersatzanspruch gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO nicht ablehnen.

12 1. Der Beklagte verstieß gegen seine Amtspflichten als Notar, weil er es unterließ, den Sachverhalt in Bezug auf die Frage, ob der Kläger als Verbraucher handelte, zu klären. Bereits dann, wenn nach einer solchen Klärung Zweifel in Bezug auf die Verbrauchereigenschaft verblieben wären, hätte er gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG (in der damals maßgeblichen bis zum 30. September 2013 geltenden Fassung des OLG-Vertretungsänderungsgesetzes vom 23. Juli 2002 [BGBl. I S. 2850], a.F.) verfahren müssen. Hierzu sind bislang keine Feststellungen getroffen worden.

13 a) Gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a.F. soll der Notar bei Verbraucherverträgen darauf hinwirken, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen; bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BGB unterliegen, geschieht dies in der Regel dadurch, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt wird.

14 b) Der Notar muss, wenn er um Beurkundung einer auf einen Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung ersucht wird, klären, ob es sich um einen Verbrauchervertrag im Sinne des § 17 Abs. 2a BeurkG handelt, sofern der Status des Urkundsbeteiligten nicht offensichtlich ist (vgl. *Armbrüster* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 8. Aufl., § 17 Rn. 200 f; *BeckOGK/Regler* [Stand: 1. April 2020], § 17 BeurkG Rn. 153; *Winkler*, Beurkundungsgesetz, 19. Aufl., § 17 Rn. 99). Dazu muss er versuchen, den Zweck des Vertragsschlusses zu erkunden. Führt dies zu keinem eindeutigen Ergebnis, hat er, dem Gebot des sichersten Weges folgend, die Vorschriften zum Schutze des Verbrauchers – wie § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG – zu beachten (*Armbrüster* in *Armbrüster/Preuß/Renner* aaO Rn. 201; ders. in *Festschrift 25 Jahre Deutsches Notarinstitut*, S. 287, 296; *Regler* aaO; *Sorge*, *DNotZ* 2002, 593, 599).

15 c) Für eine solche Klärung hatte der Beklagte Anlass, da er allein aufgrund der Tatsache, dass der Kläger eine für ein durchschnittliches Privatgeschäft unübliche Anzahl von Wohnungen erwarb, nicht als offensichtlich annehmen durfte, dass kein Verbrauchergeschäft vorlag. Die Abgrenzung, ob ein Verbrauchervertrag – das heißt ein Vertrag zwischen einem Verbraucher (§ 13 BGB) und einem Unternehmer (§ 14 BGB) – oder ein Vertrag zwischen Unternehmern vorliegt, richtet sich vielmehr nach den folgenden Kriterien.

16 aa) Nach § 13 BGB (in der auf den Streitfall anwendbaren, bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung der Bekanntmachung der Neufassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 2. Januar 2002, BGBl. I S. 42) ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, wohingegen der Unternehmerbegriff in § 14 Abs. 1 BGB als das kontradiktorische Gegenteil des Verbraucherbegriffs ausgestaltet ist. Nach dem Wortlaut der Verbraucherdefinition in § 13 BGB ist die – objektiv zu bestimmende – Zweckrichtung des Rechtsgeschäfts entscheidend (Senat, Beschluss vom 24. Februar 2005 – III ZB 36/04, BGHZ 162, 253, 257; BGH, Urteile vom 18. Oktober 2017 – VIII ZR 32/16, NJW 2018, 150 Rn. 31 und vom 27. September 2017 – VIII ZR 271/16, NJW 2018, 146 Rn. 41 jew. mwN). Es kommt darauf an, ob das Verhalten der Sache nach dem privaten – dann Verbraucherhandeln – oder dem gewerblich-beruflichen Bereich – dann unternehmerisches Handeln – zuzuordnen ist (Senat aaO). Dabei fällt auch eine nebenberufliche Tätigkeit unter den Unternehmerbegriff des § 14 BGB (OLG Celle, NJW-RR 2004, 1645, 1646; Erman/Saenger, BGB, 15. Aufl., § 13 Rn. 14; Martinek/Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK, 8. Aufl., § 14 Rn. 21).

17 Für die Abgrenzung maßgeblich sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalls, insbesondere das Verhalten der Vertragsparteien (BGH aaO). Abzustellen ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses beziehungsweise der Abgabe der auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts gerichteten Willenserklärung (vgl. MüKoBGB/Micklitz, 8. Aufl., § 13 Rn. 36 f; Erman/Saenger aaO Rn. 19).

18 bb) Unter einer gewerblichen Tätigkeit versteht man ein planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt unter Teilnahme am Wettbewerb (zB BGH, Urteile vom 27. September 2017 aaO Rn. 40; vom 29. März 2006 – VIII ZR 173/05, BGHZ 167, 40 Rn. 14 und vom 23. Oktober 2001 – XI ZR 63/01, BGHZ 149, 80, 86). Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich (BGH, Urteil vom 27. September 2017 aaO). Dabei setzt ein solchermaßen

planvolles Handeln einen gewissen organisatorischen Mindestaufwand voraus (Micklitz aaO § 14 Rn. 20; Martinek aaO Rn. 13).

19 Die hier in Rede stehende Verwaltung eigenen Vermögens stellt hingegen regelmäßig keine gewerbliche Tätigkeit dar, sondern ist dem privaten Bereich zuzuordnen (zB BGH, Urteile vom 3. März 2020 – XI ZR 461/18, WM 2020, 781 Rn. 12; vom 20. Februar 2018 – XI ZR 445/17, WM 2018, 782 Rn. 21 und vom 23. Oktober 2001 aaO S. 86 f; jew. mwN). Dazu gehört auch der Erwerb oder die Verwaltung einer Immobilie (BGH jew. aaO). Die Höhe der verwalteten Werte ist ebenso wenig maßgeblich wie der Umfang der Fremdfinanzierung, die beim Immobilienerwerb regelmäßig zur ordnungsgemäßen Verwaltung gehören kann (BGH, Urteile vom 3. März 2020 aaO Rn. 13; vom 20. Februar 2018 aaO Rn. 21 f und vom 23. Oktober 2001 aaO). Die Aufnahme von Fremdmitteln lässt daher für sich genommen nicht auf ein Gewerbe schließen (BGH, Urteile vom 3. März 2020 aaO Rn. 12; vom 20. Februar 2018 aaO; vom 23. Oktober 2001 aaO und vom 23. September 1992 – IV ZR 196/91, BGHZ 119, 252, 256; Armbrüster in Festschrift 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 287, 296).

20 Ausschlaggebende Kriterien für die Abgrenzung der privaten von der berufsmäßig betriebenen Vermögensverwaltung sind vielmehr der Umfang, die Komplexität und die Anzahl der damit verbundenen Vorgänge (BGH, Urteile vom 3. März 2020 aaO Rn. 13 und vom 20. Februar 2018 aaO Rn. 21 f). Erfordern diese einen planmäßigen Geschäftsbetrieb – wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation – so liegt eine gewerbliche Betätigung vor (zB BGH, Urteile vom 3. März 2020 aaO Rn. 12; vom 20. Februar 2018 aaO Rn. 21; vom 23. Oktober 2001 aaO; vom 23. September 1992 aaO S. 256 f und vom 25. April 1988 – II ZR 185/87, BGHZ 104, 205, 208). Ob der mit der Vermögensverwaltung verbundene organisatorische und zeitliche Aufwand das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebes vermittelt, ist eine Frage des Einzelfalls (BGH, Urteile vom 3. März 2020 aaO Rn. 13; vom 20. Februar 2018 aaO Rn. 22 und vom 23. Oktober 2001 aaO). Die Anzahl der erworbenen Immobilien ist für sich betrachtet nicht maßgeblich (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2001 aaO S. 86 f).

21 Auch der Weiterverkauf erworbenen Grundbesitzes fällt grundsätzlich in den Bereich privater Vermögensverwaltung; ein unternehmerischer Grundstückshandel kommt erst dann in Betracht, wenn ein bestimmtes Maß überschritten wird (Struck, MittBayNot 2003, 259, 262; vgl. auch Armbrüster aaO S. 295). Ob ein bei Erwerb einer oder mehrerer Immobilien bereits geplanter oder potentiell in Betracht gezogener Verkauf – im Gegensatz zur Vermietung – einen gewerbsmäßigen Grundstücks-

handel darstellen kann, beurteilt sich ebenfalls nach den Umständen des Einzelfalls und insoweit vor allem nach dem erforderlichen Aufwand und der Notwendigkeit einer geschäftsmäßigen Organisation.

22 cc) Auf die Beurteilung des Gewerbebegriffs in anderen Rechtsgebieten kann demgegenüber nicht zurückgegriffen werden.

23 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und anderer oberster Gerichtshöfe des Bundes ist er vielmehr für jedes Gesetz selbständig nach Inhalt und Zweck der jeweiligen Vorschrift und unabhängig von dem Verständnis des Begriffs in anderen Rechtsgebieten zu bestimmen (BGH, Urteile vom 16. März 2000 – VII ZR 324/99, BGHZ 144, 86, 88 und vom 7. Juli 1960 – VIII ZR 215/59, BGHZ 33, 321, 327; BSG, NJW 1997, 1659, 1660; BVerwG, NJW 1977, 772 f; BFHE 104, 321, 323; BVerfGE 25, 28, 35).

24 Insbesondere können entgegen der Ansicht des Beklagten die zu § 15 EStG und § 2 GewStG entwickelten Maßstäbe nicht auf die Abgrenzung zwischen Verbraucher und Unternehmer im Sinne der §§ 13, 14 BGB beziehungsweise des auf dieser Unterscheidung beruhenden § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG übertragen werden (ähnlich LG Kleve, Beschluss vom 25. August 2014- 4 OH 2/14, juris Rn. 12, insoweit nicht abgedruckt in NotBZ 2015, 359 f; Bode in Blümich, EStG KStG GewStG, 15. Aufl., § 15 EStG Rn. 14 [Stand: Dezember 2018]; Krumm in Kirchhof, Einkommensteuergesetz, 19. Aufl., § 15 Rn. 13; vgl. auch BGH, Urteil vom 3. März 2020 aaO Rn. 16 zu der autonomen Auslegung von § 2 UStG). Dies gilt auch für die im Einkommen- und Gewerbesteuerrecht angewandte so genannte Drei-Objekt-Grenze, nach der steuerlich ein gewerbsmäßiger Grundstücks-handel indiziert wird, wenn der Steuerpflichtige binnen eines Zeitraums von regelmäßig fünf Jahren seit dem Erwerb mehr als drei Grundstücke oder Eigentumswohnungen wieder veräußert (ständige Rechtsprechung: z.B. BFH/NV 2010, 212, 213 f; BFHE 233, 28, Rn. 17 ff; BFHE 197, 240, 243 f; BFHE 148, 480, 483).

25 Im Steuerrecht geht es um die fiskalische Erfassung von Einkünften und deren Besteuerung (*Struck* aaO S. 261). Die „Drei-Objekte-Grenze“ dient der Vereinfachung (vgl. BFHE 148 aaO). Damit schafft sie zugleich Rechtssicherheit bei der Besteuerung.

26 Demgegenüber unterliegen die §§ 13 und 14 BGB von vornherein einer anderen Zielrichtung. Zweck dieser zur Vereinheitlichung der Begrifflichkeiten der in den Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingefügten Verbraucherschutzvorschriften (vgl. BT-Drs. 14/2658 S. 47; 14/3195 S. 32) ist es, in Verbindung mit den sonstigen dem Schutz des Verbrauchers dienenden Bestimmungen (hier § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a.F.) eine

vermutete wirtschaftliche Ungleichheit des Verbrauchers auszugleichen, um ihn als weniger geschäftserfahrenen – strukturell unterlegenen – Teilnehmer am Rechtsverkehr im Verhältnis zu seinem Vertragspartner zu schützen (vgl. zB BGH, Urteil vom 3. März 2020 aaO Rn. 17; Erman/Saenger aaO § 14 Rn. 17; Micklitz aaO § 14 Rn. 20; *Struck* aaO S. 262).

27 Bei der hier inmitten stehenden Frage der Anwendbarkeit der Verbraucherschutzvorschrift des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG (a.F.) tritt hinzu, dass es – anders als bei der Beurteilung steuerbarer Vorgänge, die in Fällen einer bei Erwerb von Grundbesitz nur bedingt bestehenden Veräußerungsabsicht von einer retrospektiven Betrachtung geprägt sein kann – allein auf eine Einschätzung im Zeitpunkt der in Aussicht genommenen Beurkundung ankommt.

28 d) Die vom Berufungsgericht für die Abgrenzung des Verbrauchervom Unternehmergeschäft herangezogenen Umstände sind hiernach nicht maßgeblich. Dies betrifft sowohl die Absicht des Klägers, das Wohnungsgeschäft als Altersvorsorge zu tätigen, als auch die Erwartung eines Gewinns durch die baldige Weiterveräußerung nach einem Zwischenerwerb, die versprochene „Kickback-Zahlung“ von 20.000 € und die Option, die Wohnungen nach Renovierung zu behalten, falls sie attraktiv vermietet sein sollten. All diese Gesichtspunkte sind auch mit der nichtunternehmerischen Verwaltung von Privatvermögen vereinbar.

29 e) Dementsprechend sind Feststellungen dazu nachzuholen, ob der Beklagte, hätte er eine pflichtgemäße, an den vorstehenden Kriterien ausgerichtete Klärung des Status des Klägers vorgenommen, aus seiner Sicht zum Zeitpunkt des Beurkundungersuchens zu dem Ergebnis gekommen wäre, dass der Kläger bei Abgabe seiner Willenserklärung nicht als Verbraucher handelte. Wenn hieran auch nur Zweifel verblieben wären, hätte der Beklagte nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG (a.F.) verfahren müssen. Hierauf kommt es allerdings nur an, wenn die Schadensersatzforderung nicht ohnedies an anderen Anspruchsvoraussetzungen scheitert.

30 2. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

31 a) Auf die allgemeine Richtlinie, dass einen Amtsträger in der Regel kein Verschulden trifft, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen hat (siehe dazu zB Senat, Urteile vom 21. Februar 2019 – III ZR 115/18, WM 2019, 801 Rn. 20; vom 2. August 2018 – III ZR 466/16, VersR 2019, 28 Rn. 24; vom 7. September 2017 – III ZR 618/16, BGHZ 215, 344 Rn. 25; vom 6. Februar 1997 – III ZR 241/95, NVwZ 1997, 1243, 1245 und vom 6. Februar 1986 – III ZR 109/84, BGHZ 97, 97, 107;

jew. mwN), kann sich der Beklagte hier nicht berufen. Die so genannte Kollegialgerichtsrichtlinie greift nicht ein, wenn das Gericht eine gesetzliche Bestimmung „handgreiflich falsch“ ausgelegt hat, ferner, wenn und soweit es für die Beurteilung des Falles wesentliche Gesichtspunkte unberücksichtigt gelassen hat oder sich bereits in seinem rechtlichen Ausgangspunkt von einer rechtlich verfehlten Betrachtungsweise nicht hat freimachen können (Senat, Urteile vom 21. Februar 2019; vom 2. August 2018 und vom 6. Februar 1997; jew. aaO). Jedenfalls Letzteres liegt hier vor. Das Berufungsgericht hat im Ausgangspunkt seiner Beurteilung einer Amtspflichtverletzung des Beklagten die bereits seit langer Zeit gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den bürgerlich-rechtlichen Kriterien der Abgrenzung der privaten von der unternehmerischen Vermögensverwaltung (siehe oben unter 1 c bb und insbesondere bereits BGH, Urteile vom 25. April 1988 – II ZR 185/87, BGHZ 104, 205, 208 und vom 23. September 1992 – IV ZR 196/91, BGHZ 119, 252, 256) übersehen.

32 b) Das Berufungsurteil ist auch mit Blick auf die Hilfserwägung, der Kläger hätte – unterstellt, er hätte als Verbraucher gehandelt – die Beurkundung auch bei Einhaltung der Wartefrist genauso, wie geschehen, vornehmen lassen, nicht im Ergebnis richtig (§ 561 ZPO). Mit Recht rügt die Revision, dass das Berufungsgericht insoweit prozessrechtswidrig entscheidungserheblichen Sachvortrag des Klägers als widerlegt angesehen und einen Beweisantritt hierzu unberücksichtigt gelassen hat.

33 Nach der Rechtsprechung des Senats bewirkt bereits die Beurkundung eines Vertrags unter Missachtung der Wartefrist den in dem – für den beteiligten Verbraucher – nachteiligen Vertrag liegenden Schaden (vgl. Senat, Urteil vom 25. Juni 2015 – III ZR 292/14, BGHZ 206, 112 Rn. 21). Der Notar kann sich jedoch darauf berufen, der Käufer hätte, wenn er die Beurkundung abgelehnt hätte, diese nach Ablauf der Regelfrist genauso – wie geschehen – vornehmen lassen. Für diesen hypothetischen Verlauf trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast, weshalb Zweifel zu seinen Lasten gehen (Senat aaO). Dabei dürfen die Anforderungen an die Beweisführung aber nicht überspannt werden; es gilt – zugunsten des Schädigers – das herabgesetzte Beweismaß des § 287 ZPO (Senat aaO mwN). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gebietet ferner der Grundsatz von Treu und Glauben eine sekundäre Darlegungslast des Gegners, wenn die darlegungs- und beweisbelastete Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine Kenntnisse von den maßgeblichen Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner angesichts des unterschiedlichen Informations-

stands beider Parteien zumutbar nähere Angaben machen kann (zB Senat, Urteil vom 19. Mai 2016 – III ZR 274/15, NJW-RR 2016, 842 Rn. 40 mwN).

34 Der hiernach sekundär darlegungsbelastete Kläger hat insoweit vorgetragen, dass er, hätte er rechtzeitig vor dem Beurkundungstermin einen Vertragsentwurf erhalten, diesen auch auf Drängen seiner zur Vorsicht neigenden Ehefrau durch einen Rechtsanwalt hätte prüfen lassen, welcher dann von einem Vertragsschluss abgeraten hätte (Schriftsatz vom 20. April 2017, S. 9, Berufungsbegründung vom 9. Januar 2018, S. 7 und nachgelassener Schriftsatz vom 26. März 2019, S. 4 f). Hierfür hat er Beweis angetreten durch Benennung seiner Ehefrau als Zeugin. Das Berufungsgericht hat die Richtigkeit dieser Behauptung für unwahrscheinlich gehalten und deshalb von der beantragten Zeugenvernehmung abgesehen. Der Kläger habe vollständig auf den Zeugen K. vertraut und selbst, nachdem sich herausgestellt habe, dass sich die Investition anders als versprochen entwickelt habe, zunächst keine anwaltliche Hilfe in Anspruch genommen. Hierbei handelt es sich – unbeschadet der Frage, ob das Berufungsgericht mit seinen Ausführungen die Beweislast verkannt hat, wozu die Revision ebenfalls Rügen erhebt – jedenfalls um eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung. Denn die Vorinstanz hat die Beurteilung der von ihr selbst zutreffend als erheblich erachteten Tatsachenbehauptung vorgenommen, ohne den dazu angebotenen Beweis zu erheben.

35 Da die Würdigung des Berufungsgerichts schon aus dem vorstehenden Grund rechtsfehlerhaft ist, braucht der Senat auf die weiteren Revisionsangriffe nicht mehr einzugehen.

36 Da die Sache wegen der nachzuholenden tatrichterlichen Feststellungen noch nicht zur Endentscheidung reif ist, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und das Verfahren an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO).

37 Für das weitere Verfahren weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin:

38 Sollte der Beklagte infolge der Verletzung seiner Aufklärungspflicht gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG (a.F.) verstoßen haben (siehe oben II 1 b, c und e), sich demgegenüber bei einer objektiven ex post-Betrachtung aber ergeben, dass der Kläger als Unternehmer handelte, fiel der verursachte Schaden nicht in den Schutzbereich der verletzten Norm.

39 Die Haftung des Notars für einen von ihm durch eine Amtspflichtverletzung verursachten Schaden – hier: der Abschluss des dem Kläger nachteiligen Vertrages infolge der Verletzung der Pflicht des Beklagten zur Sachverhaltsaufklärung und nachfolgend von § 17 Abs. 2a Satz 2

Nr. 2 BeurkG (a.F.) – kommt, wie allgemein im Schadensersatzrecht, nur in Betracht, wenn ihm dieser bei wertender Betrachtung zugerechnet werden kann. Auch im Notarhaftungsrecht kann Ersatz nur für solche Schadensfolgen verlangt werden, die im Schutzbereich der verletzten Norm liegen. Es muss sich mithin um Folgen handeln, die in den Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen wurde (vgl. Senat, Urteil vom 4. April 2019 – III ZR 338/17, BGHZ 221, 363 Rn. 16).

40 Der Zweck der vorstehend erörterten Aufklärungspflicht besteht darin, dass der Notar erkennt, ob die zum Schutz des Verbrauchers gebotene Wartefrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG eingehalten werden muss. Einem unternehmerisch tätigen Urkundsbeteiligten kommt diese Wartefrist aber nicht zugute. Beurkundet ein Notar den Vertrag zwischen zwei Unternehmern, ohne vorher die gebotene Klärung des Status der Beteiligten vorgenommen zu haben und gemäß der oben ausgeführten Zweifelsregel (siehe oben II 1 b) die Wartefrist einzuhalten, liegt ein etwaiger ihnen durch den Abschluss eines nachteiligen Geschäfts entstandener Schaden nicht im Schutzbereich der verletzten Amtspflicht. Denn ein nach dem Zweck der Wartefrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG ausgleichendes typisches wirtschaftliches Ungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern besteht in diesen Fällen nicht. Dem Beklagten wäre der vom Kläger geltend gemachte Schaden daher nicht zuzurechnen, wenn dieser objektiv in Ausübung eines – gegebenenfalls erst in Aussicht genommenen (vgl. Senat, Beschluss vom 24. Februar 2005 – III ZB 36/04, BGHZ 162, 253, 256) – Nebenerwerbsgeschäfts tätig war.

Kostenrechtliche Behandlung der Erweiterung des Sondereigentums

GNotKG § 81 Abs. 2 S. 1, Abs. 8; WEG § 5 Abs. 2, § 10 Abs. 3

Redaktionelle Leitsätze:

1. Anlagen und Einrichtungen des Gebäudes, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, können nicht Gegenstand von Sondereigentum sein, selbst wenn sie sich im Bereich der in Sondereigentum stehenden Räume befinden sollten. Daher kann ein Raum, indem sich die Elektroähler für die Eigentumseinheiten befinden, nicht Sondereigentum sein (Rn. 21).

2. Der Hinzuerwerb eines Raums zum Sondereigentums aus bisherigem Gemeinschaftseigentum ist kostenrechtlich unter Nr. 14112 KV GNotKG als *lex specialis* zu fassen. (Rn. 31)

**OLG München (34. Zivilsenat),
Beschluss vom 25.05.2020 – 34 Wx 263/18 Kost**

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligte zu 2, eine Wohnbaugesellschaft, hatte 3 Häuser errichtet und daran Wohn- und Teileigentum gemäß einer Teilungserklärung, die im Grundbuch vollzogen wurde, gebildet. Von den insgesamt 105 Einheiten sind zumindest einige schon an Käufer veräußert.

2 Mit drittem Nachtrag zur Teilungserklärung vom 16.9.2016 änderte die Beteiligte zu 2 im eigenen Namen wie auch im Namen näher bezeichneter Käufer die Teilungserklärung in § 2 wie folgt:

„Verlegung von Räumen im Kellergeschoss des Hauses 2
1. Die im Kellergeschoss des Hauses 2 liegenden Räume (= Hausanschluss bzw. Elektrozählerraum/Keller Nr. 114) wurden ohne Veränderung ihrer Größe, Lage und ihres Umfangs dergestalt vertauscht, dass der Hausanschluss- bzw. Elektrozählerraum nunmehr im vormaligen Kellerraum Nr. 114 sowie umgekehrt, der Kellerraum Nr. 114 nunmehr im vormaligen Hausanschluss- bzw. Elektrozählerraum liegt. Hierzu wird Bezug genommen auf den dieser Urkunde als Anlage 1 beigeführten Grundrissplan samt Abgeschlossenheitsbescheinigung der Stadt A. vom 2.9.2016.

2. Die ... (Beteiligte zu 2) bewilligt und beantragt, vorstehende Änderung in das Grundbuch einzutragen.“

3 Die in den Anlagen ... bezeichneten Käufer von Wohnungs- und/oder Teileigentumseinheiten stimmen vorstehender Änderung zu und schließen sich dem gestellten Antrag an.

4 Nach einer entsprechenden Zwischenverfügung legte die Beteiligte zu 2 auch die Zustimmungserklärungen der Grundpfandrechtsgläubiger vor.

5 Am 16.1.2017 wurde die Eintragung mit folgendem Wortlaut vorgenommen:

6 Die Lage des Kellerraums Nr. 114 ist geändert gemäß Bewilligung ... Das Grundbuchamt hat zunächst in Betracht der 105 Einheiten mit einem Satz von 105 die Änderung der Teilungserklärung (je betroffenem Sondereigentum) nach Nr. 14160 Ziff. 5 KV GNotKG mit dem jeweiligen Wert von 50 €, somit dem Gesamtbetrag von 5.250 € in Rechnung gestellt.

7 Dagegen hat der Urkundsnotar für die Beteiligte zu 2 am 24.2.2017 Erinnerung eingelegt. Mit dem dritten

Nachtrag zur Teilungserklärung seien Zuordnungen im Kellergeschoss von Haus 2, das nur elf Wohnungen und elf Keller, somit 22 Sondereigentumseinheiten umfasse, geändert worden. Die weiteren Häuser hätten eigene Elektrozähler in einem Anschlussraum. Zudem sei die bautechnische Notwendigkeit des Tausches bekannt und in sämtlichen Bauträgerverträgen von Anfang an vorgesehen gewesen. Der Kostenansatz sei daher auf eine Gebühr von 50 € nach 14160 Ziff. 5 KV GNotKG und eine Gebühr von 45 € nach Nr. 14112 KV GNotKG zu berechnen.

8 Betroffen seien durch die Aufhebung des Sondereigentums am Keller Nr. 114 nicht auch die anderen Einheiten. Durch die Umwandlung des nun als Keller 114 bezeichneten Raum ergebe sich nur die Gebühr aus 14112 KV GNotKG, wobei der Kaufpreis von 5.000 € für einen Kellerraum anzusetzen sei. Ein solcher Kaufpreis habe sich aus einem isolierten Kellerverkauf ergeben.

9 Nur hilfsweise werde beantragt höchstens eine Gebühr von 1.100 € gemäß Nr. 14160 Ziff. 5 KV GNotKG anzusetzen. Jedenfalls sei nämlich nur das Haus 2 von den Änderungen betroffen, so dass höchstens der Betrag von 1.100 € (22 Einheiten á 50 €) festzusetzen sei.

10 Der insofern angehörte Bezirksrevisor, Beteiligter zu 1, beantragte, die Erinnerung zurückzuweisen, und legte seinerseits Erinnerung gegen den Kostenansatz ein, da keine Pfandfreigabengebühren nach Nr. 14142 KV GNotKG und keine Pfanderstreckungsgebühren nach Nr. 14123 KV GNotKG angesetzt worden seien. Desgleichen seien eine zusätzliche Gebühr nach Nr. 14110 Nr. 1 KV GNotKG für die Eintragung des Eigentümers zuzüglich Katasterfortführungsgebühren zu berechnen.

11 Er nehme diesbezüglich aber folgenden Standpunkt ein: Sobald Wohnungs-/Teileigentum gebildet sei, sei bei Veränderungen im Sonder- und Gemeinschaftseigentum vorrangig, dabei hinsichtlich Pfandfreigaben und Pfanderstreckungen auch abschließend, auf Nr. 14160 Ziff. 5 KV GNotKG zurückzugreifen, da der Gesetzgeber damit eine Vereinfachung des Kostenansatzes und Vermeidung unerwünschter Gebührenhäufungen erreichen habe wollen. Den Begriff des Sondereigentums habe der Gesetzgeber als „Sondereigentums- / Raumeigentumseinheit“ verstanden wissen wollen und keine kostenrechtliche Differenzierung zwischen Gegenstand und Inhalt gewollt, wofür die Formulierung „für jedes betroffene Sondereigentum“ spräche. Auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und dem allgemeinen Rechtsempfinden sowie aus wirtschaftlicher Sicht stehe das Sondereigentum und nicht der Miteigentumsanteil im Vordergrund. Das Korrektiv der Betroffenheit sollte dabei mit der materiellrechtlichen Betroffenheit korrespondieren.

12 Durch die Änderung der Zuordnung von zwei Räumen durch Tausch sei Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum umgewandelt worden und Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum. Die Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum berühre das Sachenrecht des Wohnungseigentums, da sich der Umfang des gemeinschaftlichen Eigentums reduziere. Es erfordere die Auflassung durch alle Sondereigentümer. Die wirtschaftliche Kompensation durch Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum ändere daran nichts; rechtlich betroffen seien alle Sondereigentumseinheiten. Für die Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum sei Nr. 14160 Ziff. 5 KV GNotKG als Spezialvorschrift anzusehen. Es seien alle Sondereigentumseinheiten betroffen, da durch den Tausch das konkrete gemeinschaftliche Eigentum an dem bisherigen Raum verloren gehe. Deswegen sei zur Änderung eine Übereinkunft aller Wohnungseigentümer erforderlich sowie die Zustimmung betroffener Einzelrechte, welche auf den Sondereigentumseinheiten eingetragen seien. Eine wirtschaftliche Beurteilung des Umfangs von Nutzen, Beeinträchtigung oder Gleichwertigkeit stehe dem Grundbuchamt nicht zu und sei auch nicht Sache des Kostenansatzes. Der erfolgte Tausch der Räume stelle nach GNotKG nicht nur eine Änderung des Gegenstands des Gemeinschaftseigentums dar, sondern eine kostenpflichtige Änderung aller ursprünglichen Raumeigentumsrechte; damit sei Nr. 14160 Ziff. 5 KV GNotKG betroffen. Die arbeitsaufwendigen Vorgänge habe der Gesetzgeber nach der Zahl der betroffenen Einheiten zur Vereinfachung des Kostenrechts pauschalieren wollen.

13 Für die Änderung der Zuordnung durch den Tausch von zwei Räumen sei daher ein Betrag von 5.250 € (105 Einheiten á 50 €) anzusetzen.

14 Mit Beschluss vom 16.5.2018 hat der Kostenbeamte der Erinnerung der Beteiligten zu 2 entsprochen und entsprechend des Antrags des Beteiligten zu 1 Kosten für die Pfandfreigaben angesetzt. Für die Aufhebung von Sondereigentum falle nur eine Gebühr nach Nr. 14160 Ziff. 5 KV GNotKG an, die Begründung neuen Sondereigentums stelle keine Inhaltsänderung des Wohneigentums dar und falle daher unter Nr. 14112 KV GNotKG. Der Ansatz eines Kaufpreises von 5.000 € sei plausibel. Gebühren für eine Pfanderstreckung fielen nicht an, da die Einheit 114 unbelastet sei. Bezüglich der eingetragenen 25 Grundpfandrechte seien die Mindestgebühren anzusetzen.

15 Gegen diesen Beschluss hat der Beteiligte zu 1 Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, für die Aufhebung des Sondereigentums für jedes betroffene Sondereigentum gesondert die Festgebühr nach Nr. 14160

Ziff. 5 KV GNotKG zu erheben sowie hinsichtlich der 25 eingetragenen Grundschulden für die Einbeziehung des neuen Pfandgegenstands, nämlich des neuen Hausanschluss- und Elektrozählerraums je eine 0,5 Gebühr aus 5.000 € nach Nr. 14123 KV GNotKG und hilfsweise anstelle der Gebühr nach Nr. 14112 KV GNotKG 105 Mal die Festgebühr nach Nr. 14160 Ziff. 5 KV GNotKG für die Umwandlung von Gemeinschafts- und Sondereigentum am Keller Nr. 114. Sollte nicht die Umwandlung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum unter Nr. 14160 Ziff. 5 KV GNotKG zu fassen sein, so zumindest die Umwandlung von Gemeinschaftsin Sondereigentum, weshalb 105 mal die Festgebühr anzusetzen sei.

16 Der Rechtspfleger hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Das Gesetz unterscheidet zwischen Inhaltsänderung (in Nr. 14160 Ziff. 5 Fall 1 KV GNotKG) und Aufhebung (in Nr. 14160 Ziff. 5 Fall 2 KV GNotKG). Der Rückfall des Sondereigentums in Gemeinschaftseigentum sei nur Folge der Aufhebung von Sondereigentum und stelle einen Vorteil für die übrigen Einheiten dar. Dagegen falle die Begründung von Sondereigentum unter Nr. 14112 KV GNotKG.

▶ II. Aus den Gründen:

17 1. Die Beschwerde des Bezirksrevisors ist nach § 81 Abs. 2 Satz 1 GNotKG statthaft, da der Wert des Beschwerdegegenstands 200 € übersteigt. Zudem wurde die Beschwerde formgerecht eingelegt, § 81 Abs. 5 Sätze 1 und 4 GNotKG.

18 Nach Übertragung der Sache durch den Einzelrichter auf den Senat entscheidet dieser gemäß § 81 Abs. 6 Satz 2 GNotKG.

19 2. Das Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

20 a) Es kann vorliegend dahingestellt bleiben, wie eine Umwandlung von entstandenem Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum zu bewerten ist. Unzutreffend ist nämlich die Prämisse, dass sich der Tausch der Kellerräume hinsichtlich des Elektroraumes als Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum darstelle. Es wurde nämlich nicht berücksichtigt, dass am Elektroraum trotz der Eintragung im Grundbuch als Sondereigentum ein solches nicht entstehen konnte.

21 Nach § 5 Abs. 2 WEG können Anlagen und Einrichtungen des Gebäudes, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, nicht Gegenstand von Sondereigentum sein, selbst wenn sie sich im Bereich der in Sondereigentum stehenden Räume befinden sollten. Das gilt nach dem Sinn der Vorschrift nicht nur für Anlagen oder Einrichtungen, sondern auch für die Räume selbst (BGHZ 73, 302, 311; Bärmann/*Arm-*

brüster WEG 14. Aufl. § 5 Rn. 26 f.). Sie stehen zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum, wenn ihr Zweck darauf gerichtet ist, der Gesamtheit der Wohnungseigentümer einen ungestörten Gebrauch ihrer Wohnungen und der Gemeinschaftsräume zu ermöglichen und zu erhalten. Das trifft unter anderem auf Flächen und Flure zu, die als Zugang zu den Gemeinschaftsräumen bestimmt sind oder die zur Bewirtschaftung und Versorgung der Wohnungen und des Gemeinschaftseigentums dienen, weil sich in ihrem Bereich die zentralen Zähl-, Schalt-, Sicherungs- oder Beschickungseinrichtungen der gemeinschaftlichen Wasser-, Wärme- und Energieversorgungsanlagen des Gebäudes befinden (vgl. BGH NJW 1991, 2909; BGHZ 78, 225, 227 f.). Die Einräumung von Sondereigentum an Räumen, die Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch dienen, enthalten, ist nur möglich, wenn der Raum selbst nicht ausschließlich demselben Zweck wie die Anlage dient (BGHZ 73, 301/311). Ist hingegen der Raum in den Anwendungsbereich von § 5 Abs. 2 WEG einbezogen, ist eine Zuordnung des Raums zum Sondereigentum unwirksam.

22 Vorliegend enthält der bisher als Keller 114 bezeichnete Raum die Elektrozähler für die Eigentumseinheiten. Da die Eigentümer zu den Elektrozählern immerwährenden grundsätzlichen Zugang haben müssen, dient der Raum, in dem Hausanschluss und Elektrozähler angebracht sind, demselben Zweck wie die Anlage selbst und kann daher nicht im Sondereigentum stehen. Die Eintragung des bisherigen Kellers 114 als Sondereigentum war daher unwirksam, der Raum stand trotz der unwirksamen Eintragung als Sondereigentum im Gemeinschaftseigentum.

23 Mit dem „Tausch“ der Räume wurde daher der bisherige Keller 114 nicht von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum umgewandelt, so dass von der Eintragung allein der bisherige Buchberechtigte, nicht aber die übrigen Eigentümer betroffen sind, deren Eigentum sich durch die klarstellende Eintragung, dass der bisherige Keller 114 Gemeinschaftseigentum ist, nicht geändert hat.

24 b) In der Folge fällt auch eine Gebühr nach Nr. 14123 KV GNotKG für die Einbeziehung eines neuen Pfandgegenstands nicht an, so dass irrelevant ist, ob sich ein Pfandrecht nun auf den bisherigen Keller 114 erstreckt. Selbst wenn, stand der Raum schon bisher im Gemeinschaftseigentum und war mithin Pfandgegenstand.

25 c) Soweit an dem bisher als Elektroraum bezeichneten Gemeinschaftseigentum nunmehr Sondereigentum begründet wurde, ist eine Gebühr nach Nr. 14112 KV GNotKG zu erheben.

26 Nach Nr. 14112 KV GNotKG fällt eine Gebühr für die Eintragung der vertraglichen Einräumung von Sonderei-

gentum an. Hingegen regelt Nr. 14160 Nr. 5 KV GNotKG als sonstige Eintragung die Änderung des Inhalts oder Eintragung der Aufhebung des Sondereigentums, wobei dann die Gebühr für jedes betroffene Sondereigentum gesondert erhoben wird.

27 Der Inhalt des Sondereigentums wird von § 5 Abs. 4 WEG und § 10 Abs. 3 WEG nur soweit geregelt, als darin Vereinbarungen über das Verhältnis der Wohnungseigentümer angesprochen sind. Als Änderung des Inhalts des Sondereigentums werden – wie zu der Vorgängervorschrift des § 76 KostO auch (Korintenberg/*Wilsch* GNotKG 21. Aufl. Nr. 14160 Rn. 29a) – die nachträgliche Vereinbarung von Verfügungsbeschränkungen nach § 12 WEG (Leipziger Kommentar/*Schulz* GNotKG 2. Aufl. Nr. 14160 Rn. 9), Gebrauchsregelungen nach § 15 WEG oder die Umwandlung von Wohnungs in Teileigentum (Rohs/*Wedewer* GNotKG Stand März 2020 Nr. 14160 Rn. 13) angesehen. Des Weiteren fallen unter Nr. 14160 Ziff. 5 KV GNotKG die nachträgliche Begründung und Übertragung (*Gutfried* in Bormann/*Diehn/Sommerfeldt* GNotKG 3. Aufl. Nr. 14160 Rn. 24) wie auch die Erweiterung von Sondernutzungsrechten (Senat vom 23.4.2015, 34 Wx 122/15).

28 Nur vereinzelt wird hingegen ohne nähere Begründung vertreten, dass nach Bildung der Wohnungsgrundbücher auch die Begründung von Sondereigentum an bisherigem Gemeinschaftseigentum unter Nr. 14160 Ziff. 5 KV GNotKG falle (*Drempetic* in Schneider/*Volpert/Fölsch* Gesamtes Kostenrecht 2. Aufl. Nr. 14160 KV GNotKG Rn. 19).

29 Dagegen spricht jedoch, dass auch nach der Anlegung von Wohnungsgrundbüchern bei der Eintragung neuer Räume als Sondereigentum nicht der Inhalt des Sondereigentums geändert wird, sondern der Gegenstand (*Staudinger/Rapp* BGB 2018 § 6 WEG Rn. 22). Auch wenn zwar nicht allgemein beantwortet werden kann, welchen Inhalt ein Sondereigentum hat (*Hügel/*

Elzer WEG 2. Aufl. § 13 Rn. 4), differenziert das WEG zwischen dem Gegenstand von Sondereigentum als dem zugeschriebenen räumlichen Bereich an sich (§ 5 Abs. 1 WEG) und dessen Inhalt als die diesem Raum zugeordneten Rechte (vgl. § 5 Abs. 4 und § 10 Abs. 3 WEG). Da nach dem WEG als Änderungen des Inhalts des Sondereigentums nur Änderungen an den mit dem Sondereigentum verbundenen Rechten angesehen werden, betreffen nach der herrschenden Meinung auch die unter Nr. 14160 Ziff. 5 KV GNotKG zu fassenden, allgemein anerkannten Änderungen des Inhalts des Sondereigentums in keinem Fall den Gegenstand des Sondereigentums.

30 Dass der Gesetzgeber eine kostenrechtliche Differenzierung zwischen Gegenstand und Inhalt in Nr. 14160 KV GNotKG nicht treffen wollte, ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht. Insbesondere ergibt sich nicht, dass der Gesetzgeber den Inhalt des Sondereigentums im GNotKG losgelöst von den Regelungen des WEG definieren wollte. Nachdem der Gegenstand des Sondereigentums im WEG nicht als dessen Inhalt angesehen wird, würde es der Einheitlichkeit der Rechtsordnung widersprechen, für das Kostenrecht eine andere Definition zu verwenden.

31 Daher folgt der Senat der herrschenden Ansicht, wonach der Hinzuerwerb eines Raums zum Sondereigentums aus bisherigem Gemeinschaftseigentum kostenrechtlich unter Nr. 14112 KV GNotKG als *lex specialis* zu fassen ist (Rohs/*Wedewer* Nr. 14110 bis 14112 Rn. 27; Korintenberg/*Wilsch* Nr. 14112 Nr. 15; *Gutfried* in Bormann/*Diehn/Sommerfeldt* Nr. 14112 Rn. 11; Hartmann/*Toussaint* Kostenrecht 50. Aufl. Nr. 14112 KV GNotKG Rn. 2; *Hügel/Krahl* GBO 4. Aufl. Sonderteil WEG Rn. 170; *Wilsch* ZfIR 2014, 457/461).

32 Dies hat das Grundbuchamt zutreffend so bewertet.

33 d) Gegen die Bewertung der Pfandfreigabe durch das Grundbuchamt richtet sich die Beschwerde nicht.

ERBRECHT

Anspruch auf Ergänzung eines notariellen Nachlassverzeichnisses

BGB § 2314 Abs. 1 S. 3; BWG § 38 Abs. 1;
ZPO 767 Abs. 1

Amtlicher Leitsatz:

Der Pflichtteilsberechtigte kann die Ergänzung bzw. Berichtigung eines notariellen Nachlassverzeichnisses auch dann verlangen, wenn dieses wegen unterbliebener Mitwirkung des Erben teilweise unvollständig ist (hier: verweigerter Zustimmung des Erben zu einem Kontendatenabruf des Notars bei einem ausländischen Kreditinstitut). (Rn. 10 - 11)

BGH (IV. Zivilsenat),
Urteil vom 20.05.2020 - IV ZR 193/19

I. Tatbestand:

1 Die Klägerin begehrt im Wege der Vollstreckungsabwehrklage, die Zwangsvollstreckung aus dem Teil-Anerkenntnis- und Teilurteil des Amtsgerichts Bonn vom 23. November 2017 (Az. 105 C 6/17) für unzulässig zu erklären. Sie ist eine Tochter und die testamentarische Erbin der am 22. September 2010 verstorbenen Marianne G. (im Folgenden: Erblasserin). Die Beklagten sind die Töchter einer weiteren vorverstorbenen Tochter der Erblasserin. Sie nahmen die Klägerin in dem Verfahren Amtsgericht Bonn 105 C 6/17 im Wege der Stufenklage auf Zahlung des Pflichtteils in Anspruch. Durch Teil-Anerkenntnis- und Teilurteil des Amtsgerichts Bonn vom 23. November 2017 wurde die hiesige Klägerin verurteilt, gegenüber den Beklagten Auskunft gemäß § 2314 BGB über den Bestand des Nachlasses der Erblasserin durch Vorlage eines notariell aufgenommenen und vom Notar unterzeichneten ausführlichen, systematischen und vollständigen Verzeichnisses zu erteilen und die Beklagten (dortige Klägerinnen) bei der Aufnahme des Verzeichnisses zuzuziehen.

2 Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten bat den von der Klägerin beauftragten Notar mit Schreiben vom 22. April 2014 unter anderem darum, zur Klärung bestehender Bankguthaben auch eine Anfrage bei den Banken und der Sparkasse vorzunehmen, welche Filialen in Millstatt/Kärnten und Umgebung haben. Die Klägerin erteilte dem Notar zur Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses am 24. September 2015 eine Vollmacht, Kontenauskünfte zur Errichtung des Nachlassverzeichnisses

bei deutschen Kreditinstituten zu beantragen. In der Folge legte die Klägerin ein notarielles Nachlassverzeichnis am 4. Mai 2018 vor. In dem Nachlassverzeichnis wies der Notar unter III (2) (b) darauf hin, dass er einen Kontendatenabruf für Konten in Österreich nicht habe vornehmen können. Die Klägerin habe die erforderliche Zustimmung zu einer derartigen Ermittlung nicht erteilt. Teil des Nachlassverzeichnisses ist unter anderem ein Protokoll der Erbantrittserklärung und Durchführung der Verlassenschaftsabhandlung eines österreichischen Notars vom 4. Januar 2011. Unter den Aktiva von insgesamt 87.751,22 € ist dort ein Gemeinschaftskonto Nr. ... bei der Raiffeisenbank Millstättersee in Höhe von 3.596,09 € aufgeführt mit der zusätzlichen Erklärung der Klägerin gegenüber dem österreichischen Notar, sonstiges Nachlassvermögen in Österreich sei nicht vorhanden. Bereits am 4. November 2010 hatte die Raiffeisenbank Millstättersee die jeweiligen Kontenstände dem österreichischen Notar mitgeteilt.

3 Die Klägerin meint, sie habe den titulierten Auskunftsanspruch durch die Vorlage des notariellen Verzeichnisses vom 4. Mai 2018 erfüllt.

Auf ihren Antrag hat das Amtsgericht der Klage stattgegeben. Das Landgericht hat die Klage unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr bisheriges Begehren weiter.

II. Aus den Gründen:

4 Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

5 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagten hätten gegen die Klägerin weiterhin einen Anspruch auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses durch die Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB. Der titulierte Anspruch sei nicht durch Vorlage des notariellen Nachlassverzeichnisses vom 4. Mai 2018 erfüllt und damit erloschen. Zwar könne aus sachlichen Gründen grundsätzlich keine Ergänzung oder Berichtigung des Nachlassverzeichnisses verlangt werden und der Pflichtteilsberechtigte sei auf den Weg der eidesstattlichen Versicherung zu verweisen. Von diesem Grundsatz gebe es aber unter anderem eine Ausnahme bei – hier vorliegender – offensichtlicher Unvollständigkeit des notariellen Nachlassverzeichnisses. Maßgebend hierfür seien der Kenntnisstand und die Erkenntnismöglichkeiten des Auskunftspflichtigen. Der Notar müsse den Bestand des Nachlasses selbst und eigenständig ermitteln und durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringen, dass er den Inhalt verantworte. Hier

sei das Nachlassverzeichnis erkennbar unvollständig, weil die Klägerin dem Notar nicht die Zustimmung zur Einholung einer Auskunft bei der Raiffeisenbank Millstättersee erteilt und dadurch ihre Pflicht zur Mitwirkung an der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses verletzt habe. Der Notar habe im Hinblick auf die Raiffeisenbank Millstättersee nicht die erforderlichen eigenständigen Ermittlungen durchführen können. Der Auskunftsanspruch sei auch nicht durch die am 4. Januar 2011 durch die Klägerin im Rahmen des österreichischen Verlassenschaftsverfahrens erstattete Vermögenserklärung erfüllt. Diese bleibe hinter den Voraussetzungen und Wirkungen eines notariellen Nachlassverzeichnisses im Sinne des § 2314 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB zurück. Inwieweit der österreichische Gerichtskommissär tatsächlich eine abschließende und vollständige Auskunft über alle Aktiva und Passiva der Erblasserin zum Todeszeitpunkt erbeten habe, sei für den mit der Erstellung des Nachlassverzeichnisses vom 4. Mai 2018 beauftragten Notar nicht nachvollziehbar gewesen. Selbst wenn dem deutschen Notar das Schreiben der Raiffeisenbank Millstättersee vorgelegen hätte, wäre ihm noch nicht der Umfang der angefragten Auskunft bekannt gewesen, insbesondere, ob eine Auskunft lediglich in Bezug auf diese Konten oder in Bezug auf die gesamte Geschäftsverbindung erbeten worden sei.

6 Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

7 1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht entschieden, dass die Vollstreckungsabwehrklage der Klägerin gemäß § 767 Abs. 1 ZPO unbegründet ist. Der titulierte Anspruch der Beklagten auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB ist nicht durch die Vorlage des notariellen Nachlassverzeichnisses vom 4. Mai 2018 gemäß § 362 Abs. 1 BGB erfüllt worden.

8 a) § 2314 BGB soll es dem Pflichtteilsberechtigten ermöglichen, sich die notwendigen Kenntnisse zur Bemessung seines Pflichtteilsanspruchs zu verschaffen. Hierbei soll ein notarielles Nachlassverzeichnis eine größere Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Auskunft als das private Verzeichnis des Erben bieten. Dementsprechend muss der Notar den Bestand des Nachlasses selbst und eigenständig ermitteln und durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringen, dass er den Inhalt verantwortet. Der Notar ist in der Ausgestaltung des Verfahrens weitgehend frei. Er muss zunächst von den Angaben des Auskunftspflichtigen ausgehen. Allerdings darf er sich hierauf nicht beschränken und insbesondere nicht lediglich eine Plausibilitätsprüfung durchführen. Vielmehr muss er den Nachlassbestand selbst ermitteln und feststellen. Dabei hat er diejenigen Nachforschungen anzustellen, die ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubigers

für erforderlich halten würde (vgl. BGH, Beschluss vom 13. September 2018 – I ZB 109/17, ZEV 2019, 81 Rn. 31 f.; OLG Koblenz ZEV 2014, 308 Rn. 20).

9 Die Verpflichtung des Erben zur Mitwirkung an der Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses richtet sich danach, in welchem Umfang diese Mitwirkung für die ordnungsgemäße Aufnahme des Verzeichnisses erforderlich ist. Maßgebend sind danach jeweils die Umstände des Einzelfalles (BGH, Beschluss vom 13. September 2018 – I ZB 109/17, ZEV 2019, 81 Rn. 30). Hierbei darf und muss der Notar das Wissen des Erben sowie das in seiner Person vorhandene Aufklärungspotential gegebenenfalls in der Weise nutzen, dass er den Erben auffordert, eigene Auskunftsansprüche gegenüber Geldinstituten bzw. sonstigen Dritten durchzusetzen. Die vom Erben geschuldete Kooperation kann insoweit auch in der Anweisung an Dritte bestehen, die benötigten Auskünfte unmittelbar gegenüber dem Notar zu erteilen (OLG Bamberg ZEV 2016, 580 Rn. 5).

10 Liegt – wie hier – ein notarielles Nachlassverzeichnis vor, so kann der Pflichtteilsberechtigte grundsätzlich nicht dessen Berichtigung oder Ergänzung verlangen. Vielmehr ist er in diesem Fall, soweit die Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB vorliegen, auf den Weg der eidesstattlichen Versicherung verwiesen (Senatsurteil vom 6. März 1952 – IV ZR 16/51, LM § 260 Nr. 1; Staudinger/*Herzog*, BGB, §§ 2303 bis 2345 (2015), § 2314 Rn. 84; MüKo-BGB/*Lange*, 8. Aufl. § 2314 Rn. 28; Bamberger/*J. Mayer*, BGB 3. Aufl. § 2314 Rn. 14; BeckOK-BGB/*Müller-Engels*, § 2314 Rn. 21 [Stand: 1. Februar 2020]). Von diesem Grundsatz sind allerdings verschiedene Ausnahmen anerkannt. So kann ein Anspruch auf Ergänzung bzw. Berichtigung eines Nachlassverzeichnisses bestehen, wenn in diesem eine unbestimmte Mehrheit von Nachlassgegenständen – etwa aufgrund eines Rechtsirrtums des Pflichtigen – nicht aufgeführt ist (Senatsurteil vom 6. März 1952 – IV ZR 16/51 aaO; OLG Düsseldorf ErbR 2019, 772, 773), wenn Angaben über den fiktiven Nachlass oder Schenkungen fehlen (OLG Oldenburg NJW-RR 1992, 777 [juris Rn. 31]), wenn die Auskunft zwar dem Wissensstand des Verpflichteten entspricht, dieser sich jedoch fremdes Wissen trotz Zumutbarkeit nicht verschafft hat (OLG Saarbrücken ZEV 2011, 373 Rn. 17) oder wenn sich ein Notar auf die Wiedergabe der Bekundungen des Erben ohne eigene Ermittlungstätigkeit beschränkt (OLG Koblenz ZEV 2018, 413 Rn. 18; vgl. ferner Staudinger/*Herzog*, BGB §§ 2303 bis 2345 (2015), § 2314 Rn. 85; MüKo-BGB/*Lange*, 8. Aufl. § 2314 Rn. 28; Bamberger/*J. Mayer*, BGB 3. Aufl. § 2314 Rn. 14; BeckOK-BGB/*Müller-Engels*, § 2314 Rn. 21 [Stand: 1. Februar 2020]).

11 b) Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht hier ausgegangen und hat auf dieser Grundlage rechts-

fehlerfrei angenommen, dass das notarielle Nachlassverzeichnis vom 4. Mai 2018 unvollständig ist, weil es keine umfassenden Angaben über die Geschäftsbeziehung der Erblasserin zu der Raiffeisenbank Millstättersee enthält. Die Klägerin hat ausweislich des notariellen Nachlassverzeichnisses einen Kontendatenabruf des Notars für Kontenverbindungen in Österreich nicht ermöglicht und keine entsprechende Zustimmungserklärung erteilt. Lediglich bezüglich der in Deutschland befindlichen Konten hat der Notar auf der Grundlage der ihm insoweit von der Klägerin erteilten Zustimmungserklärung die erforderlichen Auskünfte einholen können. Infolgedessen und mit Rücksicht auf den von ihm zu dem Kontendatenabruf bei österreichischen Banken aufgenommenen Hinweis kann hier davon ausgegangen werden, dass er – wie geboten – bei Vorliegen einer entsprechenden Zustimmungserklärung der Klägerin für die Konten in Österreich, hier insbesondere bei der Raiffeisenbank Millstättersee, ebenfalls Auskunft eingeholt hätte. Die Klägerin wäre aufgrund der sie gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB treffenden Verpflichtung gehalten gewesen, sich über ihr eigenes Wissen hinaus die zur Auskunftserteilung notwendigen Kenntnisse so weit wie möglich zu verschaffen und von Auskunftsrechten gegenüber Kreditinstituten Gebrauch zu machen (vgl. zu dieser Erkundigungspflicht BGH, Urteil vom 28. Februar 1989 – XI ZR 91/88, BGHZ 107, 104, 108 juris Rn. 12). Dies hat sie durch die Verweigerung des Kontendatenabrufs bei der Raiffeisenbank Millstättersee nicht getan, so dass insoweit eine teilweise Unvollständigkeit des notariellen Nachlassverzeichnisses vorliegt.

12 2. Entgegen der Auffassung der Revision beruht das Berufungsurteil auch nicht auf einer entscheidungserheblichen Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG.

13 a) Offen bleiben kann, ob – wie von der Revision geltend gemacht – dem von der Klägerin mit der Erstellung des Nachlassverzeichnisses vom 4. Mai 2018 beauftragten deutschen Notar das in dem Protokoll in Bezug genommene „Schreiben vom 4.11.2010“ vorgelegen und ob sich die Anfrage des österreichischen Notars auf alle Kontoverbindungen der Erblasserin bei der Raiffeisenbank Millstättersee bezogen hat.

14 Die Anlage 4 zum Nachlassverzeichnis vom 4. Mai 2018, die das Protokoll der Erbantrittserklärung für das Vermögen in Österreich zum Gegenstand hat, enthält jedenfalls zunächst lediglich das Protokoll des österreichischen Notars, eine Amtsbestätigung in der Verlassenschaftssache, zwei Kostenrechnungen, den Einantwortungsbeschluss sowie eine Auskunft der Sparkasse K. bezüglich der Erbschaftssteuer. Demgegenüber ergibt sich aus dem notariellen Nachlassverzeichnis nebst Anlagen nicht, dass dem deutschen Notar auch das von der

Klägerin mit Schriftsatz vom 17. Juni 2019 nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht überreichte Schreiben der Raiffeisenbank Millstättersee an den österreichischen Notar vom 4. November 2010 vorgelegen hat. Soweit das Berufungsgericht auf dieser Grundlage davon ausgegangen ist, es sei weder vorgebracht noch sonst ersichtlich, dass dem von der Klägerin beauftragten deutschen Notar das „Schreiben vom 4.11.2010“ vorgelegen habe, jedenfalls wäre ihm nicht der Umfang der angefragten Auskunft bekannt gewesen, beruht dies nicht auf einem Verstoß gegen den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG i.V.m. einer Verletzung der richterlichen Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO.

15 b) Insoweit fehlt es schon an der Entscheidungserheblichkeit dieses gerügten Gehörsverstoßes, weil die vom Erben abzugebende Vermögenserklärung nach § 170 des österreichischen Außerstreitgesetzes (AußStrG) in ihrer Funktion nicht einem notariellen Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB entspricht. Das insoweit maßgebende österreichische Recht darf der Senat selbst ermitteln. Gemäß § 560 ZPO sind die Feststellungen des Berufungsgerichts zum Inhalt ausländischen Rechts für das Revisionsgericht grundsätzlich bindend; soweit aber das Berufungsgericht das ausländische Recht – wie hier jedenfalls teilweise – außer Betracht gelassen und es infolgedessen nicht gewürdigt hat, ist das Revisionsgericht nicht daran gehindert, es selbst zu ermitteln und seiner Entscheidung zu Grunde zu legen (Senatsbeschluss vom 3. Dezember 2014 – IV ZB 9/14, ZEV 2015, 163 Rn. 24).

16 Nach § 170 AußStrG hat der Erbe, wenn – wie hier – kein Inventar zu errichten ist, das Verlassenschaftsvermögen nach allen Bestandteilen wie in einem Inventar zu beschreiben und zu bewerten und die Richtigkeit und Vollständigkeit der Erklärung durch seine oder seines Vertreters Unterschrift zu bekräftigen. Der Erklärende ist hierbei auf die strafrechtlichen Folgen einer wahrheitswidrigen Erklärung hinzuweisen. Diese Vermögensklärung bleibt – wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausführt – hinter einem notariellen Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 BGB zurück, da den Notar im Rahmen von § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB eine eigene Ermittlungspflicht trifft und er durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses zum Ausdruck bringt, dass er den Inhalt selbst verantwortet (BGH, Beschluss vom 13. September 2018 – I ZB 109/17, ZEV 2019, 81 Rn. 32). Demgegenüber handelt es sich bei der Vermögensklärung gemäß § 170 AußStrG um eine reine Erklärung des Erben selbst, die vom Gericht nicht auf ihre Richtigkeit überprüft wird, nicht den Charakter einer öffentlichen Urkunde hat und deren Wirkungen allein auf das Verlassenschaftsverfahren beschränkt sind (vgl. *Sailer* in Koziol/Bydlinski/Bollenber-

ger, ABGB 2. Aufl. § 801 Rn. 2; Schwimann/Kodek, ABGB 4. Aufl. § 801 Rn. 4; Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, ABGB 37. Aufl. § 801 Anm. E1; Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge § 12 Rn. 15 f.). Auch für die Berechnung der Pflichtteilsansprüche hat die Vermögenserklärung grundsätzlich keine Bedeutung (vgl. *Ferrari* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht S. 452 f.). Da der Erbe indessen gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB auch nach privatschriftlicher Auskunftserteilung berechtigt ist, die Vorlage eines notariellen Verzeichnisses zu verlangen, ohne dass hierfür besondere Voraussetzungen vorliegen müssen (vgl. Senatsurteil vom 31. Oktober 2018 – IV ZR 313/17, ZEV 2019, 85 Rn. 9), muss das auch im Verhältnis zur Vermögenserklärung nach § 170 AußStrG gelten. Diese stellt – auch wenn sie vor dem österreichischen Notar abzugeben ist – eine rein private Erklärung des Erben dar, die mit einem notariellen Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht vergleichbar ist.

17 Hieran vermag auch die von der Revision herangezogene Vorschrift des § 38 des österreichischen Bankwesengesetzes (BWG) nichts zu ändern. Gemäß § 38 Abs. 1 BWG dürfen Kreditinstitute Geheimnisse, die ihnen anvertraut worden sind, nicht offenbaren oder verwerten. Nach § 38 Abs. 2 Nr. 3 BWG besteht die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses nicht im Falle des Todes des Kunden gegenüber dem Abhandlungsgericht und Gerichtskommissär. Selbst wenn hieraus folgen sollte, dass der österreichische Notar selbst die Raiffeisenbank Millstättersee angeschrieben und diese ihm geantwortet hat, vermag dies am Charakter der Verlassenschaftsverhandlung und der eigenen Vermögenserklärung der Klägerin gemäß § 170 Außerstreitgesetz nichts zu ändern. Ein Verstoß des Berufungsgerichts gegen die Pflicht des Tatrichters, ausländisches Recht gemäß § 293 ZPO zu ermitteln (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 30. April 1992 – IX ZR 233/90, BGHZ 118, 151, 162 – 164 [juris Rn. 25 - 29]), liegt entgegen der Auffassung der Revision nicht vor.

Zur Auslegung von Erklärungen als Erbverzicht oder Zuwendungsverzicht

BGB § 2289 Abs. 1 S. 2, § 2346, § 2352; EGBGB Art. 229 § 36; FamFG § 342 Abs. 1 Nr. 6

Amtliche Leitsätze:

1. Ein dem Erbvertrag – zunächst – zuwiderlaufendes Testament tritt mit Fortfall der Bindungswirkung in Kraft, auch wenn es vor Wegfall der Bindungswirkung errichtet worden ist. (Rn. 19)

2. Zur durch Auslegung zu gewinnenden Überzeugungsbildung, ob sich Erklärungen nur als Erbverzicht verstehen oder auch als Zuwendungsverzicht anzusehen sind (hier: Würdigung der im Mai 1982 eine Woche nach Errichtung eines privatschriftlichen Testaments der Erblasserin von der durch Erbvertrag aus dem Jahr 1964 begünstigten Tochter der Erblasserin abgegebenen notariellen Erklärung dahin, zugleich mit dem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht auch auf die Zuwendung in dem Erbvertrag aus dem Jahr 1964 zu verzichten). (Rn. 21 – 22)

3. Auf Verfahren zur Einziehung von Erbscheinen nach einem vor dem 17. August 2015 verstorbenen Erblasser, ist das BGB und das FamFG in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung weiterhin anzuwenden. (Rn. 17)

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat),

Beschluss vom 31.03.2020 – I-3 Wx 35/19

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten sind die Ehefrau und die Tochter des Enkels R. der Erblasserin.

2 Die Erblasserin hatte mit ihrem am 24. Okt. 1968 verstorbenen Ehemann am 7. Okt. 1963 – UR.Nr. 1475/1963 des Notars Dr. D... in Geldern – einen Erbvertrag geschlossen, in dem sich die Eheleute gegenseitig zu Erben eingesetzt hatten.

3 Mit weiterem Erbvertrag vom 4. Aug. 1964 – UR.Nr. 1122/1964 dieses Notars – haben sie den Erbvertrag von 1963 in vollem Umfang aufrechterhalten. Der Überlebende hat sodann die bei der Beurkundung anwesende gemeinsame Tochter G. zur alleinigen Erbin eingesetzt. Weiter ist verfügt, der gemeinsame Sohn J. solle nach dem Tod der Eltern keine Ansprüche an den Nachlass stellen können, weil er bereits bei Lebzeiten der Eltern durch Zuwendungen von ihnen abgefunden sei.

4 Mit privatschriftlichem Testament vom 17. Mai 1982 hat die Erblasserin nach dem Tode ihres Ehemannes ihren Sohn J. zu ihrem alleinigen Vorerben bestimmt. Er sollte an die Tochter G. 15.000 DM zahlen. Nacherbe sollte dessen Sohn / ihr Enkel Ralf sein.

5 Mit notarieller Urkunde vom 24. Mai 1982 – UR.Nr. 933/1982 des Notars Dr. T... in Geldern – hat die Erblasserin mit ihrer Tochter G., diese vertreten durch ihren Sohn J., einen Erbverzichtsvertrag und eine Abfindungsvereinbarung geschlossen. Danach hat Gertrud gegenüber der Erblasserin auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichtet und den Verzicht auf das gesetzliche Pflichtteilsrecht erstreckt. Die Gültigkeit des Verzichts sollte davon abhängen, dass Josef an die beiden Töchter von

G., H. und D., je einen Betrag von 7.500 DM zahlt. Dies ist geschehen.

6 Nach dem Tode der Erblasserin am 10. Mai 1988 ist deren Sohn J. am 20. Juli 1989 ein Erbschein als alleiniger Vorerbe erteilt worden mit dem Zusatz, Nacherbe sei der Enkel der Erblasserin R. .

7 R. ist zwischen dem 8. und dem 11. Nov. 1999 verstorben. Die Beteiligte zu 1 ist seine Ehefrau, die Beteiligte zu 2 seine Tochter, Erbschein vom 2. Febr. 2000. Sie haben ihn zu je ½ beerbt. J. verstarb am 9. Juli 2001.

8 Die Beteiligten zu 1 und 2 haben auf ihren Antrag am 21. März 2002 einen gemeinschaftlichen Erbschein erhalten, wonach sie – infolge des Todes des Vorerben Josef – zu je ½ Nacherbinnen der Erblasserin geworden sind.

9 Mit Schreiben vom 5. Juli 2018 hat der Amtsnachfolger der Notare Dr. D... und Dr. T..., Notar Dr. O..., den Erbvertrag vom 4. Aug. 1964 dem Nachlassgericht mit der Begründung abgeliefert, „aufgrund des Alters der Eheleute ... gehe ich davon aus, dass die Erblasser nicht mehr leben.“

10 Daraufhin hat das Nachlassgericht mit Verfügung vom 27. Juli 2018 angekündigt, den Erbschein vom 21. März 2002 als unrichtig einzuziehen und dies am 17. Okt. 2018 beschlossen. Das Testament der Erblasserin vom 17. Mai 1982 sei unwirksam, weil die Erblasserin an den Erbvertrag vom 4. Aug. 1964 gebunden gewesen sei.

11 Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2, die u.a. geltend machen, das Nachlassgericht habe den Erbverzicht nicht berücksichtigt. Notar Dr. O... hat diesen sodann auf Anforderung des Nachlassgerichts vom 12. Nov. 2018 zu den Akten gereicht.

12 Daraufhin hat das Nachlassgericht den Töchtern der Gertrud, den Enkelinnen der Erblasserin H. und D., Gelegenheit gegeben sich am Verfahren zu beteiligen und mit Beschluss vom 6. Febr. 2019 der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Der Erbvertrag aus dem Jahre 1964 sei wirksam, es gebe keine sicheren Anhaltspunkte, dass er aufgehoben worden sei und der Erbverzicht von Gertrud in der notariellen Urkunde vom 24. Mai 1982 könne „im Zweifel“ nicht als deren Verzicht auf ihre Rechte aus dem Erbvertrag gewertet werden. Der eindeutige Wortlaut dieser Erklärung stehe einer Auslegung – auch – als Zuwendungsverzicht entgegen.

13 Die Beteiligten zu 1 und 2 haben weiter zu ihrer Auffassung vorgetragen, die Erblasserin sei nicht (mehr) an den Erbvertrag aus dem Jahre 1964 gebunden gewesen.

14 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte die Testamentsakten 26 IV 546/18 und die Nachlassakten 19 VI 163/89 beide AG Geldern verwiesen.

▶ II. Aus den Gründen:

15 Die gemäß §§ 58 ff., 353 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 2 ist dem Senat aufgrund der vom Nachlassgericht mit weiterem Beschluss vom 23. Nov. 2018 ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, § 68 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz FamFG.

16 In der Sache hat sie Erfolg.

17 Gemäß Art. 229 § 36 EGBGB sind auf Verfahren zur Erteilung von Erbscheinen nach einem Erblasser, der vor dem 17.8.2015 verstorben ist, das BGB und das FamFG in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung weiterhin anzuwenden. Die Vorschrift gilt für alle Nachlasssachen nach § 342 Abs. 1 Nr. 6 FamFG, damit auch für die Einziehung eines Erbscheins. Hiernach finden auf den vorliegenden Fall die Vorschriften des „alten“ Rechts Anwendung, da die Erblasserin bereits im Jahre 1988 verstorben ist.

18 Entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts richtet sich die Erbfolge nach der Erblasserin nach deren Testament vom 17. Mai 1982. Sie war nicht durch den Erbvertrag vom 4. Aug. 1964 gehindert, abweichend zu verfügen.

19 Richtig ist, dass eine spätere letztwillige Verfügung unwirksam ist, soweit sie das Recht eines vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde, § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB. Ein Erbvertrag bindet allerdings dann nicht, wenn die vertragsmäßige Zuwendung gegenstandslos wird, was aufgrund eines Zuwendungsverzichts nach § 2352 BGB der Fall sein kann, denn dann kann es zu einer Beeinträchtigung des Rechts des Bedachten nicht mehr kommen. Ein dem Erbvertrag – zunächst – zuwiderlaufendes Testament tritt mit Wegfall der Bindungswirkung in Kraft, auch wenn es vor Wegfall der Bindungswirkung errichtet worden ist (Palandt/*Weidlich*, BGB, 79. Aufl., § 2289, 6 m.N.).

20 Hier hat die durch den Erbvertrag vom 4. Aug. 1964 begünstigte Tochter G. der Erblasserin nach Errichtung des privatschriftlichen Testaments vom 17. Mai 1982 durch notarielle Vereinbarung vom 24. Mai 1982 wirksam (auch) auf die Zuwendung aus dem Erbvertrag vom 4. Aug. 1964 verzichtet, indem sie sinngemäß erklärt hat, sie verzichte auf ihr gesetzliches Erbrecht. Dies konnte sie wirksam gegenüber der Erblasserin tun, auch ohne Mitwirkung der übrigen am Erbvertrag Beteiligten (vgl. Palandt/*Weidlich*, a.a.O., § 2352, RdNr. 3 m.N.).

21 Erben können nach § 2346 BGB auf ihr gesetzliches Erbrecht (Erbverzicht) und nach § 2352 BGB auf eine durch Verfügung von Todes wegen angeordnete Zuwendung (Zuwendungsverzicht) verzichten. Es kann durchaus zweifelhaft sein, ob nur ein Verzicht auf die gesetzliche Erbposition oder ob darüber hinaus auch ein konkreter Zuwendungsverzicht gewollt war (*Everts*, in: BeckOGK, BGB, Stand 01.03.2020, § 2352, 10.1 m.N.). Ein Erbverzicht

im Sinne des § 2346 BGB kann auch mit einem Zuwendungsverzicht nach § 2352 BGB verbunden werden; auch sonst ist es möglich, dass ein Verzicht auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht den Wegfall der ganzen künftigen Erbenstellung bedeuten soll, also auch zu Gunsten des Erben etwa noch bestehende Verfügungen von Todes wegen umfassen soll (*Winkler, MittBayNot 1994, 237, Anm. zu OLG Frankfurt, a.a.O., 235*). Ob dies der Fall ist, hängt von den Erklärungen der Beteiligten ab (*Schotten*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2016, § 2346, 18 m.N.). Ob Erklärungen nur als Erbverzicht zu verstehen sind oder ob sie auch als Zuwendungsverzicht anzusehen sind, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln (*Schotten*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2010, § 2352, RdnNr. 4; *Winkler, a.a.O.*). Eine solche Auslegung richtet sich nach den für Rechtsgeschäfte unter Lebenden geltenden Normen, insbesondere nach den §§ 133, 157 BGB (*Schotten*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2016, § 2346, 16 m.N.; *Winkler, a.a.O.*).

22 Dabei ist der Wortlaut einer Erklärung Ausgangspunkt der Auslegung und bedarf eine eindeutige Erklärung keiner Auslegung. Jedoch kann es auch bei (scheinbar) eindeutigem Wortlaut an der Eindeutigkeit der Erklärung fehlen (OLG Frankfurt, OLGZ 1994, 201 = MittBayNot 1994, 235; Palandt/*Ellenberger*, a.a.O., § 133, 6) und ist auch in den – seltenen – Fällen „klaren und eindeutigen“ Wortlauts der Auslegung eines Testaments durch eben diesen Wortlaut keine Grenze gesetzt. Gem. § 133 BGB ist bei der Auslegung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Dieser Aufgabe kann der Richter nur dann voll gerecht werden, wenn er sich nicht auf eine Analyse des Wortlauts beschränkt, sondern auch alle ihm aus dem Inbegriff der mündlichen Verhandlung zugänglichen Umstände außerhalb der Testamentsurkunde heranzieht und sich auch ihrer zur Erforschung des wirklichen Willens des Erblassers bedient. Gerade weil es um die Erforschung des wirklichen Willens des Erblassers geht, und weil dieser auch in den seltenen Fällen „klaren und eindeutigen“ Wortlauts den Vorrang vor eben diesem Wortlaut hat, kann der Auslegung daher durch den Wortlaut keine Grenze gesetzt sein. Demgemäß hat der Bundesgerichtshof wiederholt ausgesprochen, dass der Richter auch bei einer ihrem Wortlaut nach scheinbar eindeutigen Willenserklärung an den Wortlaut nicht gebunden ist, wenn – allerdings nur dann – sich aus den Umständen ergibt, dass der Erklärende mit seinen Worten einen anderen Sinn verbunden hat, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht (BGHZ 86, 41). Auch wenn ein gesetzlicher Erbe letztwillig bedacht ist und – ohne eine umfassende Absicht dem Wortlaut nach auszudrücken – auf das gesetzliche Erbrecht verzichtet, kann sich aus den Umständen ergeben, dass er nicht nur als gesetz-

licher Erbe ausscheiden will, sondern dass auch zu seinen Gunsten etwa noch bestehende Verfügungen von Todes wegen als nicht erfolgt gelten sollen (*Winkler, a.a.O.*).

23 Im vorliegenden Fall ist der Senat überzeugt, dass die Erblasserin und ihre Tochter am 24. Mai 1982 zugleich mit dem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht auch einen Verzicht auf die Zuwendung aus dem Erbvertrag vom 4. Aug. 1964 vereinbaren wollten. Dafür spricht schon der zeitliche Zusammenhang mit dem kurz zuvor errichteten privatschriftlichen Testament der Erblasserin vom 17. Mai 1982. Denn durch den 7 Tage später erklärten Verzicht sollte gewährleistet werden, dass dieses Testament uneingeschränkt verwirklicht werden konnte und die dort verfügte Erbenstellung des Sohnes der Erblasserin nicht durch (irgendwelche) erbrechtlichen Ansprüche der Tochter geschmälert würde. Deren Ansprüche sollten vielmehr durch die sowohl im Testament als auch in der Verzichtsvereinbarung vorgesehene Zahlung – die nach dem unwiderlegten Vortrag der Beteiligten zu 1 und 2 auch geleistet worden ist – von 15.000 DM bzw. zweimal je 7.500 DM erledigt sein. Der Erbverzicht ist ein Instrument der vorweggenommenen Erbfolge und dient vor allem dazu, im Zusammenhang mit der Ausstattung oder Abfindung einzelner Kinder bindend festzulegen, dass der Abgefundenen weder Erbrecht noch Pflichtteilsanspruch hat, so dass beim späteren Erbfall der ganze Nachlass an die übrigen Kinder gelangt (OLG Frankfurt, a.a.O.). Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine Doppelbegünstigung von den Beteiligten nicht gewollt ist (*Winkler, a.a.O.*). Damit wäre die (Aufrechterhaltung der) im Erbvertrag angeordnete(n) Zuwendung nicht zu vereinbaren gewesen, wonach die Tochter den gesamten Nachlass des Längstlebenden zu alleinigem Eigentum erhalten sollte, und wäre der Sohn nicht nur durch die „Enterbung“, sondern zudem noch dadurch „benachteiligt“ worden, dass er – sozusagen aus seinem Privatvermögen und unabhängig vom Nachlass der Eltern – die in Testament und Abfindungsvereinbarung angeordneten Zahlungen geleistet hat.

Voraussetzungen der Testierunfähigkeit bei affektiver manischer Störung

BGB § 2094 Abs. 1, § 2232, § 2229 Abs. 4, § 2253, § 2258 Abs. 1

Redaktioneller Leitsatz:

Testierfähigkeit setzt voraus, dass der Erblasser sich über die Tragweite seiner Anordnungen und ihre Folgen für die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse

der Betroffenen im Klaren und frei von Einflüssen Dritter zu handeln in der Lage ist. (Rn. 20)

OLG Hamm (15. Zivilsenat),
Beschluss vom 05.02.2020 – 15 W 453/17

▶ I. Tatbestand:

1 Die Erblasserin war verwitwet und ohne Abkömmlinge. Eigene leibliche Verwandte der Erblasserin sind nicht bekannt.

2 Die Erblasserin hatte mit ihrem bereits am ... Februar 1990 vorverstorbenen Ehemann I X am 24. Januar 1961 und am 22. Juni 1982 zur notariellen Niederschrift gemeinschaftliche Ehegattentestamente errichtet. Im gemeinschaftlichen Testament vom 22. Juni 1982 (UR-NR. 335/1982 des Notars M in F) hoben die Ehegatten das frühere Testament auf, setzten sich gegenseitig zu Alleinerben ein und bestimmten vier Nichten bzw. Neffen des Ehemannes zu Schlusserven. Die Ehegatten bestimmten in dem Testament vom 22. Juni 1982 ausdrücklich, dass nur die wechselseitige Alleinerbeneinsetzung wechselseitig sein sollte und dass der längerlebende Ehegatte frei abweichend letztwillig verfügen könne.

3 Die Beteiligten zu 1) und 2) sind zwei der im Testament vom 22. Juni 1982 vorgesehenen Schlusserven. Der ebenfalls zum Schlusserven eingesetzte Neffe Y X des Ehemannes ist bereits am 0. Mai 2005 vorverstorben. Der dritte genannte Neffe K X hat sich am vorliegenden Verfahren nicht beteiligt.

4 Für die Erblasserin war seit April 1998 eine zunächst vorläufige Betreuung für die Aufgabenkreise Vermögensangelegenheiten und psychiatrische Gesundheitsfürsorge einschließlich Klinikunterbringung, ab September 1998 auch für Wohnungsangelegenheiten angeordnet. Es wurde eine Psychose aus dem schizophränen Formenkreis diagnostiziert. Zum Betreuer wurde zunächst der angeheiratete Neffe Y X bestimmt. Seit Januar 1999 bestand ein Einwilligungsvorbehalt für Vermögens- und Wohnungsangelegenheiten. Seit der Entlassung von Y X im September 1999 war der Beteiligte zu 3) Betreuer der Erblasserin. Auf seinen Antrag beschloss das Amtsgericht im März 2000 die vorläufige Genehmigung zur geschlossenen Unterbringung der Erblasserin, die wenige Tage später wieder aufgehoben wurde. Seit März 2000 lebte die Erblasserin in einem Seniorenheim in F. Seit April 2000 umfasste die Betreuung die Aufgabenkreise Vermögensangelegenheiten, Wohnungsangelegenheiten, Gesundheitsfürsorge und Aufenthaltsbestimmung.

5 Bei der Verlängerung der Betreuung im Juni 2004 wurde der Einwilligungsvorbehalt nicht verlängert; der Aufgabenkreis des Betreuers blieb unverändert.

6 Die Erblasserin errichtete am 7. September 2004 zur notariellen Niederschrift ein Einzeltestament (UR Nr. 233/2004 des Notars G in F). In diesem hob sie unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Abänderungsbefugnis die Schlusserbeneinsetzung aus dem gemeinschaftlichen Ehegattentestament vom 22. Juni 1982 auf und bestimmte die Beteiligte zu 3) zur Vorerbin und deren leibliche Abkömmlinge, ersatzweise deren gesetzliche Erben, zu Ersatzerben und Nacherben. Die Erblasserin ordnete Dauertestamentsvollstreckung an und bestimmte den Beteiligten zu 3) zum Testamentsvollstrecker. Die drei Neffen ihres vorverstorbenen Ehemannes sollten nur noch ein Vermächtnis in Höhe von jeweils 20.000,- € erhalten.

7 Der beurkundende Notar G nahm zu Beginn der Testamentsurkunde folgenden Text auf:

„Die Testierfähigkeit der Erschienenen stand für den Notar aufgrund des mit ihr geführten Gespräches außer Zweifel. Dem Notar wurde bekannt gegeben, dass die Erschienene unter Betreuung steht. (...) Mit dem Betreuer führte der Notar ebenfalls ein Vorgespräch. Der Betreuer erklärte dem Notar, dass die Erschienene auch mit ihm den Inhalt des nachfolgend zu beurkundenden Testamentes besprochen habe. Auch der Betreuer ist von der Testierfähigkeit der Erblasserin überzeugt.

Die Erschienene war in der Lage, die Bedeutung der von ihr abzugebenden Willenserklärung einzusehen und danach zu handeln. Insbesondere war die Erschienene sich über die Tragweite ihrer Anordnung und deren Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen klar. Die Erschienene erklärte dem Notar, dass sie die nachfolgend zu beurkundende Entscheidung reiflich überlegt habe und sowohl mit ihrem Betreuer als auch mit einem Richter des Betreuungsgerichts besprochen habe. Der Erschienenen war bewusst, dass die in dem notariellen Testament vom 22.06.1982 eingesetzten Erben Y X, H C und K X gemäss dem nachfolgend errichteten Testament nicht mehr Erben sind, vielmehr nur noch Frau B C. Die Erschienene hatte sich ausdrücklich entschieden, für die ehemaligen Erben Y X, H C und K X nur noch das nachfolgend erklärte Vermächtnis auszusetzen. Der Erschienenen war klar, dass im übrigen Frau B C nun ihre Alleinerbin wird.

Die Erschienene erklärte dem Notar auch, dass sie diese Entscheidung frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter getroffen hat und diese Entscheidung ausschließlich ihrem eigenen Willen entspricht.“

8 Die Beteiligten streiten darüber, ob die Erblasserin bei Errichtung des Testaments vom 7. September 2004 tes-

tierfähig war. Während die Beteiligten zu 2) und 3) dies bejahen, geht der Beteiligte zu 1) davon aus, dass die Erblasserin nicht mehr testierfähig war. Der Beteiligte zu 1) ist deswegen der Auffassung, dass das Testament vom 7. September 2004 unwirksam sei und dass die Schlusserbeneinsetzung aus dem Testament vom 22. Juni 1982 maßgeblich sei. Er hat am 24. August 2016 einen gemeinschaftlichen Erbschein beantragt, wonach er selbst, die Beteiligte zu 3) und Herr K X die Erblasserin zu je 1/3-Anteil beerbt hätten. Er ist dabei davon ausgegangen, dass nach dem Vorversterben des Y X Anwachsung gem. § 2094 Abs. 1 BGB zugunsten der drei weiteren Schlusserben eingetreten sei.

9 Die Beteiligte zu 2) hat der Erteilung des vom Beteiligten zu 1) beantragten Erbscheins widersprochen. Sie ist der Auffassung, das Testament vom 7. September 2004 sei wirksam errichtet worden.

10 Das Amtsgericht hat den Beteiligten zu 3) persönlich angehört. Es hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Notars G, des ehemaligen Betreuungsrichters Richter am Amtsgericht a.D. Z sowie der Rechtspflegerin Justizoberamtsrätin a.D. W. Es hat sodann die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens zur Frage der Testierunfähigkeit der Erblasserin am 7. September 2004 beschlossen und Prof. Dr. T zum Sachverständigen bestellt. Dieser hat sein schriftliches Gutachten vom 24. April 2017 auf der Basis der Aktenlage einschließlich der die Erblasserin betreffenden Betreuungsakte erstattet und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Testierfähigkeit der Erblasserin am 7. September 2004 anzunehmen sei. Der Beteiligte zu 1) hat insbesondere eine unzureichende Grundlage für die Gutachtenerstellung bemängelt. Der Sachverständige Prof. Dr. T hat in einer ergänzenden Stellungnahme vom 22. Juli 2017 sein Gutachten vom 24. April 2017 verteidigt.

11 Mit dem angegriffenen Beschluss hat das Amtsgericht den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1) zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, es sei nach der Beweisaufnahme von der Testierfähigkeit der Erblasserin am 7. September 2004 überzeugt. Mit seiner hiergegen gerichteten Beschwerde greift der Beteiligte zu 1) die Art und Weise der Beweiserhebung durch das Amtsgericht an. Er bemängelt eine unzureichende Aufklärung des Sachverhalts, weil die Zeugen nicht in Anwesenheit des Sachverständigen gehört worden seien und weil die Erblasserin betreffenden ärztlichen Behandlungsunterlagen nicht angefordert und ausgewertet worden seien.

12 Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem Oberlandesgericht vorgelegt.

13 Der Senat hat den Beteiligten zu 3) aufgefordert mitzuteilen, bei welchen Ärzten die Erblasserin in Behandlung

gewesen ist und welche stationären Krankenhausaufenthalte es gegeben hat. Bei den daraufhin mitgeteilten Ärzten und Krankenhäusern hat der Senat die Behandlungsunterlagen angefordert und die Ärzte schriftlich befragt. Die Pflegedokumentation des Heimes ist beigezogen worden.

14 Der Senat hat gemäß Beschluss vom 16. Mai 2019 (Bl. 381 f GA) Beweis erhoben zu der Frage, ob die Erblasserin im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments vom 7. September 2004 aufgrund einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit testierunfähig war. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das am 11. Juni 2019 bei Gericht eingegangene Schreiben des Zeugen Dr. med. O, auf die Berichterstattervermerke zu den Senatsterminen vom 25. Juli und 12. September 2019 sowie auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Dr. med. U vom 15. November 2019 Bezug genommen.

15 Wegen der weiteren Einzelheiten wird ergänzend auf den Akteninhalt verwiesen.

II. Aus den Gründen:

16 Die zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 1) bleibt ohne Erfolg. Das Amtsgericht hat mit dem angegriffenen Beschluss im Ergebnis zu Recht den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1) vom 24. August 2016 zurückgewiesen.

17 Die Erbfolge nach der Erblasserin richtet sich nicht nach der Schlusserbeneinsetzung aus dem gemeinschaftlichen Ehegattentestament vom 22. Juni 1982, sondern nach ihrem Einzeltestament vom 7. September 2004.

18 In diesem gemäß § 2232 BGB formwirksam errichteten Testament hat die Erblasserin ausdrücklich die Schlusserbeneinsetzung aus dem gemeinschaftlichen Ehegattentestament widerrufen, §§ 2253 f, 2258 Abs. 1 BGB, und zudem abweichend testiert. Zu der abweichenden Erbeinsetzung war die Erblasserin befugt. Der überlebenden Ehegatte war nach den Bestimmungen des gemeinschaftlichen Ehegattentestaments vom 22. Juni 1982 ohne jede Einschränkung berechtigt, nach dem Tod des Erstverstorbenen in beliebiger Weise abweichend von der Schlusserbeneinsetzung letztwillig zu verfügen. Die Schlusserbeneinsetzung aus dem gemeinschaftlichen Ehegattentestament war ausdrücklich nicht wechselbezüglich im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB.

19 Es kann nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht festgestellt werden, dass das Testament vom 7. September 2004 gemäß § 2229 Abs. 4 BGB wegen fehlender Testierfähigkeit der Erblasserin unwirksam war.

20 Nach § 2229 Abs. 4 BGB kann ein Testament wegen Testierunfähigkeit nicht errichten, wer wegen krankhafter

Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Testierunfähigkeit liegt also vor, wenn einem Erblasser aufgrund solcher krankhaften Erscheinungen die Einsichts- und Handlungsfähigkeit verloren gegangen sind, er mithin nicht mehr in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und danach zu handeln. Dabei genügt es zur Bejahung der Testierfähigkeit nicht, dass der Erblasser eine allgemeine Vorstellung von der Tatsache der Errichtung des Testaments und von dem Inhalt seiner letztwilligen Anordnung hatte; er muss vielmehr auch in der Lage sein, sich über die Tragweite dieser Anordnungen und ihre Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen sowie über die Gründe, die für und gegen ihre sittliche Berechtigung sprechen, ein klares Urteil zu bilden und nach diesem Urteil frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln (vgl. BGH FamRZ 1958, 127, 128; ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. OLGZ 1989, 271, 273; FamRZ 1997, 1026 = NJWE-FER 1997, 206).

21 Der vom Senat bestellte Sachverständige Dr. med. U ist in seinem schriftlichen Gutachten vom 15. November 2019 zu dem Ergebnis gekommen, dass es aus nervenärztlicher Sicht nicht genügend Hinweise gibt, um eine Testierunfähigkeit der Erblasserin am 7. September 2004 annehmen zu können. Der Senat schließt sich diesem Ergebnis nach eigener wertender Betrachtung an.

22 Der Sachverständige Dr. U ist als Arzt für Neurologie, Psychiatrie und Geriatrie ein ausgewiesener Fachmann in speziell den medizinischen Gebieten, die von besonderer Bedeutung für die Beurteilung der Testierunfähigkeit gemäß § 2229 Abs. 4 BGB sind. Er ist dem Senat seit Jahren als sehr genau und sorgfältig arbeitender Sachverständiger bekannt. An seiner Sach- und Fachkunde bestehen keinerlei Zweifel.

23 Das schriftliche Gutachten vom 15. November 2019 ist in seiner Darstellungsweise und Methodik nachvollziehbar. Es gelangt überzeugend zu dem Gesamtergebnis, dass bei der Erblasserin im Jahr 2004 eine „organisch affektive (manische) Störung“ nebst „leichter kognitiver Störung“ bestand. Der Sachverständige Dr. U hat vorliegend sein Gutachten auf der Basis einer umfassenden Auswertung der Akten und insbesondere aller verfügbaren ärztlichen und pflegerischen Unterlagen und in Ansehung der Aussagen der in seiner Anwesenheit gehörten Beteiligten und Zeugen erstellt. Er hat die sich aus diesem sehr umfangreichen Material ergebenden Gesichtspunkte zunächst thematisch und chronologisch geordnet. Hierauf aufbauend hat er in nachvollziehbarer und verständlicher

Weise seine fachmedizinischen Bewertungen und Beurteilungen erarbeitet und dargestellt. Das so strukturierte, umfassende Gutachten ist eine in sich geschlossene und widerspruchsfreie Darstellung, die ein in sich stimmiges und in hohem Grade plausibles Gesamtbild ergibt. Die einzelnen Abschnitte bauen logisch aufeinander auf und lassen keines der zahlreichen Elemente der breiten Tatsachengrundlage außer Acht. Der Sachverständige hat sich mit den aktenkundigen Einschätzungen, Diagnosen und Behandlungsmethoden der jeweils behandelnden Ärzte retrospektiv-kritisch in Ansehung der Angaben der Beteiligten und Zeugen sowie der aus den Unterlagen ersichtlichen Symptome, Verhaltensweisen und aufgetretenen Auffälligkeiten der Erblasserin seit 1998 auseinandergesetzt. Das von ihm gewonnene Gesamtbild vermag nach der eingehenden Darstellung insbesondere die aus den Angaben des Beteiligten zu 3), den Zeugenaussagen und Unterlagen ersichtliche überaus signifikante Besserung des Gesundheits- und Bewusstseinszustandes der Erblasserin ab dem Frühjahr 2000 und den gesamten weiteren Verlauf überzeugend mit der erfolgten Medikation zu erklären. Mit den Ausführungen des Sachverständigen lassen sich zudem zunächst scheinbar widersprüchlich erscheinende Darstellungen des Zustandes der Erblasserin mit den verschiedenen Facetten des Gesamtkrankheitsbildes und den Auswirkungen – inklusive unerwünschten Wirkungen – der verordneten Medikamente erklären und vereinbaren.

24 Der Sachverständige hat in wertender Gesamtschau der so von ihm herausgearbeiteten Erkenntnisse ausgeführt, dass das im Jahr 2004 bei der Erblasserin bestehende Krankheitsbild zu einer allenfalls leichten Hemmung und Verlangsamung des formalen Denkens sowie einer allenfalls leichten, nicht dauerhaften Minderung von Konzentration, Auffassungs- und Orientierungsvermögen sowie Merkfähigkeit und Gedächtnis geführt hat. Die in den Jahren 1999 und 2000 ausgeprägte Wahnsymptomatik war im Jahr 2004 in einem Ausmaß zurückgetreten, dass Wahnvorstellungen in keiner Weise handlungsbestimmend waren. Die somit im Jahr 2004 und etliche Jahre danach nur leicht ausgeprägten psychischen Veränderungen bei der Erblasserin haben nach den Ausführungen des Sachverständigen weder die freie Willensbildung der Erblasserin noch ihre Fähigkeit eingeschränkt, die Bedeutung und Auswirkungen ihrer am 7. September 2004 getroffenen letztwilligen Verfügung zu erkennen und einzuschätzen. Damit ist das Vorliegen der oben dargestellten Voraussetzungen des § 2229 Abs. 4 BGB nicht feststellbar.

25 Dieses Ergebnis der Beweisaufnahme geht zu Lasten des Beteiligten zu 1).

26 Da die Testierfähigkeit einer volljährigen – auch einer unter Betreuung stehenden – Person der Regelfall

ist, während eine Testierunfähigkeit im Sinne des § 2229 Abs. 4 BGB den Ausnahmefall darstellt, trägt grundsätzlich im Erbscheinserteilungsverfahren diejenige Person die Feststellungslast, die aus einer Testierunfähigkeit für sich Vorteile herleiten will., Der Beteiligte zu 1) kann aufgrund der Schlusserbeneinsetzung im gemeinschaftlichen Ehegattentestament nur dann Miterbe nach der Erblasserin geworden sein, wenn das Testament vom 7. September 2004 unwirksam war. Die Voraussetzungen des § 2229 Abs. 4 BGB sind – wie ausgeführt – jedoch nicht feststellbar.

27 Es besteht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch unter keinem Gesichtspunkt eine Veranlassung, die Feststellungslast für die Voraussetzungen der Testierunfähigkeit am 7. September 2004 zu modifizieren. Insbesondere folgt dies nicht aus dem Zustand der Erblasserin im Jahr 2000. Der Sachverständige Dr. U hat in seinem Gutachten eingehend das psychiatrische Krankheitsbild der Erblasserin erarbeitet und mit seinen Ausführungen zur Medikation und deren Auswirkungen nachvollziehbar die grundlegende Besserung des Zustandes und dessen Stabilität über Jahre hinweg erläutert.

28 Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Abs. 1 S. 1 FamFG.

29 Auch im Falle einer erfolglosen Beschwerde muss nicht zwangsläufig der Beschwerdeführer die Kosten des Beschwerdeverfahrens tragen. § 84 FamFG bestimmt dies lediglich als Regelfall, ohne indes das Beschwerdegericht von einer Prüfung im Hinblick auf § 81 Abs. 1 FamFG zu befreien, welche Kostenfolge den Grundsätzen billigen Ermessens am besten entspricht (vgl. Keidel/Zimmermann, FamFG, 19. Auflage, § 84 Rn. 13). Im vorliegenden Fall ist es trotz der letztlich erfolglosen Beschwerde gerechtfertigt, die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zur Hälfte zwischen den Beteiligten zu 1) und 2) zu teilen. Die vom Senat durchgeführte umfangreiche Beweisaufnahme war wegen der vom Beteiligten zu 1) insoweit zutreffend gerügten Unzulänglichkeiten der erstinstanzlich erfolgten Beweisaufnahme – insbesondere der unterbliebenen Heranziehung und Auswertung der Behandlungsunterlagen – zwingend durchzuführen. Nach Aktenlage war vor der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme das Rechtsmittel des Beteiligten zu 1) nicht ohne Aussichten auf Erfolg. Von dem Ergebnis der Beweisaufnahme wird die Beteiligte zu 2) ihrerseits profitieren können. Zur Erlangung eines Erbscheines zugunsten der Beteiligten zu 2) wird nunmehr eine Beweisaufnahme zur Frage der Testierfähigkeit der Erblasserin am 7. September 2004 entbehrlich sein. Hätte nicht zunächst der Beteiligte zu 1) einen Erbscheinsantrag gestellt, sondern die Beteiligte zu 2) oder

der Beteiligte zu 3) als Testamentsvollstrecker, wäre die jetzt vom Senat durchgeführte Beweisaufnahme in gleicher Weise erforderlich gewesen, um die Wirksamkeit des Testaments vom 7. September 2004 feststellen zu können. Dies rechtfertigt es, auch die Beteiligte zu 2) an den Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens in gleicher Weise zu beteiligen wie den Beteiligten zu 1).

30 Die entsprechenden Erwägungen führen dazu, dass für das Beschwerdeverfahren jeder Beteiligte seine außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen hat.

31 Die Voraussetzungen des § 70 Abs. 2 S.1 FamFG für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

Antragsrecht des Miterben auf Entlassung eines Testamentsvollstreckers

BGB § 666, § 2216 Abs. 2, § 2227 Abs. 1

Amtlicher Leitsatz:

Ein Miterbe, dessen Anteil der Testamentsvollstreckung unterliegt, kann sowohl einen Antrag auf Entlassung eines Testamentsvollstreckers betreffend seinen eigenen der Testamentsvollstreckung unterworfenen Erbanteil als auch betreffend einen Erbanteil eines weiteren Miterben stellen, der ebenfalls von der Testamentsvollstreckung umfasst ist. (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung des Senats = OLG München Beschluss v. 22.09.2005 – 31 Wx 46/05). (Rn. 2 – 5)

OLG München (31. Zivilsenat),

Beschluss vom 09.07.2020 – 31 Wx 455/19

Gründe:

1 Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzungen für die von dem Beteiligten zu 4 beantragte Entlassung des Beschwerdeführers aus dem Amt des Testamentsvollstreckers, das sich allein auf die Erbteile der Beteiligten zu 4 und 5 (zu je 7/20) bezieht, vorliegen.

2 1. Die formellen Voraussetzungen für die von der Beteiligten zu 4 beantragte Entlassung des Beschwerdeführers aus dem Amt des Testamentsvollstreckers in Bezug beider Erbteile sind gegeben.

3 Die Beteiligte zu 4 ist als verwaltungsunterworfenen Miterbin, deren Erbenstellung sich im Wege der (erläu-

ternden) Auslegung der von der Erblasserin verwendeten Formulierung betreffend die Bedachte ergibt, nicht nur in Bezug auf ihren Miterbenanteil, sondern auch in Bezug auf den Erbteil des Beteiligten zu 5 antragsberechtigt im Sinne des § 2227 BGB.

4 a) Zur Antragstellung sind alle Personen berechtigt, deren Rechte und Pflichten durch die Testamentsvollstreckung unmittelbar betroffenen werden können, die also ein rechtliches Interesse an der Testamentsvollstreckung haben (Palandt/*Weidlich* BGB 70. Auflage 2020 § 2227 Rn. 7; *Heckschen* in: Burandt/Rojahn Erbrecht 3. Auflage 2019 § 2227 Rn. 3). Solange der Erben-gemeinschaft nicht vollständig auseinandergesetzt ist, bezieht sich die Verwaltung des Erbteilstestament-vollstreckers auf den gesamten Nachlass, sodass der Erbteilstestamentvollstreckter in einem gesetzlichen Schuldverhältnis zu allen – auch den vollstreckungs-freien – Erben steht. Insofern lässt sich eine Beschränkung der Testamentsvollstreckung auf einen Erbteil nicht als Beschränkung nur dieses Erbteils werten. Vielmehr wirkt die vom Erblasser angeordnete Erb-teilstestamentvollstreckung als Beschränkung auch für die vollstreckungsfreien Miterben, solange die Er-bengemeinschaft besteht (BGH NJW 1997, 1362 1963). Demgemäß können auch die von der Testamentsvoll-streckung nicht unterworfenen Miterben durch die Ver-waltung des Testamentsvollstreckers in ihren Rechten berührt sein, und haben somit ein rechtliches Interesse daran, von welcher Person und auf welche Person die Testamentsvollstreckung geführt wird (*Heckschen* in: Burandt/Rojahn a.a.O. § 2227 Rn. 3 m.w.N.). Insoweit bejaht die obergerichtliche Rechtsprechung (vgl. OLG Hamm FamRZ 2009, 2120; OLG Celle OLGR 2005, 112) sowie die Literatur (vgl. nur *Heckschen* a.a.O.; Staudinger/*Baldus* BGB 2016 § 2227 Rn. 27; Palandt/*Weidlich* BGB 70. Auflage 2020 § 2227 Rn. 7 MüKoBGB/*Zimmermann*, 8. Aufl. 2020, BGB § 2227 Rn. 4; *Muscheler* AcP 197 (1997), 226 (239); *Muscheler* ZErB 2009, 54; *Reimann* ZEV 2006, 32) die Antragsbefugnis eines Miterben, der nicht selbst von dieser Testamentsvollstreckung erfasst ist. Die Entscheidung des OLG Köln (NJW-RR 1987, 1098) steht hierzu nicht im Widerspruch, da diese das Beschwerderecht eines entlassenen Testaments-vollstreckers bei der Ernennung des neuen betrifft. Soweit der Senat in seiner Entscheidung, Beschluss v. 22.09.2205 – 31 Wx 46/05 (= NJW-RR 2006, 14 = FGPrax 2005, 267 = ZErB 2005, 424 = Rpfleger 2006, 18) die Auf-fassung vertreten hat, dass ein Miterbe, dessen Anteil nicht der Testamentsvollstreckung unterliegt, keinen Antrag auf Entlassung eines Testamentsvollstreckers stellen kann, der nur die Anteile der übrigen Miterben verwaltet, hält er daran nicht, mehr fest.

5 b) Unter Zugrundelegung dieses Grundsatzes betref-fend das Antragsrecht eines Miterben erstreckt sich das Antragsrecht eines Miterben, dessen Erbteil der Verwal-tung durch einen Testamentsvollstreckter unterworfen ist, daher auch auf die Entlassung eines Testamentsvollstreck-ers in Bezug auf einen (anderen) Erbteil, der ebenfalls der Testamentsvollstreckung unterworfen ist.

6 2. Zutreffend ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die materiellen Voraussetzungen im Sinne des § 2227 BGB betreffend die Entlassung des Beschwer-deführers aus dem Amt des Testamentsvollstreckers vor-liegen.

7 a) Nach § 2227 Abs. 1 BGB kann der Testamentsvoll-streckter auf Antrag eines Beteiligten aus dem Amt ent-lassen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Das Gesetz gibt als Beispiele eine grobe Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers oder dessen Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung an. Neben den im Gesetz genannten Beispielfällen kann ein wich-tiger Grund ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Tes-tamentsvollstreckers auch dann vorliegen, wenn dieser durch sein persönliches Verhalten begründeten Anlass zu der Annahme gibt, dass ein längeres Verbleiben im Amt der Ausübung des letzten Willens des Erblassers hinder-lich sei oder dass sich dadurch eine Schädigung oder eine erhebliche Gefährdung der Interessen der am Nach-lass Beteiligten ergeben könnte. Auch ein nicht nur auf subjektiven Gefühlsmomenten, sondern auf Tatsachen beruhendes Misstrauen eines Beteiligten, zu dem der Testamentsvollstreckter Anlass gegeben hat, kann zur Ent-lassung des Testamentsvollstreckers führen. Schließlich kann auch ein erheblicher Interessengegensatz zwischen Testamentsvollstreckter einerseits und Erben anderer-seits ein wichtiger Grund zur Entlassung sein (BayObLGZ 1985, 298/302; 2001, 167/170 FamRZ 2004, 740). Anderer-seits setzt das Amt des Testamentsvollstreckers kein Ver-trauensverhältnis zu den Erben voraus. Der Testaments-vollstreckter muss unabhängig von diesen den Willen des Erblassers ausführen, wenngleich er sich im Rahmen des ihm zustehenden Verwaltungsermessens nicht grundlos über die Interessen und Vorstellungen der Erben hin-wegsetzen darf. Daher ist an eine Entlassung des Testa-mentsvollstreckers wegen berechtigten Misstrauens ein strenger Maßstab anzulegen; die Beteiligten dürfen nicht in die Lage versetzt werden, einen ihnen möglicherwei-se lästigen Testamentsvollstreckter durch eigenes feind-seliges Verhalten oder aus für sich genommenen unbe-deutendem Anlass aus dem Amt zu drängen (BayObLGZ 1997, 1/26; *Heckschen* in: Burandt/Rojahn Erbrecht 3. Auf-lage 2019 § 2227 Rn. 6, 10 -11).

8 b) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze teilt der Senat die von dem Nachlassgericht festgestellten groben

Pflichtverletzungen des Beschwerdeführers in Bezug auf Verwaltung seiner Verwaltung unterstellten Nachlasses in Bezug auf die Beteiligten zu 4 und 5. aa) Zu Recht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Testamentsvollstreckung weder beendet noch durch Erledigung aller dem Testamentsvollstrecker übertragener Aufgaben erledigt ist. Insofern nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen auf die umfassenden und sorgfältig begründeten Ausführungen des Nachlassgerichts Bezug.

9 bb) Der Entlassungsantrag der Beteiligten zu 4 ist bereits deswegen begründet, da der Beschwerdeführer das Vermögen von der Erblasserin mit seinem Eigenvermögen vermischt hat. Diese Maßnahme ist bereits an sich geeignet, Misstrauen in die unparteiische Amtsführung des Beschwerdeführers zu begründen und stellt zudem eine grobe Pflichtverletzung eines Testamentsvollstreckers dar.

10 cc) Zutreffend ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass eine grobe Pflichtverletzung des Beschwerdeführers darin liegt, dass er seiner Verpflichtung im Sinne des § 2218 Abs. 1 i.V.m. § 666 BGB in Bezug auf die Beteiligte zu 4 nicht nachgekommen ist. Diesbezüglich nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen auf die umfassenden Ausführungen des Nachlassgerichts Bezug.

11 c) Vor diesem Hintergrund greifen die Ausführungen des Beschwerdeführers in seiner Beschwerdebegründung sowie im Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 29.6.2020 nicht, die im Kern darin liegen, dass er im Rahmen seiner Verwaltung des Nachlasses entsprechend dem Willen der Erblasserin tätig war.

12 aa) Die von ihm vertretene Auffassung findet zudem keine Stütze in dem hier allein maßgeblichen Testament vom 4.6.2008. Die Erblasserin hat darin keine Dauer-, sondern eine Abwicklungstestamentsvollstreckung angeordnet („Für die Abwicklung des Testaments und der Regelung meines Nachlasses...“); gesonderte Anordnungen im Sinne des § 2216 Abs. 2 BGB finden sich darin nicht.

13 bb) Soweit sich der Beschwerdeführer auf eine Vollmacht und „Notizen“ stützt, sind diese von der Erblasserin in zeitlicher Hinsicht vor dem Testament vom 4.6.2008 niedergelegt worden. Die Pflichten des hier inmitten stehenden Amtes ergeben sich unmittelbar aus dem Testament vom 4.6.2008, das insoweit eine neue Willensrichtung der Erblasserin darstellt. Insofern hat der Beschwerdeführer als Testamentsvollstrecker allein den in dem Testament vom 4.6.2008 niedergelegten Willen der Erblasserin umzusetzen. Dieser ist eindeutig.

14 cc) Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers sind die von ihm vorgelegten Schreiben der Erblasserin vom 1.6.2011 und 5.1.2012 nicht für die Abwicklung des

Nachlasses im Rahmen seines Amtes als Testamentsvollstrecker maßgebend. Das Schreiben vom 1.6.2011 stellt – wie das Nachlassgericht bereits in seiner Entscheidung vom 13.4.2018 zutreffend ausgeführt hat – kein weiteres Testament dar; das Schreiben vom 5.1.2012 beschränkt sich auf den „Wunsch/Bitte“ der Erblasserin, dass der Beschwerdeführer und seine Ehefrau nicht berechtigt sind, Geldmittel für den Bau einer Orgel zu verwenden, da ihr Kinder wichtiger seien als die Orgel. Eine Abänderung bzw. Ergänzung ihres Testaments in Bezug auf die Abwicklung ihres Nachlasses zugunsten der von ihr Bedachten stellt dieses Schreiben nicht dar.

15 3. Der Senat teilt die Auffassung des Nachlassgerichts, dass unter Berücksichtigung des nach § 2227 BGB eingeräumten Ermessens keine Gründe ersichtlich sind, die trotz Vorliegen von Entlassungsgründen für einen Verbleib des Testamentsvollstreckers in seinem Amt sprechen. Auch insofern nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen des Nachlassgerichts Bezug.

Anmerkung

1. Der Antrag auf Entlassung des Testamentsvollstreckers spielt in der anwaltlichen und nachlassgerichtlichen Praxis eine große Rolle.¹ Er stellt für den mit der Testamentsvollstreckung Beschwerten ein wichtiges Mittel, „sein [vielleicht]² schärfstes Schwert“³ dar, um sich gegen den Testamentsvollstrecker zu wehren. Zugleich lädt dieses Instrument zum Rechtsmissbrauch ein. Der Gesetzgeber hat versucht, die widerstreitenden Interessen in § 2227 BGB miteinander in Einklang zu bringen. Gesetzestech-nisch hat er hierfür einen unbestimmten Rechtsbegriff („wichtiger Grund“) auf der Tatbestandsebene und Ermessen („kann“) auf der Rechtsfolgenebene eingesetzt. Der Preis der hiermit angestrebten Einzelfallgerechtigkeit, d.h. der umfassenden Würdigung des Sachverhalts unter dem Blickwinkel des Erblasserwillens und der Interessen der Betroffenen, ist eine Vielzahl von Entscheidungen der Nachlass- und Beschwerdegerichte zu den Merkmalen des § 2227 BGB, die nicht immer verallgemeinerungsfähig sind und eine Vorhersehbarkeit der Entscheidung erschweren. In der Prüfung des § 2227 BGB bieten sich folgende gedankliche **Prüfungsschritte** an:

¹ Es finden sich daher zahlreiche Formulierungsvorschläge für den Antrag auf Entlassung des Testamentsvollstreckers, die Erwiderung auf den Entlassungsantrag und den Entlassungsbeschluss selbst in der gängigen Handbuch- und Formularliteratur, so dass hier auf die Wiedergabe solcher verzichtet wird. Hierzu etwa: BeckOF Erbrecht/Horn, Form 13.7.3 und 4, 25. Ed., 2019.

² Einfügung durch den Autor.

³ *Muscheler*, AcP 197 [1997] 226 (227).

I. Tatbestand

- 1) Zuständigkeit des Nachlassgerichts (§ 2227 BGB, § 343 FamFG) vs. Schiedsvereinbarung (§§ 1029 ff. (1032 Abs. 2 ZPO),
- 2) Antrag eines der Beteiligten, z.B. des Erben,
- 3) Testamentsvollstrecker wirksam ernannt und Amt noch nicht beendet, nachträgliche Erledigung der Hauptsache durch z.B. Kündigung oder Aufgabenerledigung denkbar,
- 4) Vorliegen eines „wichtigen Grundes“, Regelbeispiele.

II. Rechtsfolge

Ermessensentscheidung („kann...entlassen“): Abwägung zwischen Fortführungs- und Entlassungsinteresse unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls.

Die vorstehende Entscheidung des OLG München beschäftigt sich v.a. mit einer Streitfrage zum **Beteiligtenbegriff des § 2227 BGB**.

2. Die Entlassung des Testamentsvollstreckers setzt ausnahmslos einen – grds. formfreien und nicht fristgebundenen – **Antrag (§ 23 FamFG) eines Beteiligten** voraus, der bis zur (formellen) Rechtskraft der Endentscheidung auch zurückgenommen werden kann (§ 22 Abs. 1 FamFG); von Amts wegen wird das Nachlassgericht insoweit nicht tätig, und zwar selbst dann nicht, wenn es den Testamentsvollstrecker gem. § 2200 ausgewählt und ernannt hat. Der Antrag kann schon vor Beginn der Amtstätigkeit gestellt⁴ und die Entlassung auch bereits vor der Annahme des Amtes oder der Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses angeordnet werden. Antragsteller und Testamentsvollstrecker können sich in der Weise „vergleichen“, dass der Testamentsvollstrecker sich verpflichtet, zu kündigen („schuldrechtliche Zusage zur Amtsniederlegung“).

Der Kreis der Beteiligten ist nicht in allen Bestimmungen, die diesen Begriff verwenden (s. §§ 2198, 2202, 2216 Abs. 2), der Gleiche⁵. **Antragsberechtigt** sind nach § 2227 die Beteiligten im materiellen Sinne, also diejenigen, deren Rechte und Pflichten durch die Regelung der Angelegenheit unmittelbar betroffen werden, und die damit ein rechtliches Interesse an der Testamentsvollstreckung haben⁶. Das „rechtliche“ Interesse setzt im Gegensatz zu dem nur „berechtigten“ Interesse ein bereits bestehendes Recht voraus. Die nach § 7 Abs. 4 S. 2 FamFG

vorgeschriebene Belehrung der Beteiligten über ihr Antragsrecht erübrigt sich dabei, wenn das Nachlassgericht sie nicht nur von der Einleitung des Verfahrens benachrichtigt, sondern ihnen auch die Antragschrift zur Stellungnahme übersandt hat, ohne dass eine Rückäußerung erfolgt ist.⁷

Zu den Beteiligten zählen die Erben, der Miterbe, auch wenn er seinen Erbschaftsanteil nach § 2033 einem anderen übertragen hat,⁸ da er nach §§ 2382, 2385 auch weiter haftet⁹, oder wenn er seinen Anteil verpfändet hat oder dieser Anteil gepfändet worden ist¹⁰, **ferner der vollstreckungsfreie Miterbe (str.)**¹¹; einer Mitwirkung der Pfandgläubiger bei der Antragstellung bedarf es nicht¹². Beteiligte sind ferner der Nacherbe, der Vermächtnisnehmer¹³, der Pflichtteilsberechtigte (str.)¹⁴; der Auflagevollzugsberechtigte (§ 2194), nicht aber der Auflagebegünstigte¹⁵, ferner der Mitvollstrecker, nicht der Dritte i.S.d. § 2198 Abs. 1¹⁶.

Nicht antragsberechtigt sind die gewöhnlichen Nachlassgläubiger, da sie an der Art der Verwaltung kein Recht und an der Person des Verwalters kein rechtliches Interesse haben¹⁷. Auch Behörden oder die juristischen Personen, denen sie zugeordnet sind, sind nicht antragsberechtigt¹⁸. Die vorgesetzte Behörde eines zum Testamentsvollstrecker ernannten Beamten besitzt kein Antragsrecht, sie kann nur auf den Beamten, Angestellten oder Arbeiter, die zur Übernahme der Testamentsvollstreckung der Genehmigung bedürfen, einwirken, das Amt niederzulegen. Ebenso nicht der Testamentsvollstrecker, da er sein Amt jederzeit niederlegen kann (§ 2226); der Gläubiger,

4 OLG Hamm NJW 1968, 800 = DNotZ 1968, 443.

5 BGHZ 35, 296, 299 = NJW 1961, 1717 = DNotZ 1962, 143 = JZ 1962, 123 (mAnm Baur).

6 BGHZ 35, 296, 300 = NJW 1961, 1717 = JZ 1962, 123 (mAnm Baur); KG JFG 5, 154 = DNotV 1929, 223.

7 OLG Düsseldorf ZEV 2017, 235 = MDR 2017, 464 = NJW-Spezial 2017, 200.

8 Nach dem OLG Köln (FD-ErbR 2011, 316605 = BeckRS 2011, 5239) ist dagegen der Erbschaftskäufer nicht befugt, den Antrag auf Entlassung des Testamentsvollstreckers zu stellen. Das Antragsrecht ist damit nicht veräußerlich.

9 KG Recht 1929 Nr 1232 = DRiZR 1929 Nr 665.

10 OLG Hamm OLGZ 1986, 1, 2 = Rpfleger 1986, 16; KG Recht 1929 Nr 1232 = DRiZR 1929 Nr 656; BayObLGZ 16, 68, 69.

11 BGH ZEV 1997, 1363 = NJW 1997, 1362. So auch: OLG Celle OLG R 2005, 112; OLG Hamm Rpfleger 2009, 619 = FamRZ 2009, 2120 = FGPrax 2009, 267 unter Verweis darauf, dass auch die vollstreckfreien Miterben nach §§ 2038 ff. BGB auf die Mitwirkung des Erbteiltestamentsvollstreckers angewiesen sind.

12 KG Recht 1929 Nr 1232 = DRiZR 1929 Nr 656.

13 BGHZ 35, 296, 301 = NJW 1961, 1717 = DNotZ 1962, 143 = JZ 1962, 123 (mAnm Baur); KG JFG 5, 154 = DNotZ 1928, 223; OLG Hamm OLGZ 1986, 1, 8 = Rpfleger 1986, 16.

14 KG JFG 5, 154 = DNotZ 1928, 223; KG OLG 40, 137; KG NJW-RR 2002, 439; KG NJW-RR 2005, 809; BayObLGZ 1967, 239; OLG Bremen NJW-RR 2016, 905 (aA die Vorinstanz: AG Bremerhaven, BeckRS 2016, 10080). Insoweit wird auf die „besondere Rechtsstellung und Interessenlage“ des Pflichtteilsberechtigten abgestellt. So hängt der Pflichtteilsanspruch unmittelbar vom Wert des Nachlasses ab. Er ist von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt. Das Antragsrecht endet aber, wenn sich seine Ansprüche gegen den Nachlass erledigt haben.

15 LG Verden MDR 1955, 231 (str.).

16 AA KGJ 41, 30.

17 BGHZ 35, 296 = NJW 1961, 1717 = DNotZ 1962, 143 = JZ 1962, 123 (mAnm Baur); mNachw des Schrifttums; aM BayObLGZ 21, 206; KG OLG 40, 137.

18 AA KG JW 1937, 2600 = JFG 16, 74 = DFG 1937, 164; Devisenstelle.

der einen Erbteil gepfändet hat¹⁹; Eltern, als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder als Erben, wenn ihnen das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht am Nachlassvermögen der Kinder gem. § 1638 (zusätzlich zur angeordneten Testamentsvollstreckung) entzogen ist, da in diesem Fall die Rechte der Kinder vom Ergänzungspfleger (§ 1909) wahrgenommen werden²⁰. Der minderjährige Erbe kann den Antrag nicht persönlich stellen, da er ihm in Hinblick auf die Kostenpflicht nicht nur einen rechtlichen Vorteil bringt²¹; er muss durch den ges. Vertreter oder einen Pfleger vertreten werden.

3. Das OLG München hat nunmehr mit dieser Entscheidung seine **bisherige Rspr zur fehlenden Antragsberechtigung des vollstreckungsfreien Miterben** aufgegeben und sich u.a. der vorstehend zitierten Rspr des BGH und anderer OLG und dem Schrifttum angeschlossen. Es stellt zur Begründung auf die **Rechtsstellung des Erbteilsvollstreckers** ab (s.u.). Hierzu muss man sich dessen Rechtsposition in Grundzügen kurz in Erinnerung rufen:²²

a) Der Erbteilsvollstreckter kann nicht über den Erbteil als solchen verfügen, den er verwaltet. Er kann diesen insbesondere nicht ausschlagen oder übertragen.

b) Die Erbteilsvollstreckung führt grds. zu einer Beschränkung des Testamentsvollstreckers auf die Ausübung der Mitverwaltungsrechte des beschwerten Miterben in der Erbengemeinschaft (z.B. Stimmrecht, Anspruch auf Auseinandersetzung).²³

c) Der Erbteilsvollstreckter hat jedoch in dieser Rechtsstellung auch Rechte und Pflichten gegenüber den anderen Miterben. Er kann sich deshalb auch den anderen Miterben gegenüber nach § 2219 schadensersatzpflichtig machen.²⁴

d) Verwaltet der Testamentsvollstreckter nur einen Erbteil, so begründet er vor der Nachlassteilung (ebenso wie die anderen Miterben, deren Beteiligung nicht der Testamentsvollstreckung unterliegt) einerseits Erbschaftsverwaltungsschulden, für die der gesamte Nachlass haftet, und andererseits Nachlasseigenschulden, für die aber der Erbe, der sonst auch mit seinem nicht ererbten Vermögen haften würde, hier nur mit sei-

nem Erbanteil haftet²⁵. Verbindlichkeiten, die der Testamentsvollstreckter nach der Teilung eingeht, sind keine Nachlassverbindlichkeiten mehr; man wird aber § 2206 entsprechend anwenden, dh nur der verwaltete Erbteil haftet²⁶, wenn der Testamentsvollstreckter bei Eingehung der Verbindlichkeit seine beschränkte Verwaltungsbefugnis klargestellt hat, die ja auch durch das Testamentsvollstreckterzeugnis ausgewiesen wird. Soweit der Testamentsvollstreckter nicht darauf hinweist, haftet er selbst entsprechend § 179. Bei angeordneter Erbteilsvollstreckung führt die Anordnung einer erweiterten Verpflichtungsbefugnis (§ 2207 BGB) zu keiner Erweiterung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers auf die nicht beschwerten Miterben.²⁷

e) Da er nur einen Erbteil verwaltet, kann er auch einen Antrag nach § 363 FamFG auf Vermittlung der Erbauseinandersetzung stellen.

f) Abhängig von der Erblasseranordnung, setzt sich eine Verwaltungstestamentsvollstreckung am Erbteil (§ 2209) auch an den zugewiesenen Nachlassgegenständen nach der Auseinandersetzung fort.

g) Der Vergütungsanspruch des Erbteilsvollstreckers ist gemeinschaftliche Nachlassverbindlichkeit aller Erben. Diese haben grds. kein Erstattungsanspruch gegen den vollstreckungsbelasteten Miterben. Dies wird v.a. beim Behindertentestament relevant.

4. Das OLG München hat in seiner Entscheidung auf zwei Aspekte hiervon abgestellt. Erstens stehe der Erbteilstestamentsvollstreckter vor vollständiger Erbauseinandersetzung in einem gesetzlichen Schuldverhältnis zu den vollstreckungsfreien Miterben und zweitens wirke die Erbteilstestamentsvollstreckung auch als Beschränkung der vollstreckungsfreien Miterben, solange die Erbengemeinschaft bestehe. Im Hinblick auf die materiellen Voraussetzungen des Entlassungsantrags bewegt sich die Entscheidung auf bekanntem Terrain. Die Vermischung von Fremd- und Eigenvermögen sowie die mangelnde Erfüllung von Auskunft- und Rechenschaftspflichten haben auch in der bisherigen Rspr schon einen „wichtigen Grund“ für die Entlassung darstellen können.²⁸ Die erforderliche Ermessensentscheidung unter Abwägung

19 OLG Hamm OLGZ 1986, 1, 8 = Rpfleger 1986, 16.

20 BGHZ 106, 96, 99 = NJW 1989, 984 = FamRZ 1989, 269; OLG Frankfurt MDR 1966, 414 = DNotZ 1965, 483 (mablAnm Baur); BayObLGZ 17, 156 = Recht 1916 Nr 1553.

21 BayObLGZ 1967, 230, 239; OLG Karlsruhe JFG 7, 126; BayObLGZ 34, 311.

22 Vgl. hierzu auch Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 4. Aufl., S. 162 f.

23 Vgl. OLG Hamm, FGPrax 2011, 183 = ZErB 2011, 210 = BeckRS 2011, 7651; MüKo BGB/Zimmermann, Rn. 19.

24 BGH BeckRS 2004, 30346902.

25 Hierzu auch: BeckOK/Lange, Rn. 9; AA Muscheler AcP 195 (1995), 35, 60.

26 Hierzu auch: BeckOK/Lange, Rn. 9; Planck/Flad § 2208 Bem 3.

27 OLG Hamm, FGPrax 2011, 183 = BeckRS 2011, 7651 = ZErB 2011, 210 = NJW-RR 2011, 1023.

28 Vgl. hierzu: Becker in Soergel, 14. Aufl., 2020, Bd. 33, Erbrecht 2, § 2227 BGB, Rz. 28 ff.

von Entlassungs- und Fortführungsinteresse durch das Nachlassgericht sei nicht zu beanstanden gewesen.

5. Erlaubt sei an dieser Stelle noch der Hinweis, dass dieses (nachträgliche) Antragsrecht bei § 2227 sich nicht mit der Rechtsposition des vollstreckungsfreien Miterben bei der (anfänglichen) Ernennung durch das Nachlassgericht im Rahmen des § 2200 BGB deckt. Zwar ist dort gegen die

Ernennung die befristete Beschwerde (§§ 58 ff. FamFG) statthaft. Ein Miterbe, dessen Erbteil nicht von der Anordnung der Testamentsvollstreckung betroffen ist, wird jedoch nicht bereits durch die reine Auswahlentscheidung (d.h. die Person des Testamentsvollstreckers) in seinen Rechten beeinträchtigt.²⁹

Notar Dr. Peter Becker, Schwäbisch Gmünd.

²⁹ So das OLG Hamm NJW-RR 2009, 155 (155). Anders, wenn Anregung zur Ernennung nicht entsprochen wird oder Testamentsvollstrecker entgegen Ansicht des Miterben überhaupt ernannt wird, a.A. BeckOK / Lange, § 2200 BGB, Rn. 10, differenzierend, Reimann, MittBayNot 2008, 392.

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

Eintragung einer gemeinnützigen Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) mit „gUG (haftungsbeschränkt)“

GmbHG § 4 S. 2, § 5a; HGB § 17, § 18 Abs. 2

Amtlicher Leitsatz:

Eine gemeinnützige Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) kann mit „gUG (haftungsbeschränkt)“ eingetragen werden. (Rn. 10)

BGH (II. Zivilsenat),

Beschluss vom 28.04.2020 – II ZB 13/19

▶ I. Tatbestand:

1 Die Antragstellerin, eine gemeinnützige Unternehmergesellschaft in Gründung, begehrt ihre Eintragung in das Handelsregister mit der Firma „K. gUG (haftungsbeschränkt)“.

2 Das Amtsgericht Registergericht hat die Handelsregisteranmeldung mit Schreiben vom 7. Juni 2018 beanstandet, da der gewählte Rechtsform- und Haftungszusatz „gUG (haftungsbeschränkt)“ unzulässig sei. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde der Antragstellerin zurückgewiesen. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihren Eintragungsantrag weiter.

▶ II. Aus den Gründen:

3 Die aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht statthafte und auch im Übrigen gemäß § 382 Abs. 1 Satz 2, § 70 Abs. 1, § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde der Antragstellerin hat in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und der Zwischenverfügung des Amtsgerichts.

4 1. Das Beschwerdegericht (OLG Karlsruhe, ZIP 2019, 1327 ff.) hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

5 Die Bezeichnung „gUG (haftungsbeschränkt)“ sei kein zulässiger Rechtsform- und Haftungszusatz. § 5a GmbHG gehe der Regelung des § 4 GmbHG insgesamt, also auch dessen Satz 2, als speziellere Norm vor. Nach dessen Wortlaut seien andere als die ausdrücklich zugelassenen

Rechtsformzusätze und Abkürzungen ausgeschlossen. Dafür spreche der Sinn und Zweck der zwingend vorgegebenen Firmierung der Unternehmergesellschaft, die Geschäftspartner erkennen zu lassen, mit welcher Art von Gesellschaft sie es zu tun haben. Im Übrigen habe der Gesetzgeber bei der Einführung des § 4 Satz 2 GmbHG von einer entsprechenden Ergänzung des § 5a GmbHG abgesehen. Dass es sich dabei um ein redaktionelles Versehen gehandelt habe, sei angesichts des in Rechtsprechung und Literatur bereits damals geführten Streits um die Zulässigkeit der Bezeichnung „gUG (haftungsbeschränkt)“ fernliegend. Auch das Argument, die Unternehmergesellschaft sei inzwischen im Rechtsverkehr etabliert und die Abkürzung „gUG (haftungsbeschränkt)“ werde vielfach verwendet, helfe nicht darüber hinweg, dass es Aufgabe des Gesetzgebers sei, veränderten Bedürfnissen der Rechtspraxis mit entsprechenden Gesetzesänderungen Rechnung zu tragen.

6 2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts ist die Abkürzung „gUG“ in der Firma der Antragstellerin zulässig und eintragungsfähig. Die Antragstellerin kann die Abkürzung „gUG (haftungsbeschränkt)“ verwenden.

7 a) In der Literatur ist umstritten, ob die Abkürzung „gUG“ in der Firma einer Unternehmergesellschaft, die ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigte Zwecke nach den §§ 51 bis 68 der Abgabenordnung verfolgt, zulässig ist.

8 Nach einer Ansicht ist die Abkürzung „gUG“ nicht zulässig (MünchKommGmbHG/Heinze, 3. Aufl., § 4 Rn. 18a; MünchKommGmbHG/Rieder, 3. Aufl., § 5a Rn. 56b; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl., § 5a Rn. 7; Schmidt in Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 5a Rn. 55; Schäfer in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 5a Rn. 13; Hecht in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 4 Rn. 35; BeckOK GmbHG/Jaeger, Stand: 1. Februar 2020, § 4 Rn. 43; BeckOK GmbHG/Miras, Stand: 1. Februar 2020, § 5a Rn. 52; Schultheis, GWR 2019, 306 und 328; Wicke, MittBayNot 2014, 13, 20 f.; Wicke, GmbHR 2018, 1105, 1110; Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 5a Rn. 6; Schäfer in Bork/Schäfer, GmbHG, 4. Aufl., § 5a Rn. 15; Miras, Die neue Unternehmergesellschaft, 2. Aufl., S. 69 f. Rn. 212). § 5a Abs. 1 GmbHG enthalte zwingende firmenrechtliche Vorgaben für die Unternehmergesellschaft in Abweichung von § 4 GmbHG insgesamt und nicht nur von dessen Satz 1. Der Wortlaut lasse allein die Abkürzung „UG (haftungsbeschränkt)“ zu. Dies sei im Hinblick auf den Schutz des Rechtsverkehrs sinnvoll. Da der Begriff „UG“ relativ neu und noch nicht etabliert sei, habe es eine Verunsicherung des Rechtsverkehrs zur Folge, wenn zusätzlich der Begriff „gUG.“ kur-

sieren würde. Im Übrigen spreche der Umstand, dass der Gesetzgeber das Firmenrecht für die GmbH in § 4 Satz 2 GmbHG ergänzt, § 5a GmbHG aber unverändert gelassen habe, für den gesetzgeberischen Willen, die Abkürzung „gUG“ nicht zuzulassen.

9 Die Gegenauffassung hält die Abkürzung „gUG“ für zulässig (Wachter, EWiR 2019, 425, 426; Wachter, GmbHR 2013, R145, R146; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl., § 4 Rn. 9a; Servatius in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl., § 5a Rn. 9; Lutter/Hommelhoff/Klein-diek, GmbHG, 20. Aufl., § 5a Rn. 56; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl., § 4 Rn. 26; Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl., § 4 Rn. 12; Schmidt-Leithoff in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 4 Rn. 59; Baukelmann/Schmidt-Leithoff in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 5a Rn. 12; Vogt in Beck'sches Handbuch der GmbH, § 18 Rn. 16; Mock in Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 4 Rn. 86; Ullrich, GmbHR 2009, 750, 756; Hangebrauck, JR 2010, 323, 326; Römermann/Passarge, ZIP 2009, 1497, 1504; offen MünchKommHGB/Heidinger, 4. Aufl., § 18 Rn. 189; Paura in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl., § 5a Rn. 75). Die Abkürzung „g“ für gemeinnützig bei der Unternehmersgesellschaft anders als bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht zuzulassen, ließe sich nicht damit begründen, dass § 5a Abs. 1 GmbHG die Abkürzung „gUG“ nicht ausdrücklich erlaube. Die spezielle Regelung zur Firmierung der Unternehmersgesellschaft in § 5a GmbHG betreffe nur deren Rechtsformzusatz und nicht die Bezeichnung als „g“-Gesellschaft. Der Gesetzgeber habe mit § 4 Satz 2 GmbHG die Arbeit gemeinnütziger Gesellschaften fördern wollen. Die mangelnde Anpassung des § 5a GmbHG sei vermutlich ein Redaktionsversehen. Im Übrigen sei die Unternehmersgesellschaft mit der Abkürzung „UG“ mittlerweile weithin bekannt. Die Bezeichnung „gUG“ werde vielfach verwendet und sei in zahlreichen Handelsregistern eingetragen.

10 b) Der Senat schließt sich der zuletzt genannten Ansicht an. Die Abkürzung „gUG“ ist zulässig und kann ins Handelsregister eingetragen werden.

11 Die Firma einer Unternehmersgesellschaft muss nach § 5a Abs. 1 GmbHG abweichend von § 4 GmbHG den Rechtsformzusatz „Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ enthalten und im Übrigen den Vorgaben des allgemeinen Firmenrechts genügen (§ 13 Abs. 3 GmbHG i.V.m. §§ 17 ff. HGB). Die Firma darf insbesondere keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irreführen (§ 18 Abs. 2 HGB). Weder § 5a Abs. 1 GmbHG noch § 18 HGB lässt sich entnehmen, dass die Bezeichnung als „gUG (haftungsbeschränkt)“ unzulässig ist.

12 aa) Der Wortlaut des § 5a Abs. 1 GmbHG gibt keinen Aufschluss darüber, ob eine gemeinnützige Unternehmersgesellschaft die Abkürzung „gUG“ verwenden darf. Dass die abgekürzte Bezeichnung des Rechtsformzusatzes „UG (haftungsbeschränkt)“ lauten muss und in der Firma zu führen ist, verbietet Zusätze vor „UG“ dem Wortlaut nach nicht.

13 bb) Für die Zulässigkeit der Bezeichnung „gUG“ spricht, dass § 5a Abs. 1 GmbHG die Bezeichnung „UG“ nur anstelle der Bezeichnung als GmbH, nicht auch als gGmbH anordnet. § 5a Abs. 1 GmbHG enthält eine Sonderregelung zu § 4 Satz 1 GmbHG, also nur des Rechtsformzusatzes. Die Unternehmersgesellschaft ist keine eigene Rechtsform, sondern eine Variante der GmbH (RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 31), auf die das gesamte GmbHG anwendbar ist, soweit nicht § 5a GmbHG Sonderregelungen enthält. Eine Sonderregelung enthält § 5a Abs. 1 GmbHG nur für den Rechtsformzusatz der Unternehmersgesellschaft.

14 (1) Dass eine Sonderregelung nur zu § 4 Satz 1 GmbHG vorliegt, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt). Soweit § 5a Abs. 1 GmbHG anordnet, dass abweichend von § 4 die Bezeichnung „UG haftungsbeschränkt“ zu führen ist, kann sich das nach dem Wortlaut zwar sowohl auf den gesamten § 4 GmbHG als auch nur auf § 4 Satz 1 GmbHG beziehen. Bei der Einführung der Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbHG-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) enthielt § 4 GmbHG aber nur den heutigen Satz 1, so dass sich die Abweichung nach § 5a Abs. 1 GmbHG nur auf die Abkürzung des Rechtsformzusatzes beziehen konnte. § 4 Satz 2 GmbHG wurde erst mit dem Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes (Ehrenamtsstärkungsgesetz) vom 21. März 2013 (BGBl. I S. 556) eingeführt, als der Gesetzgeber die Abkürzung „gGmbH“ in § 4 Satz 2 GmbHG ausdrücklich zugelassen hat.

15 Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts lässt sich daraus, dass der Gesetzgeber bei der Einführung der gGmbH mit § 4 Satz 2 GmbHG trotz der Diskussion im juristischen Schrifttum die „gUG“ nicht geregelt hat, nicht schließen, dass er davon bewusst abgesehen hat. Mit § 4 Satz 2 GmbHG wollte der Gesetzgeber Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die steuerbegünstigte Zwecke nach den §§ 51 bis 68 der Abgabenordnung verfolgen, „weiterhin“ ermöglichen, ihre Firma mit der Abkürzung „gGmbH“ zu bilden, die seiner Auffassung nach bereits von zahlreichen bestehenden Gesellschaften verwendet werde (RegE eines Gesetzes zur Entbürokratisierung des Gemeinnützigkeitsrechts, BR-Drucks. 663/12, S. 25). Weder die UG (haftungsbeschränkt) noch andere

Gesellschaftsformen sind erwähnt. Auch in den weiteren Beratungen des Gesetzentwurfs erlangte die Änderung des GmbHG ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien keine Bedeutung.

16 (2) Für die Zulässigkeit spricht auch die Systematik des Gesetzes.

17 § 5a Abs. 1 GmbHG unterscheidet sich von anderen Regelungen zum Rechtsformzusatz dadurch, dass nur die Bezeichnung „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) oder UG (haftungsbeschränkt)“ zugelassen wird, ohne wie etwa in § 4 Satz 1 GmbHG allgemein verständliche Abkürzungen zuzulassen. Diese Vorgaben sind nach der Vorstellung des Gesetzgebers zwar zwingend, eine Abkürzung des Zusatzes „haftungsbeschränkt“ soll nicht zulässig sein (RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 31; vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juni 2012 II ZR 256/11, ZIP 2012, 1659 Rn. 16). § 5a Abs. 1 GmbHG gebietet damit allerdings nur die ausschließliche Verwendung der Abkürzung „UG (haftungsbeschränkt)“ anstelle von „GmbH“ oder einer anderen Abkürzung für „Unternehmergesellschaft“ oder „(haftungsbeschränkt)“. Regelungsgegenstand ist allein der Rechtsformzusatz, nicht auch ein weiterer Teil der Firma.

18 § 4 Satz 2 GmbHG regelt demgegenüber nicht den Rechtsformzusatz, sondern stellt lediglich klar, dass der Rechtsformzusatz in seiner Allgemeinverständlichkeit durch das Voranstellen des „g“ nicht beeinträchtigt wird, was zuvor umstritten war. Die Abkürzung „gGmbH“ soll nach der Auffassung des Gesetzgebers kein besonderer Rechtsformzusatz sein und der Buchstabe „g“ nicht auf eine besondere Gesellschaftsform hinweisen, sondern nur die Gemeinnützigkeit der Gesellschaft anzeigen (RegE eines Gesetzes zur Entbürokratisierung des Gemeinnützigkeitsrechts, BR-Drucks. 663/12, S. 25). Beschränkt sich der Bedeutungsinhalt des Zusatzes „g“ auf den Hinweis auf die Gemeinnützigkeit, gibt es keinen Grund, die Verwendung nur der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu gestatten. Vielmehr ist die Möglichkeit, dem Rechtsformzusatz ein „g“ für gemeinnützig voranzustellen, für die Unternehmergesellschaft allein daran zu messen, ob die Informations- und Aussagekraft des Rechtsformzusatzes beeinträchtigt wird, wie dies vor der Einfügung von § 4 Satz 2 GmbHG zur Abkürzung „gGmbH“ vertreten wurde (vgl. OLG München, ZIP 2007, 771; *Wachter*, EWiR 2007, 181; *Krause*, NJW 2007, 2156, 2157 f. jeweils mit Nachweisen zum damaligen Streitstand), wogegen sich der Gesetzgeber mit § 4 Satz 2 GmbHG wandte.

19 cc) Sinn und Zweck von § 5a GmbHG sprechen für die Zulässigkeit der Abkürzung „gUG“:

20 § 5a GmbHG schreibt die möglichen Rechtsformzusätze der Unternehmergesellschaft und damit insbesondere die ausgeschriebene Bezeichnung „(haftungsbe-

schränkt)“ zwingend vor, damit der Rechtsverkehr nicht darüber getäuscht wird, dass es sich um eine Gesellschaft mit möglicherweise sehr geringem Stammkapital handelt. Bezweckt ist die Information des Rechtsverkehrs über die Gesellschafts- und Haftungsverhältnisse, weshalb insbesondere das Fehlen der persönlichen Haftung und die dadurch entstehende Gläubigergefährdung in ausreichender Weise offenzulegen ist (BGH, Urteil vom 12. Juni 2012 II ZR 256/11, ZIP 2012, 1659 Rn. 10 ff.; zur GmbH & Co. KG BGH, Urteil vom 18. März 1974 II ZR 167/72, BGHZ 62, 216, 226; KG, ZIP 2009, 2293). Die Offenlegung der Haftungsbeschränkung erfolgt in erster Linie durch den zwingend auszuschreibenden Zusatz „(haftungsbeschränkt)“, in geringerem Maße durch „UG“. Das Voranstellen des Buchstaben „g“ beeinträchtigt die Verständlichkeit dieses Rechtsformzusatzes und des damit bezweckten Gläubigerschutzes nicht. Für die GmbH ist der Gesetzgeber mit § 4 Satz 2 GmbHG ausdrücklich davon ausgegangen, dass die Verständlichkeit des Rechtsformzusatzes durch die Hinzufügung der Abkürzung „g“ für gemeinnützig nicht beeinträchtigt wird.

21 Die Beschränkung des Zusatzes „g“ auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung würde auch dem gesetzgeberischen Ziel des Ehrenamtsstärkungsgesetzes (RegE, BR-Drucks. 663/12, S. 1 f.), die Arbeit von gemeinnützigen Körperschaften zu fördern und zu vereinfachen, nicht entsprechen.

22 dd) Entgegen einer verbreiteten Ansicht ist keine Verunsicherung des Rechtsverkehrs durch einen Zusatz „g“ zu befürchten, da der Begriff „UG“ relativ neu sei und es einige Zeit in Anspruch nehmen werde, bis er sich im Rechtsverkehr etabliert habe (so MünchKommGmbHG/*Rieder*, 3. Aufl., § 5a Rn. 56b; MünchKommGmbHG/*Heinze*, 3. Aufl., § 4 Rn. 18a; BeckOK GmbHG/*Miras*, Stand: 1. August 2019, § 5a Rn. 52; *Miras*, Die neue Unternehmergesellschaft, 2. Aufl., S. 69 f. Rn. 212). Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) hat sich nach ihrer Einführung durch das MoMiG im Jahr 2008 auch mit der Kurzform „UG (haftungsbeschränkt)“ durchgesetzt und weit verbreitet. Sie ist als Variante der GmbH mit geringerem Stammkapital mit ihrem Kürzel „UG“ den angesprochenen Verkehrskreisen mehr als elf Jahre nach ihrer Einführung bekannt. Hinzu kommt, dass dem Rechtsverkehr die Bedeutung des vorangestellten „g“ für gemeinnützig aufgrund der ausdrücklichen Zulassung in § 4 Satz 2 GmbHG im Jahr 2013 mittlerweile ebenfalls geläufig ist. Die beachtliche Anzahl der eingetragenen „g“-Gesellschaften spricht dafür, dass sich die Abkürzung „g“ für gemeinnützig auch aufgrund der Regelung bei der GmbH durchgesetzt hat und deshalb auch bei anderen Rechtsformzusätzen den Rechtsverkehr nicht verunsichert.

Anwachsung eines Gesellschaftsanteils beim überlebenden Gesellschafter unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs

BGB § 516, § 518 Abs. 2, § 2301 Abs. 2, § 2314, § 2325

Amtlicher Leitsatz:

Die bei einer zweigliedrigen, vermögensverwaltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts für den Fall des Todes eines Gesellschafters vereinbarte Anwachsung seines Gesellschaftsanteils beim überlebenden Gesellschafter unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs kann eine Schenkung im Sinne.

BGH (IV. Zivilsenat),

Urteil vom 03.06.2020 – IV ZR 16/19

► I. Tatbestand:

1 Der Kläger verlangt von der Beklagten die Ermittlung des Wertes zweier Eigentumswohnungen. Er ist der Sohn aus erster Ehe des 1946 geborenen und am 2. Januar 2017 verstorbenen Erblassers, der seit 1991 in zweiter Ehe mit der 1953 geborenen Beklagten verheiratet war.

2 Mit notariellem Kaufvertrag vom 25. Juli 2008 erwarb eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus dem Erblasser und der Beklagten, eine Eigentumswohnung in der L. Straße 55 in H.. Der Erblasser und die Beklagte in Gesellschaft bürgerlichen Rechts wurden nachfolgend als Eigentümer eingetragen. Zur Finanzierung nahmen sie ein durch Grundschuld gesichertes Darlehen über 125.000 € auf, für das sie zu gleichen Teilen hafteten; der restliche Kaufpreis wurde aus Eigenmitteln finanziert. Zins und Tilgung des Darlehens wurden aus den Mieteinnahmen der Wohnung gezahlt. Die Wohnung ist zu einem unter der ortsüblichen Miete liegenden Mietzins an den gemeinsamen Sohn des Erblassers und der Beklagten vermietet.

3 Mit notariellem Kaufvertrag vom 27. Dezember 2011 erwarb eine zugleich gegründete und aus dem Erblasser und der Beklagten bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine noch zu errichtende Eigentumswohnung im H. Weg 30 in H.. In diesem Vertrag hieß es unter anderem: „Die Gesellschaft wird mit dem Tode eines Gesellschafters aufgelöst; der Anteil des verstorbenen Gesellschafters wächst dem Überlebenden an. Die Erben erhalten – soweit gesetzlich zulässig – keine Abfindung; [...]. Dieser wechselseitige Abfindungsausschluss beruht auf dem

beiderseits etwa gleich hohen Risiko des Vorversterbens und ist im Interesse des jeweils überlebenden Gesellschafters vereinbart.“

4 Der zu zahlende Gesamtkaufpreis für die Wohnung nebst Stellplätzen von 3.224.739,51 € wurde in Höhe von 3.200.000 € aus dem Verkaufserlös für ein Grundstück, dessen Eigentümer der Erblasser und die Beklagte in Gesellschaft bürgerlichen Rechts gewesen waren, erbracht. Nach Fertigstellung der Wohnung zogen der Erblasser und die Beklagte dort ein. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wurde als Eigentümerin eingetragen.

5 Am 11. September 2014 schlossen der Erblasser und die Beklagte eine „Gesellschaftsrechtliche Vereinbarung“ für mehrere aus den beiden bestehende Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die jeweils Eigentümer von Wohnungen, unter anderem derjenigen im H. Weg 30 und in der L. Straße 55, waren. Für die darin genannten Gesellschaften wurde dort eine mit der vorstehend zitierten Passage aus dem Kaufvertrag vom 27. Dezember 2011 wortgleiche Regelung getroffen.

6 Mit notariellem Testament vom 24. Februar 2016 setzte der Erblasser die Beklagte als Alleinerbin und den gemeinsamen Sohn als Ersatzerben ein.

7 Der Kläger forderte von der Beklagten die Ermittlung des Wertes der beiden Wohnungen durch Sachverständigengutachten jeweils bezogen auf den Todestag des Erblassers und auf das Datum der Eintragung der Gesellschaften als Eigentümer. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels die Beklagte verurteilt, den Wert der beiden Wohnungen am Todestag des Erblassers durch Vorlage von Gutachten öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger zu ermitteln. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter.

► II. Aus den Gründen:

8 Die Revision hat keinen Erfolg.

9 Das Berufungsgericht hat – soweit für die Revision noch von Bedeutung – ausgeführt, dem Kläger stehe ein Wertermittlungsanspruch nach § 2314 BGB hinsichtlich der beiden Wohnungen bezogen auf den Todestag des Erblassers zu, weil er einen Pflichtteilsergänzungsanspruch in Bezug auf die zwischen der Beklagten und dem Erblasser für den Todesfall vereinbarte Übertragung von Anteilen der Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die Eigentümer der Wohnungen waren, habe. In der auf den Todesfall bezogenen Verfügung des Erblassers über

seinen Anteilswert an den Gesellschaften liege eine Zuwendung zugunsten der Beklagten. Es liege auch eine Einigung über die Unentgeltlichkeit dieser Zuwendung vor.

10 Die höchstrichterliche Rechtsprechung und der noch überwiegende Teil der Literatur gehe davon aus, dass eine gesellschaftsrechtliche Regelung, nach der eine Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters unter den verbleibenden Mitgesellschaftern fortgesetzt werde und gleichzeitig Abfindungsansprüche ausgeschlossen würden, grundsätzlich keine ergänzungsbedürftige Schenkung im Sinne des § 2325 BGB darstelle, wobei jeweils eine Einzelfallprüfung zu erfolgen habe. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze ließen sich aber nicht ohne Weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen. Bei den zwischen der Beklagten und dem Erblasser getroffenen Vereinbarungen habe nicht die Fortführung eines Unternehmens oder zumindest einer Gesellschaft im Vordergrund gestanden, da letztere mit dem Tod eines Gesellschafters habe aufgelöst werden sollen. Eine konkrete Arbeitsleistung der Beklagten für die Verwaltung der beiden Eigentumswohnungen sei nicht vorgetragen. Ein Haftungsrisiko sei nicht ersichtlich oder als äußerst gering zu betrachten.

11 Darüber hinaus sei auch unter dem Gesichtspunkt des aleatorischen Geschäfts von einer Vereinbarung der Eheleute über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung auszugehen. Soweit das Landgericht in diesem Zusammenhang feststelle, jeder Gesellschafter sei das gleiche Risiko eingegangen, dass seine Erben im Falle seines Vorversterbens am Wert des Anteils nicht berücksichtigt würden, sei dem nicht zuzustimmen. Dies habe ohnehin der Zielrichtung des Erblassers, der die Beklagte als Alleinerbin eingesetzt habe und damit die Übertragung seines Anteils auf die Beklagte allein unter Ausschluss des Klägers habe erreichen wollen, entsprochen.

12 Das hält rechtlicher Nachprüfung stand. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass dem Kläger als Pflichtteilsberechtigtem gegen die beklagte Erbin gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Anspruch auf Wertermittlung hinsichtlich der Gesellschaftsanteile des Erblassers zusteht, der sich jedenfalls auch auf den Wert der beiden Wohnungen als jeweils einzigem Vermögensgegenstand der Gesellschaften richtet.

13 1. Pflichtteilsergänzungsansprüche gemäß § 2325 BGB setzen voraus, dass der Erblasser eine Schenkung im Sinne von § 516 BGB gemacht hat, d.h. eine Zuwendung, die den Empfänger aus dem Vermögen des Gebers bereichert und bei der beide Teile darüber einig sind, dass sie unentgeltlich erfolgt (vgl. Senatsurteile vom 14. März 2018 – IV ZR 170/16, NJW 2018, 1475 Rn. 14; vom 10. Dezember 2003 – IV ZR 249/02, BGHZ 157, 178 unter II 1 [juris

Rn. 13]). Der Erwerb eines zugewendeten Gegenstandes (auf den kein Rechtsanspruch besteht) ist unentgeltlich, wenn er nicht rechtlich abhängig ist von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung des Erwerbers. Dabei kommen als rechtliche Abhängigkeit, welche die Unentgeltlichkeit ausschließt und Entgeltlichkeit begründet, Verknüpfungen sowohl nach Art eines gegenseitigen Vertrages als auch durch Setzung einer Bedingung oder eines entsprechenden Rechtszwecks in Betracht (vgl. Senatsurteile vom 14. März 2018 aaO Rn. 22; vom 27. November 1991 – IV ZR 164/90, BGHZ 116, 167 unter II 2 a [juris Rn. 15]).

14 2. Das Berufungsgericht geht rechtsfehlerfrei davon aus, dass die vereinbarte Anwachsung der Gesellschaftsanteile des Erblassers unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs im Fall seines Vorversterbens eine Schenkung des Erblassers an die Beklagte im Sinne von § 2325 Abs. 1 BGB war. Die Beklagte wurde durch die abfindungsfreie Anwachsung der Gesellschaftsanteile aus dem Vermögen des Erblassers bereichert. Das Berufungsgericht nimmt in aus Rechtsgründen nicht zu beanstandender Weise an, dass dieser Erwerb nach dem Willen der Beteiligten nicht durch eine Gegenleistung der Beklagten ausgeglichen werden sollte.

15 a) Dies steht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

16 aa) Als Mittel der gewillkürten Weitergabe von Vermögensgegenständen im Todesfall stehen dem Erblasser im deutschen Recht neben den Verfügungen von Todes wegen auch rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten außerhalb des Erbrechts offen. Insbesondere im Recht der Personengesellschaften besteht die Möglichkeit der Zuwendung von Rechtspositionen auf den Todesfall kraft gesellschaftsvertraglicher Regelungen (Senatsbeschluss vom 3. Dezember 2014 – IV ZB 9/14, NJW 2015, 623 Rn. 37 m.w.N.).

17 Der allseitige Abfindungsausschluss für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters wurde dabei für sich allein nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich nicht als Schenkung gewertet (vgl. Senatsurteil vom 26. März 1981 – IVa ZR 154/80, NJW 1981, 1956 unter 2 b [juris Rn. 15]; BGH, Urteil vom 20. Dezember 1965 – II ZR 145/64, WM 1966, 367 unter I 2; obiter dictum zu § 2301 BGB: BGH, Urteil vom 22. November 1956 – II ZR 222/55, BGHZ 22, 186 unter II 6 u. 7 [juris Rn. 20 f.]; offengelassen in BGH, Urteil vom 14. Juli 1971 – III ZR 91/70, WM 1971, 1338 unter B 2 [juris Rn. 38]). Zum einen geht die – bisher zu Personenhandels-gesellschaften ergangene – Rechtsprechung davon aus, dass gesellschaftsvertragliche Nachfolgevereinbarungen, auch wenn sie Abfindungsansprüche der Erben völlig ausschließen, im Allgemeinen nicht den Sinn ha-

ben, dem jeweils in Aussicht genommenen Nachfolger in den Gesellschaftsanteil letztwillig etwas zuzuwenden, sondern sie sollen in erster Linie gewährleisten, dass das Gesellschaftsunternehmen beim Tod eines Gesellschafters erhalten bleibt und seine Fortführung durch die oder den verbliebenen Gesellschafter nicht durch Abfindungsansprüche erschwert wird (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 1965 aaO unter I 1). Aufgrund der Zwecke einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung passe schon das Begriffspaar entgeltlich-unentgeltlich nicht, sondern vielmehr liege eine gesellschaftsrechtliche Regelung der Mitgliedschaft zur Erhaltung eines gesellschaftlich gebundenen Zweckvermögens vor (vgl. – die Frage einer Schenkung offen lassend – BGH, Urteil vom 14. Juli 1971 aaO).

18 Zum anderen soll es sich in der Regel beim allseitigen Abfindungsausschluss nicht um eine Zuwendung an die Mitgesellschafter, sondern um ein aleatorisches (zufallsabhängiges) Geschäft handeln (vgl. obiter dictum zu § 2301 BGB: BGH, Urteil vom 22. November 1956 – II ZR 222/55, BGHZ 22, 186 unter II 6 [juris Rn. 20] mit Zitat von Buchwald, JR 1955, 173, 174; ders. AcP 154 (1955), 22, 24 (Fn. 4)). Denn jeder Gesellschafter wende dem anderen das gleiche zu, und jeder nehme das gleiche Risiko auf sich, dass der Vorteil der Nachfolge in den Anteil dem anderen zufällt (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 1965 – II ZR 145/64, WM 1966, 367 unter I 2).

19 bb) Diese Rechtsprechung lässt aber für andere Fallgestaltungen hinreichend Raum, um auch bei Berücksichtigung des Fortführungsinteresses aus der Sicht eines Unternehmens die schutzwürdigen Belange der Nachlassbeteiligten wie z.B. der Pflichtteilsberechtigten zur Geltung zu bringen. Dabei hat das Gericht den Umständen des jeweils vorliegenden Geschäftes im Einzelnen sorgfältig nachzugehen (vgl. Senatsurteil vom 26. März 1981 – IVa ZR 154/80, NJW 1981, 1956 unter 2 a [juris Rn. 12]). Es ist zu prüfen, ob besondere Umstände, die die Annahme einer in dem Abfindungsausschluss liegenden Schenkung rechtfertigen könnten, vorliegen (vgl. Senatsurteil aaO unter 2 b [juris Rn. 13]).

20 b) Auf dieser Grundlage ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht hier eine nach dem Willen der Beteiligten unentgeltliche Zuwendung des Erblassers festgestellt hat.

21 aa) Zutreffend – und von der Revision daher zu Recht nicht in Frage gestellt – geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Vereinbarung einer Nachfolgeklausel mit Abfindungsausschluss hier keine gesellschaftsrechtliche Zwecksetzung zur Sicherung des Fortbestands des Gesellschaftsunternehmens zugrunde lag. Dabei kommt es zwar entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht entscheidend darauf an, dass

die hier betroffenen Gesellschaften nur aus zwei Gesellschaftern bestanden und daher durch den Tod des Erblassers aufgrund der Anwachsungsregelung aufgelöst wurden; das Ziel, das Gesellschaftsunternehmen für den Todesfall eines Gesellschafters zu sichern, kann auch bei Zweipersonengesellschaften bestehen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 1965 – II ZR 145/64, WM 1966, 367 unter I 2 in Verbindung mit dem Tatbestand). Das Berufungsgericht erkennt aber rechtsfehlerfrei, dass die Fortführung eines Unternehmens bei dieser Vereinbarung nicht im Vordergrund stand. Die Gesellschaften dienten vielmehr allein der Wahrnehmung der Eigentümerposition für jeweils eine Wohnung, die selbstgenutzt bzw. zu nicht marktgerechtem Mietzins an einen Angehörigen vermietet war.

22 bb) Das Berufungsgericht nimmt im Ergebnis auch rechtsfehlerfrei an, dass die Beklagte nach der getroffenen Vereinbarung keine Gegenleistung für die Zuwendung in Form von Arbeitsleistungen oder der Übernahme eines Haftungsrisikos erbringen sollte. Dabei kommt es nicht darauf an, ob – wie das Berufungsgericht annimmt – als Gegenleistung für eine vereinbarte Anwachsung von Gesellschaftsanteilen die Übernahme eines Haftungsrisikos überhaupt in Betracht kommt. Die Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die als Gegenleistung für die Aufnahme in eine Personengesellschaft übernommen werden kann (vgl. dazu BGH, Urteil vom 2. Juli 1990 – II ZR 243/89, BGHZ 112, 40 unter I 1 a bb [juris Rn. 15]; OLG Schleswig NZG 2012, 1423, 1425 f. [juris Rn. 56 ff.]), trifft einen Mitgesellschafter bereits vor einer Anwachsung weiterer Gesellschaftsanteile beim Tod eines anderen Gesellschafters. Jedenfalls geht das Berufungsgericht aber rechtsfehlerfrei davon aus, dass die Übernahme der Gesellschaftsanteile des Erblassers hier für die Beklagte kein relevantes Risiko einer Haftung für mit dem Erwerb der Wohnungen verbundene Verbindlichkeiten mit sich brachte. Nach den aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts war die Wohnung H. Weg 30 aus Eigenmitteln finanziert; für das zur Finanzierung der Wohnung L. Straße 55 aufgenommene Darlehen haftete die Beklagte ohnehin mit. Weiter hat die Beklagte für die Verwaltung der beiden Wohnungen nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts keine konkrete Arbeitsleistung übernommen.

23 cc) Das Berufungsgericht geht außerdem rechtsfehlerfrei davon aus, dass nach dem Willen der Beteiligten die Zuwendung des Erblassers auch nicht durch die entsprechende Erklärung der Beklagten ausgeglichen wurde, ihre Gesellschaftsanteile sollten im Fall ihres Vorversterbens abfindungsfrei dem Erblasser anwachsen.

Entgegen der Begründung im Kaufvertrag H. Weg 30 und in der „Gesellschaftsrechtlichen Vereinbarung“, der wechselseitige Abfindungsausschluss beruhe auf dem beidseits etwa gleich hohen Risiko des Vorversterbens und sei im Interesse des jeweils überlebenden Gesellschafters vereinbart, haben die Beteiligten nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts diese Vereinbarung nicht getroffen, um unter Übernahme des Risikos eines abfindungsfreien Verlusts der eigenen Gesellschaftsanteile eine Chance auf den Erwerb der Anteile ihres Mitgesellschafters zu erwerben.

24 Das in den zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs für den Fall eines allseitigen Abfindungsausschlusses angenommene aleatorische (zufallsabhängige) Geschäft zeichnet sich dadurch aus, dass die Gesellschafter das Risiko, im Fall ihres Vorversterbens den Gesellschaftsanteil ohne Abfindungsanspruch ihrer Erben zu verlieren, eingehen, um als Gegenleistung die Chance auf den abfindungsfreien Erwerb der Anteile ihrer Mitgesellschafters zu erlangen (vgl. *Hölscher*, ErbR 2016, 422, 428; *Beckervordersandfort*, ZErB 2016, 189, 192; *Lange*, ZErB 2014, 121, 125; *Winkler*, BB 1997, 1697, 1703). Diese Voraussetzungen lagen hier aber nicht vor.

25 Das Berufungsgericht geht rechtsfehlerfrei davon aus, dass der Erblasser mit der Vereinbarung kein Verlustrisiko einging, sondern die abfindungsfreie Übertragung der Gesellschaftsanteile gerade seiner Zielsetzung entsprach. Obgleich es nicht Voraussetzung für die Annahme einer Schenkung ist, dass die Beteiligten den Gesellschaftsvertrag auch oder sogar allein zu dem Zweck geschlossen haben, die Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge des Erblassers zu vermindern, spräche dies in besonderem Maße für den Schenkungswillen der Beteiligten (vgl. Senatsurteil vom 26. März 1981 – IVa ZR 154/80, NJW 1981, 1956 unter 3 juris Rn. 16). Den Willen des Erblassers, die Gesellschaftsanteile der Beklagten zuzuwenden, legte hier bereits deren Stellung als seine Ehefrau nahe; ein Übergang seiner Anteile auf eine familienfremde Person durch die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung war damit ausgeschlossen. Das weitere Ziel, erbrechtliche Ansprüche des Klägers auszuschließen, wurde nach den Feststellungen des Berufungsgerichts durch die Einsetzung der Beklagten als Alleinerbin bestätigt. Dabei kam es entgegen der Ansicht der Revision nicht entscheidend darauf an, dass der Erblasser erst nach der „Gesellschaftsrechtlichen Vereinbarung“ zugunsten der Beklagten testierte und er an diese letztwillige Verfügung nicht gebunden war. Das Berufungsgericht hat darin nur rechtsfehlerfrei eine Bestätigung der bestehenden Willensrichtung des Erblassers gesehen, der Beklagten Vermögen unter Ausschluss des Klägers zuzuwenden; der Ausdruck dieses Willens

setzt keine bindende letztwillige Verfügung voraus. Die Möglichkeit, dass die Beklagte vor dem Erblasser hätte sterben können, steht der Annahme des Berufungsgerichts entgegen der Ansicht der Revision nicht entgegen. In diesem Fall hätten die Gesellschaftsanteile der Beklagten nicht ohne Weiteres den späteren Pflichtteilsanspruch des Klägers nach dem Erblasser erhöht, so dass der Kläger letztlich durch die Vereinbarung sogar begünstigt worden wäre. Es wäre nur das Ziel des Erblassers, der Beklagten etwas zuzuwenden, weggefallen, doch hätte er neu testieren oder unter Lebenden über sein Vermögen verfügen können. Umgekehrt besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass der Erblasser diese Vereinbarung traf, um auf ein Vorversterben der Beklagten zu spekulieren und eine Chance auf den Erwerb ihrer Gesellschaftsanteile zu erhalten.

26 Entgegen der Ansicht der Revision ist auch ohne Bedeutung, ob eine Ausgestaltung des gemeinsamen Eigentums an den Wohnungen als Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Gegensatz zur Bruchteilsgemeinschaft rechtliche Vorteile hat. Für die Frage der Unentgeltlichkeit kommt es allein darauf an, ob die mit dem abfindungsfreien Übergang der Gesellschaftsanteile verbundene Entreicherung des Erblassers gerade aus dem Vermögen der Beklagten als Zuwendungsempfängerin ausgeglichen werden sollte. Das war hier nicht der Fall.

27 3. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Schenkungen – auch soweit der Abfindungsausschluss für die Gesellschaft zur Wohnung L. Straße 55 nur privatschriftlich vereinbart wurde – wirksam waren. Die Schenkung war bereits durch Abschluss der gesellschaftsrechtlichen Vereinbarung im Sinne von § 2301 Abs. 2 BGB vollzogen und der Formmangel nach § 518 Abs. 2 BGB geheilt. Denn ein Geschäft unter Lebenden ist vollzogen, wenn der Erblasser zu Lebzeiten alles getan hat, was von seiner Seite zur Zuordnung des Gegenstandes an den Begünstigten erforderlich ist, und seinen Zuwendungswillen in entsprechendem Umfang in die Tat umgesetzt hat (BGH, Urteil vom 14. Juli 1971 – III ZR 91/70, WM 1971, 1338 unter A I 2 c [juris Rn. 21] m.w.N.). Das gilt auch dann, wenn der Erwerb befristet oder – wie hier durch das Vorversterben des Zuwendenden – bedingt ist. Es genügt für den Vollzug einer Schenkung, dass für den Beschenkten ein Erwerbs- oder Anwartschaftsrecht begründet wird, das sich bei Eintritt der Bedingung zwangsläufig zu einem Vollrecht entwickelt (vgl. BGH, Urteil vom 29. November 2011 – II ZR 306/09, NZG 2012, 222 Rn. 20 m.w.N.). Das ist bei der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung einer Nachfolgeklausel unter Abfindungsausschluss der Fall (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juli 1971 aaO).

Familienrechtliche Genehmigung einer stillen Beteiligung

BGB § 181, § 1822 Nr. 3, § 1909 Abs. 2; HGB § 161 Abs. 2, § 164, FamFG § 58; FamGKG § 36 Abs. 1

Redaktionelle Leitsätze:

1. Eine Beschwerderecht steht auch den Eltern im eigenen Namen zu, denn durch die Versagung der familiengerichtlichen Genehmigung eines Vertrages für ihr Kind wird zugleich ihr Recht zur Verwaltung des Kindesvermögens beeinträchtigt. (Rn. 17)
2. Das Familiengericht hat sich bei der Frage der Erteilung der familiengerichtlichen Genehmigung auf den Standpunkt eines verständigen, die Tragweite des Geschäfts überblickenden Volljährigen zu stellen und muss deshalb auch Erwägungen zur Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit des jeweiligen Rechtsgeschäfts anstellen. Beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrages hat es außer der vertraglichen Stellung des Kindes in der Gesellschaft und neben vermögensrechtlichen Gesichtspunkten auch die Mitgesellschafter hinsichtlich ihrer Vermögensverhältnisse sowie ihrer charakterlichen und fachlichen Eignung zu beurteilen, weil die Verantwortung für die Vermögenslage des Kindes im Rahmen der Gesellschaft vorwiegend bei dem geschäftsführenden Gesellschafter liegt. (Rn. 20)
3. Die familiengerichtliche Genehmigung ist zu versagen, wenn die konkrete Gefahr besteht, der Minderjährige werde wegen der Beteiligung an dem Geschäft in die Volljährigkeit mit erheblichen Schulden entlassen und sei bei der Gestaltung seines weiteren Lebens nach Eintritt der Volljährigkeit unzumutbaren, nicht von ihm selbst verantworteten Belastungen ausgesetzt (Rn. 21)
4. Eine Vereinbarung, wonach der stille Gesellschafter am Verlust überhaupt nicht beteiligt ist oder, wie hier, nur beschränkt auf seine Einlage haftet, behält auch im Insolvenzverfahren ihre Wirksamkeit. Eine Haftung kommt nur in Betracht, wenn ein besonderer Haftungsgrund gegeben ist, z.B. durch Auftreten im Außenverhältnis als Kommanditist und Begründung einer Rechtsscheinhaftung. Dies steht der familiengerichtlichen Genehmigung nicht entgegen. (Rn. 26)

OLG Nürnberg (9. Zivilsenat),
Beschluss vom 23.12.2019 – 9 WF 1037/19

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten, der von der Ergänzungspflegerin vertretene A.S., geb. ... 2018, dessen miteinander verheiratete

Eltern, die gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer der T. N.. GmbH und die einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführer der S.. UG und der D.. F. UG haben mit Urkunde des Notars Dr. J.. H.. vom 22.02.2019, URNr. ... J folgende Veräußerungen vorgenommen:

2 Gem. Ziffer II. des Notarvertrags hat die Kindsmutter ihre atypische stille Beteiligung an der S.. UG (haftungsbeschränkt) in Höhe von 200,00 €, die sie selbst am 02.01.2015 erworben hatte, sowie ihre atypische stille Beteiligung an der T.C.. N.. GmbH in Höhe von 1.000,00 €, die sie ebenfalls am 02.01.2015 erworben hatte, an das Kind veräußert.

3 Gem. Ziffer III. des Notarvertrags erfolgte die Veräußerung unentgeltlich als Schenkung. Sie ist jedoch auf den Pflichtteil des Kindes am Nachlass der Mutter anzurechnen, bei gesetzlicher Erbfolge aber nicht auszugleichen.

4 Unter Ziffer IV. hat der Veräußerer garantiert, dass die genannten Beteiligungen in vollem Umfang einbezahlt sind.

5 Unter Ziffer VI. 2. beantragen die Vertragsteile die Genehmigung des Familiengerichts und bevollmächtigen den Notar unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB die Genehmigung entgegenzunehmen.

6 Der Urkunde ist eine Kopie des Gesellschaftsvertrags über eine atypische stille Beteiligung der S.. UG vom 02.01.2013 und der Änderungen vom 30.11.2016 beigelegt. Unter dessen § 1 Absatz 1 ist geregelt, dass die Gesellschaft eine Holding betreibt. Unter § 1 Absatz 2 ist die Höhe der stillen Einlage von 200,00 € geregelt. In § 5 ist die Gewinn- und Verlustbeteiligung des stillen Gesellschafters mit 0,5% geregelt sowie, dass der stille Gesellschafter am Verlust nur bis zur Höhe seiner Einlage beteiligt ist. § 3 regelt, dass zur Geschäftsführung allein der zur Führung der Geschäfte bestellte Vertreter der GmbH berechtigt ist. Die Änderung vom 30.11.2016 regelt weiter, dass der stille Teilhaber die Kontrollrechte nach § 716 BGB sowie die Rechte nach §§ 161 Absatz 2 und 164 HGB hat.

7 Der Urkunde ist weiter eine Kopie des Gesellschaftsvertrags über eine atypische stille Beteiligung der T.C.. N.. GmbH vom 01.01.2011 und der Änderungen vom 30.11.2016 beigelegt. Unter dessen § 1 Absatz 1 ist geregelt, dass die Gesellschaft eine Tanzschule und damit zusammenhängende Geschäfte betreibt. Unter § 1 Absatz 2 ist die Höhe der stillen Einlage von 1000,00 € geregelt. In § 5 ist die Gewinn- und Verlustbeteiligung des stillen Gesellschafters mit 0,5% geregelt sowie, dass der stille Gesellschafter am Verlust nur bis zur Höhe seiner Einlage beteiligt ist. § 3 regelt, dass zur Geschäftsführung allein der zur Führung der Geschäfte bestellte Vertreter der GmbH berechtigt ist. Die Änderung vom 30.11.2016 regelt weiter, dass der stille Teilhaber die Kontrollrechte nach § 716 BGB sowie die Rechte nach §§ 161 Absatz 2 und 164 HGB hat.

8 Gem. § 8 Absatz 2 der jeweiligen Gesellschaftsverträge ist der stille Gesellschafter an den stillen Reserven mit 0,5% beteiligt.

9 Der Notar hat bestätigt, dass im Handelsregister beim Amtsgericht – Registergericht – Nürnberg der Kindsvater, Herr S.. S.. sowie Herr S.. K.. als Geschäftsführer gemeinsam zur Vertretung der T.C.. GmbH und jeweils einzeln zur Vertretung der S.. UG berechtigt eingetragen sind. Beide haben in dieser Eigenschaft unter Ziffer VI. 1. der Notarurkunde den Übertragungen zugestimmt.

10 Zum Abschluss des Notarvertrags hat das Amtsgericht dem minderjährigen Kind eine Ergänzungspflegerin bestellt, die die beurkundeten Erklärungen abgegeben hat.

11 Das Amtsgericht hat für die Prüfung der Genehmigung für das Kind eine Ergänzungspflegerin bestellt. Diese hat Bedenken gegen die Genehmigung erhoben und auf das Risiko einer Nachschusspflicht im Falle einer Insolvenz hingewiesen. Sie hat Bezug genommen auf ein Schreiben des Steuerberaters der Eltern, der darauf hingewiesen hat, dass eine Beschränkung der Außenhaftung nicht möglich sei und ein Haftungsrisiko im Fall der Liquidation bestehe, was als gering eingeschätzt werde.

12 Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 27.08.2019 die Genehmigung versagt.

13 Zur Begründung hat es auf das o.g. Haftungsrisiko im Außenverhältnis Bezug genommen.

14 Gegen diesen, ihnen jeweils am 29.08.2019 zugestellten Beschluss wenden sich die Kindeseltern mit ihrer Beschwerde vom 10.09.2019, eingegangen am selben Tag.

15 Zur Begründung haben sie darauf verwiesen, dass eine Außenhaftung des atypischen stillen Gesellschafters nicht bestehe.

16 Sie beantragen weiterhin die Genehmigung des Notarvertrags.

► II. Aus den Gründen:

17 Die Beschwerde der Kindeseltern ist zulässig gem. § 58 ff FamFG, insbesondere sind sie beschwerdebefugt gem. § 59 Absatz 1 FamFG (Zöller/*Feskorn*, ZPO, 33. Auflage, § 59 FamFG Rn. 5a). Das Beschwerderecht steht auch den Eltern im eigenen Namen zu, denn durch die Versagung der Genehmigung des Notarvertrags wird zugleich ihr Recht zur Verwaltung des Kindesvermögens beeinträchtigt (OLG Zweibrücken FamRZ 2012, 1961 – juris Rn. 8; BayObLG FamRZ 1981, 196; MüKo/*Huber*, BGB 8. Aufl., § 1643 Rdnr. 45).

18 Gegen die Ankündigung des Senats, ohne erneute Anhörung im schriftlichen Verfahren zu entscheiden, wurden keine Einwände erhoben.

19 Die Genehmigungsbedürftigkeit des Notarvertrags ergibt sich vorliegend aus § 1822 Nr. 3 BGB, § 1915 Absatz 1 Satz 1 BGB (OLG Frankfurt FamRZ 2009, 620). Gegenstand des Vertrags ist der Erwerb von Anteilen an zwei Gesellschaften, die dem Betrieb einer Tanzschule dienen. Nachdem die Mutter Veräußerer der Anteile ist und der Vater jeweils vertretungsbefugter Geschäftsführer der jeweiligen Gesellschaften ist, war für den Abschluss des Notarvertrags eine Ergänzungspflegerin gem. §§ 181, 1909 Absatz 1 BGB für das Kind bestellt worden.

20 Der familiengerichtliche Genehmigungsvorbehalt ist eine Ausnahme vom Grundsatz der elterlichen Autonomie, welche die ungeschmälerete Vertretungsmacht beinhaltet. Die Genehmigung darf daher nur versagt werden, wenn das in Aussicht genommene Geschäft nach den im Zeitpunkt der Entscheidung zu beurteilenden Gesamtumständen nicht dem Interesse und Wohl des Kindes entspricht (OLG Zweibrücken FamRZ 2012, 1961 – juris Rn. 11). Belange Dritter, insbesondere der Eltern, sind ohne Bedeutung. Das Familiengericht hat sich auf den Standpunkt eines verständigen, die Tragweite des Geschäfts überblickenden Volljährigen zu stellen und muss deshalb auch Erwägungen zur Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit des jeweiligen Rechtsgeschäfts anstellen. Beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrages hat es außer der vertraglichen Stellung des Kindes in der Gesellschaft und neben vermögensrechtlichen Gesichtspunkten auch die Mitgesellschafter hinsichtlich ihrer Vermögensverhältnisse sowie ihrer charakterlichen und fachlichen Eignung zu beurteilen, weil die Verantwortung für die Vermögenslage des Kindes im Rahmen der Gesellschaft vorwiegend bei dem geschäftsführenden Gesellschafter liegt (BayObLG FamRZ 1990, 208, 209; FamRZ 1996, 119 – juris Rn. 20; 1997, 842 – juris Rn. 22 f.; OLG Hamm FamRZ 2001, 53).

21 Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die konkrete Gefahr besteht, der Minderjährige werde wegen der Beteiligung an dem Geschäft in die Volljährigkeit mit erheblichen Schulden entlassen und sei bei der Gestaltung seines weiteren Lebens nach Eintritt der Volljährigkeit unzumutbaren, nicht von ihm selbst verantworteten Belastungen ausgesetzt (BayObLG NJW-RR 1997, 1163).

22 Diese Gefahr besteht bei dem vorliegenden Vertrag jedoch nicht.

23 Im Notarvertrag ist unter Ziffer IV. 1 b festgestellt, dass die jeweiligen Einlagen vollständig einbezahlt sind. Gem. Ziffer III. des Notarvertrags erfolgt die Veräußerung der Anteile unentgeltlich als Schenkung, die Kosten des Notarvertrags trägt gem. dessen Ziffer VIII. der Veräußerer, sodass mit dem Erwerb der Anteile für das 1-jährige Kind keinerlei Kosten verbunden sind.

24 Bei der stillen Gesellschaft handelt es sich um eine BGB Gesellschaft gem. § 705 BGB, und zwar um eine

reine Innengesellschaft. Sie tritt nach außen nicht in Erscheinung. Der stille Gesellschafter nimmt am Verlust der Gesellschaft nur bis zum Betrag seiner eingezahlten Einlage teil (Vogl, Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 49 2019, Stille Gesellschaft Rn. 9). Um eine atypisch stille Gesellschaft handelt es sich, wenn der stille Gesellschafter, wie vorliegend jeweils in § 8 der beiden Gesellschaftsverträge geregelt, schuldrechtlich an den stillen Reserven beteiligt wird. Beide Verträge beschränken die Haftung des stillen Gesellschafters in § 5 Absatz 1 im Falle des Verlustes auf die Höhe der – bereits vollständig gezahlten – Einlage, sodass auch insoweit kein Risiko für das Kind besteht.

25 Das vom Steuerberater der Familie gesehene Haftungsrisiko im Falle einer Insolvenz in Form einer Nachschusspflicht ist nicht nachvollziehbar.

26 Nach den Gesellschaftsverträgen ist eine Nachschusspflicht nicht vorgesehen. Der BGH hat klargestellt, dass ein atypischer stiller Gesellschafter für die Verbindlichkeiten des Inhabers des Handelsgeschäfts im Außenverhältnis nicht haftet (BGH BB 2010, 1883; *Blaurock*, Handbuch

Stille Gesellschaft, 8. Auflage 2016, Rn. 17.72), auch nicht im Fall der Insolvenz. Eine Vereinbarung, wonach der stille Gesellschafter am Verlust überhaupt nicht beteiligt ist oder, wie hier, nur beschränkt auf seine Einlage haftet, behält auch im Insolvenzverfahren ihre Wirksamkeit. Eine Haftung kommt nur in Betracht, wenn ein besonderer Haftungsgrund gegeben ist, z.B. durch Auftreten im Außenverhältnis als Kommanditist und Begründung einer Rechtsscheinhaftung (*Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft, 8. Auflage 2016, Rn. 17.73). In den vorliegenden Gesellschaftsverträgen ist in § 3 geregelt, dass ausschließlich die zur Geschäftsführung bestellten Geschäftsführer die jeweilige Gesellschaft nach außen vertreten. Dem stillen Gesellschafter werden lediglich die Kontrollrechte eingeräumt. Anhaltspunkte für ein Auftreten im Außenverhältnis bestehen nicht. Die einzige Pflicht könnte sich aus der Pflicht zur Einzahlung einer rückständigen Einlage im Falle der Insolvenz ergeben, § 236 Absatz 2 HGB. Diese ist aber geleistet.

27 Im Ergebnis ist die beantragte Genehmigung zu erteilen.

LIEGENSCHAFTSRECHT

Auch Nachzügler-Erwerber vom Bauträger wird werdender Wohnungseigentümer

WEG § 8, § 10 Abs. 6; FamFG § 47; ZPO § 91 Abs. 1 S. 1

Amtliche Leitsätze:

1. Die Anwendung der Grundsätze über die werdende Wohnungseigentümergeinschaft setzt nicht voraus, dass es sich bei dem Ersterwerb von dem teilenden Eigentümer um einen Bauträgervertrag handelt. Diese Grundsätze gelten vielmehr unabhängig davon, ob der Erwerbsvertrag eine Errichtungs-, Herstellungs- oder Sanierungsverpflichtung umfasst, für jeden Ersterwerb vom teilenden Eigentümer. (Rn. 10)

2. Werdender Wohnungseigentümer ist auch derjenige, der nach Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtssinne von dem teilenden Eigentümer Wohnungseigentum erwirbt und durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung und Übergabe der Wohnung eine gesicherte Rechtsposition erlangt. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob ein solcher Ersterwerb von dem teilenden Eigentümer während der eigentlichen Vermarktungsphase oder erst längere Zeit nach deren Abschluss erfolgt (Fortführung von Senat, Urteil vom 11. Mai 2012 – V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rn. 12). (Rn. 13)

BGH (V. Zivilsenat),

Urteil vom 14.02.2020 – V ZR 159/19

► I. Tatbestand:

1 Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. Das gemeinschaftliche Grundstück stand ursprünglich im Alleineigentum der T. GmbH (fortan T.), die es mit notarieller Urkunde vom 26. Januar 2013 in Wohnungs- und Teileigentum aufteilte. Die Aufteilung des Grundstücks wurde am 30. September 2015 im Grundbuch vollzogen. In der Zwischenzeit hatte die T. mit dem Verkauf der Wohnungs- und Teileigentumseinheiten begonnen. Aufgrund einer Auflassung vom 6. Januar 2015 wurde am 31. März 2016 die erste Käuferin in das Grundbuch eingetragen.

2 Mit notariellem Vertrag vom 30. Juni 2016 verkaufte die T. einer anderen Erwerberin (fortan: [die] Erwerberin) zwei schon errichtete und weitere vier noch zu errichtende Wohnungen im Dachgeschoss der Anlage für 1 Mio. €.

Zugunsten der Erwerberin wurden am 2. August 2016 Auflassungsvormerkungen für die errichteten Wohnungen eingetragen. Der Kaufpreis wurde am 22. August 2016 gezahlt; am gleichen Tag erfolgte die Übergabe der beiden Wohnungen. Zu Wohnungseigentümersammlungen am 19. Januar, 9. Mai und 13. Juli 2017 wurde der Geschäftsführer der Erwerberin eingeladen. Auf einer dieser Versammlungen wurde er auch zum Mitglied des Verwaltungsbeirats der Anlage gewählt.

3 An der Eigentümersammlung vom 6. November 2017 wollte der Geschäftsführer der Erwerberin ebenfalls teilnehmen. Ein Vertreter der damaligen Verwalterin schloss ihn von der Teilnahme mit der Begründung aus, die Erwerberin sei noch nicht im Grundbuch eingetragen. Auf der Versammlung beschlossen die Wohnungseigentümer unter TOP 4 mit einer Mehrheit von 9.308,468/10.000 die Ermächtigung des Verwaltungsbeirats, mit der bisherigen Verwalterin einen Aufhebungsvertrag zu schließen, demzufolge deren Verwalteramt ebenso wie der Verwaltervertrag mit dem 31. Dezember 2017 enden und wechselseitige Ansprüche nach näherer Maßgabe ausgeschlossen sein sollten.

4 Die Klägerinnen stützen die Beschlussanfechtungsklage u.a. darauf, dass die Erwerberin als werdende Wohnungseigentümerin nicht von der Eigentümersammlung, insbesondere von der Aussprache und der Abstimmung zu TOP 4 habe ausgeschlossen werden dürfen. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landgericht hat die Berufung der Klägerin zu 1 zurückgewiesen. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, möchte die Klägerin zu 1 weiterhin erreichen, dass der Beschluss zu TOP 4 über die Ermächtigung des Verwaltungsbeirats zum Abschluss des Aufhebungsvertrages mit der früheren Verwalterin für ungültig erklärt wird.

► II. Aus den Gründen:

5 Nach Auffassung des Berufungsgerichts entspricht der angefochtene Beschluss ordnungsmäßiger Verwaltung. Er leide nicht an formellen Mängeln. Die Erwerberin sei nicht zur Teilnahme an der Versammlung berechtigt gewesen; ihr Ausschluss entspreche deshalb ordnungsmäßiger Verwaltung. Zwar sei anerkannt, dass ein sog. werdender Wohnungseigentümer wie ein Wohnungseigentümer zu behandeln sei und demzufolge sein Stimmrecht in der Versammlung ausüben könne. Die Erwerberin sei im Zeitpunkt der Eigentümersammlung aber keine werdende Wohnungseigentümerin gewesen. Sie habe den Erwerbsvertrag erst nach Invollzugsetzung der Wohnungseigentümergeinschaft durch Eintragung der ers-

ten Käuferin in das Grundbuch geschlossen. Sie sei deshalb wie ein Zweiterwerber zu behandeln, der seine Stellung als Wohnungseigentümer erst mit der Eintragung im Grundbuch erlange. Der Bundesgerichtshof habe das Rechtsinstitut des werdenden Wohnungseigentümers aus Gründen der Gleichbehandlung zwar auf jene Ersterwerber ausgedehnt, die den Erwerbsvertrag vor Entstehung des Verbandes abgeschlossen, die gesicherte Erwerbsposition indessen erst nach Invollzugsetzung des Verbandes erworben hätten. Die Frage, ob dies auch für einen Ersterwerber gelte, der sein Wohnungseigentum erst nach Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft vom teilenden Eigentümer erwerbe, habe der Bundesgerichtshof aber offengelassen. Solche Erwerber seien als Zweiterwerber zu behandeln. Auf sie könne das Wohnungseigentumsgesetz schon mangels Regelungslücke nicht vorgelagert analog angewendet werden. Auch bereite die Abgrenzung solcher Erwerber von Zweiterwerbern Schwierigkeiten, weil sich ein zeitlicher „Endtermin“ nicht sachgerecht bestimmen lasse.

6 Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Auf die Revision der Klägerin zu 1 ist der Beschluss für ungültig zu erklären.

7 1. Das Rechtsmittel ist zulässig. Insbesondere ist das Rechtsschutzinteresse gegeben. Eine Aufhebung des Beschlusses zu TOP 4 der Eigentümerversammlung vom 6. November 2017 hat allerdings keine Auswirkungen auf den Bestand des Aufhebungsvertrages. Mit der Aufhebung des Ermächtigungsbeschlusses entfielen zwar rückwirkend die Vollmacht der zum Abschluss des Vertrages ermächtigten Wohnungseigentümer; der abgeschlossene Vertrag bliebe hiervon aber analog § 47 FamFG unberührt (vgl. dazu Senat, Urteil vom 5. Juli 2019 – V ZR 278/17, ZfIR 2020, 142). Das Rechtsschutzinteresse der Klägerin zu 1 entfielen damit jedoch nur, wenn ein Erfolg der Klage den Wohnungseigentümern oder der Gemeinschaft ausnahmsweise keinen Nutzen mehr bringen könnte. Diese Gewissheit besteht hier nicht. Denn ein bestandskräftiger Beschluss schließt in etwaigen Folgeprozessen jedenfalls den Einwand aus, die Beschlussfassung habe nicht ordnungsmäßiger Verwaltung entsprochen. Nach einer erfolgreichen Beschlussanfechtungsklage steht unter den Wohnungseigentümern als Folge der Rechtskraft fest, dass der Beschluss nicht ordnungsgemäßer Verwaltung entsprach. Das gilt insbesondere im Verhältnis zu der Verwalterin (vgl. Senat, Urteile vom 13. Mai 2011 – V ZR 202/10, ZfIR 2011, 567 Rn. 16 und vom 23. Februar 2018 – V ZR 101/16, NJW 2018, 2550 Rn. 29).

8 2. Die Revision ist auch begründet. Der Beschluss der Wohnungseigentümer zu TOP 4 der Eigentümerversammlung vom 6. November 2017 ist für ungültig zu erklären, weil die Erwerberin werdende Wohnungseigentü-

merin war und von der Teilnahme an der Versammlung nicht ausgeschlossen werden durfte.

9 a) Richtig ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Nach der Rechtsprechung des Senats erlangt derjenige, der von dem teilenden Eigentümer Wohnungseigentum erwirbt, mit der Eintragung einer Auflassungsvormerkung und der Übergabe der Wohnung (zu den Anforderungen an die Übergabe: Senat, Urteil vom 11. Dezember 2015 – V ZR 80/15, ZfIR 2016, 237 Rn. 13) eine besondere Rechtsstellung als werdender Wohnungseigentümer. Er ist während der Übergangsphase bis zu seiner Eintragung als Eigentümer in vorgelagerter analoger Anwendung des Wohnungseigentumsgesetzes wie ein Wohnungseigentümer zu behandeln und deshalb auch berechtigt, an der Eigentümerversammlung teilzunehmen und abzustimmen. Diese Rechtsstellung verliert ein werdender Wohnungseigentümer nicht dadurch, dass mit der Eintragung des ersten Erwerbers in das Wohnungsgrundbuch die Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtssinne entsteht. Damit wandelt sich die werdende Wohnungseigentümergeinschaft in eine Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtssinne um. Diese setzt sich nun für eine Übergangszeit aus den Voll-eigentümern und den übrigen Mitgliedern der früheren (beendeten) werdenden Gemeinschaft zusammen (vgl. Senat, Beschluss vom 5. Juni 2008 – V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rn. 16).

10 b) Entgegen der Auffassung der Beklagten setzt die Anwendung der Grundsätze über die werdende Wohnungseigentümergeinschaft nicht voraus, dass es sich bei dem Erwerb von dem teilenden Eigentümer um einen Bauträgervertrag handelt. Diese Grundsätze gelten vielmehr unabhängig davon, ob der Erwerbsvertrag eine Errichtungs-, Herstellungs- oder Sanierungsverpflichtung umfasst, für jeden Erwerb vom teilenden Eigentümer. Der Senat hat sie zwar in einem Fall entwickelt, dem der Erwerb einer Eigentumswohnung aufgrund eines Bauträgervertrages zugrunde lag (vgl. den dem Beschluss des Senats vom 5. Juni 2008 – V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 zugrundeliegenden Beschluss des OLG Stuttgart vom 16. Juli 2007 – 8 W 225/07, juris Rn. 2). Damit soll aber nicht Besonderheiten des Bauträgervertrages Rechnung getragen werden, sondern dem Umstand, dass Vorschriften für die von dem Wohnungseigentumsgesetz nicht erfasste Gründungsphase einer Wohnungseigentümergeinschaft fehlen (Senat, Beschluss vom 5. Juni 2008 – V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rn. 18). Das Wohnungseigentumsgesetz kennt keine „VorWohnungseigentümergeinschaft“. Es sieht auch keine Regeln darüber vor, wie die nach und nach hinzutretenden Erwerber, die nach der Übergabe die Kosten und Lasten der erworbenen Einheiten zu tragen haben, an der Verwaltung des gemein-

schaftlichen Eigentums beteiligt sind, dessen Miteigentümer sie am Ende werden sollen. Dieses Problem stellt sich nicht nur in der Gründungsphase von Wohnungseigentümergeinschaften, bei denen das gemeinschaftliche Gebäude erst errichtet oder im Wege von Ausbau und Sanierung aus einem Bestandsbau entwickelt werden soll, sondern auch, wenn die Sondereinheiten in einem erstmals in Wohnungseigentum aufgeteilten Bestandsgebäude ohne solche Verpflichtungen an Ersterwerber verkauft werden. Der Senat hat die Grundsätze der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft deshalb, allerdings ohne auf die Frage näher einzugehen, auch auf solche Fälle angewandt (vgl. Urteil vom 11. Mai 2012 – V ZR 196/11, BGHZ 193, 219).

11 c) Die Rechtsstellung als werdender Wohnungseigentümer erlangt ein Ersterwerber, anders als das Berufungsgericht und die Beklagten meinen, mit der Eintragung einer Auflassungsvormerkung und der Übergabe der Sache unabhängig davon, ob der Erwerbsvertrag vor oder nach der Eintragung des ersten Erwerbers in das Grundbuch geschlossen wird.

12 aa) Der Senat hat bislang ausdrücklich nur entschieden, dass werdender Wohnungseigentümer auch ein Ersterwerber ist, der den Erwerbsvertrag vor der Eintragung des ersten Ersterwerbers in das Grundbuch geschlossen und die gesicherte Rechtsstellung erst danach erlangt hat. Er hat aber schon in dieser Entscheidung zu erkennen gegeben, dass er eine zeitliche Begrenzung für die Anwendung der Grundsätze der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft auf die Ersterwerber nicht generell, sondern nur für den Fall erwäge, dass der teilende Eigentümer nach einer längeren Vorratshaltung einem Eigenerwerber gleichzustellen sein könnte (Urteil vom 11. Mai 2012 – V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rn. 12). Eine Differenzierung zwischen den Ersterwerbern vom teilenden Eigentümer in Abhängigkeit nach dem Zeitpunkt der Eintragung des ersten Ersterwerbers in das Grundbuch hat der Senat dagegen von Anfang an verworfen (vgl. Senat, Beschluss vom 5. Juni 2008 – V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rn. 19 f.).

13 bb) Richtigerweise ist werdender Wohnungseigentümer auch derjenige, der nach Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtssinne von dem teilenden Eigentümer Wohnungseigentum erwirbt und durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung und Übergabe der Wohnung eine gesicherte Rechtsposition erlangt. Das Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft führt nämlich nicht dazu, dass die Regelungslücke entfällt, die Voraussetzung für eine vorgelagerte entsprechende Anwendung der Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes auf die werdenden Wohnungseigentümer ist.

14 (1) Das wird allerdings teilweise anders gesehen. Mit dem Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft

seien die Regelungen des Wohnungseigentumsgesetzes über die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums anwendbar. Damit entfielen die in dem Fehlen solcher Vorschriften zu sehende Regelungslücke und das Bedürfnis für eine vorgelagerte analoge Anwendung der Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes über die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums nach dem Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtssinne. Wer nach diesem Zeitpunkt den Erwerbsvertrag schließt, sei als Zweiterwerber zu behandeln (Riecke/Schmid/Lehmann-Richter, WEG, 5. Aufl., § 10 Rn. 57; Drabek, ZWE 2015, 198, 199 f.). Diese Sichtweise kann nicht überzeugen.

15 (2) Die Regelungslücke, die nach der Rechtsprechung des Senats mit einer vorgelagerten analogen Anwendung der genannten Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes zu schließen ist, besteht zwar auch in dem Umstand, dass bei der Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungseigentum durch den teilenden Eigentümer eines Grundstücks nach § 8 WEG selbst nach Eintragung der Aufteilung in das Grundbuch zunächst keine Wohnungseigentümergeinschaft entsteht. Sie setzt nämlich als Personengemeinschaft nach geltendem Recht mindestens zwei Mitglieder und damit jedenfalls die Eintragung eines weiteren Wohnungseigentümers in das Grundbuch voraus. Die entscheidende Lücke besteht aber darin, dass die Regelungen des Wohnungseigentumsgesetzes dem „Demokratisierungsinteresse“ der Erwerber mit gesicherter Rechtsposition nicht Rechnung tragen. Die Wohnanlage muss schon ab Bezugsfertigkeit und Übergabe der verkauften Wohnungen bewirtschaftet und verwaltet werden, was sinnvollerweise nicht allein dem Veräußerer überlassen bleiben, sondern unter Mitwirkung der künftigen Eigentümer nach den Regeln erfolgen sollte, deren Geltung die Beteiligten ohnehin anstreben (Senat, Beschluss vom 5. Juni 2008 – V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rn. 12 a.E., 20).

16 (3) Diese Lücke schließt sich mit der Eintragung des ersten Erwerbers in das Grundbuch nicht. Zwar entsteht dann die Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtssinne. Deren Entstehen trägt aber dem „Demokratisierungsinteresse“ der Erwerber mit gesicherter Rechtsposition nicht Rechnung. Die übrigen Erwerber könnten im Gegensatz zu dem neu eingetragenen Erwerber nach wie vor mangels Eintragung in das Grundbuch und Erlangung der formellen Stellung als Wohnungseigentümer nicht, wie aber geboten, aus eigenem Recht an der Bewirtschaftung und Verwaltung der Wohnanlage mitwirken (Senat, Beschluss vom 5. Juni 2008 – V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rn. 19 f. und Urteil vom 11. Mai 2012 – V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rn. 10). Diese Lücke schließt sich

regelmäßig erst mit der Eintragung des letzten werdenden Wohnungseigentümers in das Grundbuch (vgl. Senat, Urteil vom 11. Mai 2012 – V ZR 196/11, aaO Rn. 10; AG München, ZMR 2015, 631, 632; Bärmann/Suilmann, WEG, 14. Aufl., § 10 Rn. 18 a.E.).

17 (4) Hierbei macht es keinen Unterschied, ob ein solcher Ersterwerb von dem teilenden Eigentümer während der eigentlichen Vermarktungsphase oder erst längere Zeit nach deren Abschluss erfolgt. Der Senat hat zwar erwogen, die Anwendung der Grundsätze der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft auf die Ersterwerber in dem Sonderfall einzuschränken, dass der teilende Eigentümer nach längerer Vorratshaltung Wohnungen verkauft. Dem lag die Überlegung zugrunde, dass die längere Vorratshaltung durch den teilenden Eigentümer als Ersterwerb durch den teilenden Eigentümer zu bewerten und dementsprechend ein anschließender Erwerb als Zweiterwerb anzusehen sein könnte, auf den die Grundsätze der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft nicht anzuwenden sind (vgl. Senat, Urteil vom 11. Mai 2012 – V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rn. 12). Der Senat entscheidet sich nunmehr aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit gegen eine solche Einschränkung. Sie würde kaum sicher vorzunehmende Abgrenzungen erfordern. Insbesondere erlaubte eine Vermietung keinen sicheren Rückschluss auf eine Beendigung der Erwerbshemmnisse.

18 c) Der rechtsfehlerhafte Ausschluss der Erwerberin schlägt auf die nachfolgend gefassten Beschlüsse durch. Zwar scheidet eine Ungültigerklärung in der Regel aus, wenn – wozu hier Feststellungen fehlen – feststeht, dass sich der Beschlussmangel auf das Abstimmungsergebnis nicht ausgewirkt hat. Anders verhält es sich jedoch bei schwerwiegenden Verstößen, die dazu führen, dass das Teilnahme- und Mitwirkungsrecht eines Mitgliedes in gravierender Weise unterlaufen wird. Ein solcher Fall wird nicht schon angenommen werden können, wenn ein Wohnungseigentümer unbeabsichtigt – etwa, weil seine Einladung auf dem Postweg verlorengegangen ist – an der Eigentümerversammlung nicht teilnehmen oder nicht vertreten sein kann. Anders liegt es aber, wenn – wie hier – ein Wohnungseigentümer, der schon an mehreren Eigentümerversammlungen teilgenommen hat, zum Mitglied des Beirats gewählt worden ist und zur anstehenden Eigentümerversammlung erschienen ist, bei unveränderter Sachlage von der Teilnahme ausgeschlossen wird. Eine solche Maßnahme stellt einen schwerwiegenden Eingriff in den Kernbereich elementarer Mitgliedschaftsrechte dar, bei dem es nicht darauf ankommt, ob die gefassten Beschlüsse auch bei einer Mitwirkung des (ausgeschlossenen) Mitgliedes die erforderliche Mehrheit gefunden hätten (vgl. zum Ganzen Senat, Urteil vom 10. Dezember 2010 – V ZR 60/10, ZfIR 2011, 321 Rn. 10

und Beschluss vom 7. Juli 2016 – V ZB 15/14, ZfIR 2016, 846 Rn. 17). Es ist deshalb unerheblich, dass der Beschluss mit einer großen Mehrheit zustande gekommen ist. Aus dem gleichen Grund kommt es auch nicht darauf an, ob die auf einen solchen Eingriff gestützte Beschlussmängelklage (auch) von dem ausgeschlossenen Wohnungseigentümer oder – wie hier – von anderen Wohnungseigentümern erhoben wird.

Voraussetzungen für die Löschung eines Nacherbenvermerks

GBO § 20, § 22, § 29; BGB § 1365, § 2110 Abs. 1, § 2136, § 2191, § 2382; BGB aF § 419

Amtliche Leitsätze:

- 1. Zum – hier bejahten – Erfordernis einer Zustimmung der Ersatznacherben zur Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerks auch in Ansehung einer in notarieller Urkunde vereinbarten, zum Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs gemäß §§ 22, 29 GBO nicht ausreichenden, Freigabe des den einzigen der Nacherbenbindung unterliegenden Nachlassgegenstand ausmachenden Grundbesitzes. (Rn. 12 – 20)**
- 2. Zulassung der Rechtsbeschwerde mit Blick auf die im einzelnen ungeklärte Rechtsfrage, ob und in welchen Grenzen eine Freigabe von Nachlassgegenständen aus der Nacherbenbindung ohne Zustimmung des Ersatznacherben zulässig ist. (Rn. 30)**

**OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat),
Beschluss vom 07.04.2020 – 3 Wx 230/19**

I. Tatbestand:

1 Der verfahrensgegenständliche Wohnungsgrundbesitz stand ursprünglich im Eigentum des Vaters des Beteiligten zu 1. Jener hatte in seinem am 25. Januar 2012 notariell errichteten Testament den Beteiligten zu 1 sowie dessen beiden Geschwister zu seinen Erben zu je 1/3-Anteil bestimmt und dabei dem Beteiligten zu 1 die Stellung eines nicht befreiten Vorerben zugewiesen. Nacherben sollen die Beteiligten zu 2 und 3 – sie sind die Kinder des Beteiligten zu 1 – ersatzweise deren Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge sein. Für den Fall, dass entweder die Beteiligten zu 2 und 3 keine Abkömmlinge hinterlassen oder dass bei Eintritt

des Nacherbfalls keine Abkömmlinge des Beteiligten zu 1 vorhanden sein sollten, enthält das Testament ergänzende Anordnungen.

2 Der Vater des Beteiligten zu 1 verstarb am 25. Mai 2012 und in den Nachlass fiel unter anderem der im Grundbuch von Weeze auf Blatt ... eingetragene Grundbesitz. Nach Teilung dieses Grundbesitzes in zwei separate Wohnungseigentumseinheiten wurde der Beteiligte zu 1 aufgrund Auflassung und Teilung nach § 8 WEG am 23. Januar 2013 als Eigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen. Zugunsten der Beteiligten zu 2 und 3 wurde in Abteilung II ein Nacherbenvermerk eingetragen; die angeordnete Ersatznacherbschaft wurde nicht vermerkt.

3 Mit notarieller Urkunde vom 13. Juni 2019 übertrugen die Beteiligten zu 2 und 3 den verfahrensgegenständlichen Grundbesitz in das nicht der Nacherbfolge unterliegende Vermögen des Beteiligten zu 1 und erklärten die Freigabe des Grundbesitzes aus der Nacherbschaft.

4 Mit notariellem Antrag vom 26. Juni 2019 haben die Beteiligten die Löschung des in Abteilung II des Grundbuchs eingetragenen Nacherbenvermerks beantragt.

5 Über diesen Antrag hat das Grundbuchamt zunächst im Wege einer Zwischenverfügung entschieden und den Beteiligten aufgegeben, Löschungsbewilligungen der hilfsweise berufenen Ersatzerben vorzulegen. Auf die von den Beteiligten bereits gegen diese Zwischenverfügung eingelegte Beschwerde hin hat der Senat die Zwischenverfügung mit Beschluss vom 29. August 2019 (Az.: I-3Wx 156/19) aufgehoben, dies aus verfahrensrechtlichen Gründen, da die Beibringung einer für eine Eintragung erforderlichen Bewilligung des unmittelbar Betroffenen nicht mit einer rangwahrenden Zwischenverfügung verlangt werden kann.

6 Sodann hat das Grundbuchamt mit weiterem Beschluss vom 22. Oktober 2019 den Löschantrag der Beteiligten zurückgewiesen und dies auf seine unveränderte Rechtsauffassung über die Erforderlichkeit der Beibringung einer Löschungsbewilligung der Ersatznacherben gestützt.

7 Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit ihrer Beschwerde vom 29. Oktober 2019, mit der sie – wie bereits im Zusammenhang mit ihrer Beschwerde gegen die Zwischenverfügung – einwenden, es bedürfe keiner Zustimmung der Ersatznacherben zur Löschung des Nacherbenvermerks, wenn ein Grundstück aufgrund einer Vereinbarung zwischen Vor- und Nacherben aus dem Nachlass ausscheide. Eine Zustimmung der Ersatznacherben sei nur dann erforderlich, wenn das Anwartschaftsrecht des Nacherben als Ganzes übertragen werden solle; bei einer Verfügung über nur einen einzelnen Nachlassgegenstand gelte das nicht.

8 Das Grundbuchamt hat unter dem 4. November 2019 einen Nichtabhilfe- und Vorlagebeschluss erlassen.

9 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Grundbuchakte verwiesen.

▶ II. Aus den Gründen:

10 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 4. November erklärten Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, § 75 GBO.

11 Die Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg. Der Senat hat bereits in seinem Beschluss vom 29. August 2019 unter Ziffer II. – ohne Bindungswirkung – die Gründe dargelegt, aufgrund derer die von den Beteiligten begehrte Löschung des im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerks Zustimmungserklärungen der Ersatznacherben voraussetzt. Der Senat verweist auf diese Ausführungen und hält an diesem Ergebnis nach Prüfung fest.

12 Die Löschung eines Nacherbenvermerks im Grundbuch setzt nach herrschender Auffassung voraus, dass entweder die Bewilligung aller Nach- und etwaiger Ersatzerben vorliegt oder die Grundbuchunrichtigkeit nach §§ 22, 29 GBO nachgewiesen ist (vgl. OLG München BeckRS 2019, 11660; BeckOGK/Küpper, BGB, Stand: 15. Juli 2019, § 2100 Rn. 149 f.; Demharter, BGO, 31. Aufl. 2018, § 51 Rn. 37; jeweils mit weiteren Nachweisen). Im hiesigen Verfahren ist zu entscheiden über die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerks aufgrund nachgewiesener Unrichtigkeit des Grundbuchs, §§ 22, 29 GBO. Dieser Nacherbenvermerk ist eingetragen nicht an dem ursprünglich zum Nachlass gehörenden – ungeteilten – Grundbesitz des Vaters des Beteiligten zu 1, sondern an dem nach Teilung in Wohnungseigentum entstandenen hälftigen Miteigentumsanteil des Beteiligten zu 1.

13 Dazu ist zunächst zu bemerken, dass offensichtlich alle mit der Eintragung des verfahrensgegenständlichen Nacherbenvermerks im Grundbuch Befassten – sowohl die Beteiligten des hiesigen Verfahrens und ihr Verfahrensbevollmächtigter als auch das Grundbuchamt – das Testament des Vaters des Beteiligten zu 1 dahin ausgelegt haben, dass der Erblasser dem Beteiligten zu 1 den ½-Miteigentumsanteil des im Grundbuch von Weeze auf Blatt ... eingetragenen Grundbesitzes im Wege der Einsetzung als Vorerbe zugewandt hat und dass – trotz der im Testament unter C. II. gewählten Bezeichnung der Zuwendung als Vermächtnis – kein Fall der Anordnung eines Vor- und Nachvermächtnisses, §§ 2191, 2110 Abs. 1

BGB, vorliegt. Dem kann sich der Senat aufgrund einer Würdigung des übrigen Inhaltes des Testamentes, insbesondere der unter C. II. Ziffer 4 getroffenen Verfügungen, im Ergebnis anschließen, vertiefter Erörterungen bedarf es mit Blick auf das einhellige Verständnis des Testamentsinhaltes nicht.

14 Ohne Erfolg machen die Beteiligten geltend, eine Zustimmung der Ersatznacherben zur Löschung des im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerks sei entbehrlich, da durch die in der notariellen Urkunde vom 13. Juni 2019 vereinbarte Freigabe des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes die Unrichtigkeit des Grundbuchs gemäß §§ 22, 29 GBO nachgewiesen werde.

15 Die Unrichtigkeit eines eingetragenen Nacherbenvermerks bestimmt sich nach materiellem Erbrecht. Sie ist gegeben, wenn hinsichtlich des konkreten Grundstücks oder Grundstücksrechts, bei dem der Nacherbenvermerk eingetragen ist, das Nacherbenrecht im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag nicht (mehr) besteht. Das ist unter anderem dann der Fall, wenn die Nacherbfolge nach Eintragung des Vermerks weggefallen ist (*Keller/Munzig*, KEHE Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, § 51 Rn. 49). Eine Nacherbfolge ist nachträglich weggefallen und kann nicht mehr eintreten, wenn der Vorerbe materiell-rechtlich wirksam – sei es mit Zustimmung oder nach Genehmigung der Nacherben, sei es aufgrund seiner Stellung als befreiter Vorerbe, § 2136 BGB – über das nacherbenbehafte Grundstückseigentum oder -recht verfügt. Es entspricht einhelliger Auffassung, dass es einer Zustimmung der Ersatznacherben zu einer Verfügung des Vorerben über das nacherbenbehafte Grundstück bzw. das Grundstücksrecht weder materiell-rechtlich noch grundbuchverfahrensrechtlich bedarf (vgl. *Keller/Munzig*, a.a.O., § 51 Rn. 53 m.w.N.).

16 Von einer Verfügung des Vorerben über das nacherbenbehafte Grundstück oder das Grundstücksrecht zu unterscheiden ist jedoch die – auch hier gegebene – Situation einer Verfügung zwischen Vor- und Nacherben über die Nacherbenbindung des Grundstücks bzw. des Rechts an ihm. Die Möglichkeit einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zwischen Vor- und Nacherben darüber, ein zum Nachlass gehörendes und der Nacherbenbindung unterliegendes Grundstück aus der Nacherbenfolge zu entlassen, ist im Grundsatz wohl ebenfalls allgemein anerkannt; unterschiedliche Auffassungen bestehen in Bezug auf die dogmatische Herleitung und in der Begründung. Ebenfalls überwiegend anerkannt ist weiter, dass auch eine solche Verfügung unabhängig von einer Zustimmung des Ersatznacherben materiell-rechtlich wirksam ist und grundbuchverfahrensrechtlich die Löschung des Nacherbenvermerks wegen nachgewiesener Unrichtigkeit des Grundbuchs ermöglicht (vgl. *Keller/*

Munzig, a.a.O., § 51 Rn. 53; BeckOK/*Zeiser*, GBO, 37. Edition, Stand: 15. Dezember 2019, § 51 Rn. 107; BeckOGK/*Müller-Christmann*, BGB, Stand: 15. Januar 2020, § 2111 Rn. 104 ff.; Palandt-*Weidlich*, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2100 Rn. 18; OLG München FGPrax 2018, 65 und BeckRS 2019, 11660; OLG Hamm FGPrax 2016, 199; jeweils mit weiteren Nachweisen; siehe auch *Keim*, DNotZ 2016, 751 ff., insbesondere 767 f.; kritisch und das Erfordernis einer Einbeziehung der Ersatznacherben bejahend: BeckOK/*Zeiser*, a.a.O., § 51 Rn. 108 a).

17 Bei Prüfung der Frage, ob die vorstehend dargestellten Grundsätze zur materiell-rechtlichen Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Freigabvereinbarung ohne Mitwirkung der Ersatznacherben auf den vorliegenden Fall übertragen werden können, ist die hier gegebene Besonderheit zu berücksichtigen, dass es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Grundbesitz um den einzigen nacherbengebundenen Nachlassgegenstand handelt. Entsprechendes ergibt sich aus einer Auslegung des notariellen Testamentes des Erblassers vom 25. Januar 2012.

18 In seinem Testament vom 25. Januar 2012 hat der Erblasser den Beteiligten zu 1 als Erben zu 1/3-Anteil eingesetzt, dies in der Stellung eines Vorerben. Im Abschnitt C des Testamentes unter der Überschrift „Vermächtnisse“ hat der Erblasser dem Beteiligten zu 1 den verfahrensgegenständlichen Grundbesitz zugewandt. Unter der Ziffer 4 hat der Erblasser weiter verfügt, dass (a) der verfahrensgegenständliche Grundbesitz der Vor- und Nacherbschaft unterliege. Als Voraus, der nicht der Nacherbenbindung unterliege, erhalte der Beteiligte zu 1 den Erbanteil am beweglichen Vermögen (b).

19 Somit betrifft die zwischen den Beteiligten zu 1 bis 3 getroffene Vereinbarung vom 13. Juni 2019 über die Freigabe des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes aus der Nacherbschaft den einzigen Nachlassgegenstand, der der Nacherbenbindung unterliegt. Insofern weicht der hiesige Fall auch von dem Sachverhalt ab, der der Entscheidung des Oberlandesgerichts München, BeckRS 2019, 11660, zugrunde lag und auf die die Beteiligten ihre Rechtsauffassung maßgeblich stützen. Das Oberlandesgericht München hatte über die Zulässigkeit einer Vereinbarung zwischen Vor- und Nacherben über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück zu befinden und dies mit Blick auf weitere zum Nachlass gehörende Erbschaftsgegenstände bejaht.

20 Nach Auffassung des Senats ist bei Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit von Verfügungen zwischen Vor- und Nacherben über die Nacherbenbindung auch den Interessen des Ersatznacherben und seiner Schutzbedürftigkeit vor ihn beeinträchtigenden Verfügungen Rechnung zu tragen. Seine Schutzbedürftigkeit vor Verfügungen über die Freigabe von Nachlassgegenständen

aus der Nacherbenbindung wird deutlich, wenn folgendes in die Betrachtung einbezogen wird: Wäre es möglich bei einem Nachlass, der aus verschiedenen Nachlassgegenständen besteht, durch eine Vielzahl von Einzelfreigaben nahezu den gesamten Nachlass, der der Nacherbenbindung unterliegt, in das ungebundene Eigenvermögen des Vorerben zu überführen, entweder „Stück für Stück“ oder ggfls. durch eine gebündelte Freigabe oder in Form einer sog. Allklausel, würde dies zu einer Aushöhlung des Nachlasses und damit zu einer unzulässigen Umgehung des Schutzes des Ersatznacherben führen (vgl. zu dieser Erwägung: *Keim*, a.a.O.; BeckOGK/Müller-Christmann, a.a.O., § 2111 Rn. 128 ff.). Dass aber der Ersatznacherbe vor ihn beeinträchtigenden Verfügungen des Nacherben zu schützen ist, ist anerkannt. Der Ersatznacherbe hat ein – doppelt bedingtes – Anwartschaftsrecht in Bezug auf den Nachlass, der Nacherbe kann nur über sein Nacherbenrecht verfügen, nicht aber über die Anwartschaft des Ersatznacherben (OLG München FGPrax 2015, 118; vgl. auch Palandt-Weidlich, a.a.O., § 2100 Rn. 16, allerdings hält Weidlich in Rn. 18 – ohne nähere Begründung – eine Zustimmung des Ersatznacherben auch dann nicht für erforderlich, wenn die Nacherbenbindung hinsichtlich aller oder aller wesentlichen Nachlassgegenstände aufgegeben wird). Der Nacherbe kann sein Anwartschaftsrecht nicht ohne Zustimmung des Ersatznacherben übertragen (BeckOGK/Müller-Christmann, a.a.O., § 2111 Rn. 169; BeckOK/Zeiser, a.a.O., § 51 Rn. 27).

21 Dagegen verneint *Hartmann* in seinem demnächst zur Veröffentlichung in der RNotZ anstehenden Aufsatz „Raus aus der Nacherbschaftsbindung! Aber wie?“, der zugleich eine Anmerkung zum Senatsbeschluss vom 29. August 2019 ist, die Schutzwürdigkeit des Ersatznacherben. Indes ist es nicht überzeugend, wenn *Hartmann* zwar einerseits darauf verweist, dass auch das Gesetz den Schutz des Anwartschaftsrechts des Ersatznacherben kennt, etwa durch den Nacherbenvermerk, gleichwohl den Ersatznacherben für nicht schutzwürdig hält. Sinn und Zweck des gesetzlichen Schutzes des Ersatznacherben ist aber nach Auffassung des Senats nicht lediglich der Schutz einer rein formalen Position, sondern der Schutz der dahinter stehenden materiellen Position. Deshalb überzeugt auch die Auffassung von *Neukirchen* (RNotZ 2018, 357, 368), auf die in dem zur Veröffentlichung anstehenden Aufsatz Bezug genommen wird, nicht. *Neukirchen* hält ebenso wie *Hartmann* eine Zustimmung des Ersatznacherben in Fallkonstellationen wie im hiesigen Verfahren für entbehrlich und meint, das Anwartschaftsrecht des Ersatznacherben umfasse nur die Nacherbschaft an sich, nicht aber deren Bestand. Auch das liefe im Ergebnis auf den Schutz einer rein formalen Position, einer ggfls. entleerten Hülle, hinaus.

22 Ein weiterer Aspekt, der gegen die uneingeschränkte Zulässigkeit von Freigabeverfügungen spricht, ist die anderenfalls mögliche Gefährdung der Rechte der Nachlassgläubiger. Würde durch eine Vielzahl von Einzelfreigaben der gesamte Nachlass in das ungebundene Eigenvermögen des Vorerben überführt, bestünde der Nachlass nur noch als formale Position, den Nachlassgläubigern ginge ihr Haftungssubstrat verloren (vgl. zu dieser Erwägung: BeckOGK/Müller-Christmann, a.a.O., § 2111 BGB Rn. 129; dagegen *Hartmann* in seinem demnächst zur Veröffentlichung anstehenden Aufsatz in der RNotZ, der eine analoge Anwendung von § 2382 BGB befürwortet).

23 Problematisch und bislang – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung nicht entschieden, ist die Frage, anhand welcher Kriterien die Zulässigkeit von Einzelfreigaben zu bestimmen ist. In der Literatur (vgl. *Keim*, a.a.O.; BeckOGK/Müller-Christmann, a.a.O., § 2111 Rn. 130) vorgeschlagen wird eine Orientierung an ähnlichen Vorschriften, die ebenfalls einen Schutz der Gläubiger bezwecken. Zurückgegriffen werden könne etwa auf die zu § 419 BGB a.F. entwickelten Grundsätze, nach der ein gesetzlicher Schuldbeitritt des Erwerbers dann eintrat, wenn der übertragene Einzelgegenstand 90% des Gesamtvermögens ausmachte. Erwogen wird auch eine Parallele zum Erbschaftsverkauf, §§ 2371 ff. BGB. Eine Haftung des Käufers für Nachlassverbindlichkeiten (§ 2382 BGB) trete dann ein, wenn sich der Verkauf auf „nahezu die ganze Erbschaft“ beziehe. Das könne sich ebenfalls nach den zu § 419 a.F. BGB entwickelten Grundsätzen oder nach denjenigen zur Anwendung der Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB richten. Dabei habe die im Rahmen von § 1365 BGB gemachte Einschränkung, nach der der Erwerber beim Erwerb eines Einzelgegenstandes auch wissen müsse, dass es sich um das gesamte oder nahezu das gesamte Vermögen handele, bei Rechtsgeschäften zwischen Vor- und Nacherben keine Bedeutung, da den Beteiligten als Erben diese Verhältnisse naturgemäß bekannt seien. Insgesamt sachgerecht sei eine Orientierung am Wert des Nachlasses, nicht an der Zahl der Nachlassgegenstände, denn die Zahl der Gegenstände als rein quantitatives Kriterium besage regelmäßig nichts darüber, ob durch das in Rede stehende Rechtsgeschäft der Nachlass wertmäßig entleert werde.

24 Eine Entscheidung des Senats darüber, wie die (Wert-) Grenze für die Zulässigkeit einer Einzelfreigabe zu bestimmen ist, ist im hier zu beurteilenden Einzelfall entbehrlich, denn – wie gezeigt – handelt es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Grundbesitz um den einzigen Nachlassgegenstand, für den der Erblasser die Nacherbschaft angeordnet hat, so dass seine Freigabe unzweifelhaft und ohne weiteres zu einer Entleerung des Nachlasses führt.

25 Demzufolge ist die hier von den Beteiligten mit notariellem Vertrag vom 13. Juni 2019 vereinbarte Freigabe des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes aus der Nacherbenbindung materiell-rechtlich unwirksam, denn eine Zustimmung der Ersatznacherben zu dieser den gesamten Nachlass betreffenden Verfügung ist erforderlich und liegt nicht vor. Das bedeutet für das grundbuchrechtliche Verfahren, dass die von den Beteiligten begehrte Löschung des Nacherbenvermerks nicht wegen nachgewiesener Grundbuchunrichtigkeit nach §§ 22, 29 GBO erfolgen kann. Beigebracht werden muss stattdessen die Bewilligung aller Ersatznacherben.

26 Ohne Einfluss auf dieses Ergebnis ist, dass nach Maßgabe der aktuellen Eintragungen im Grundbuch der in Abteilung II unter der laufenden Nummer 1 eingetragene Nacherbenvermerk keinen Hinweis auf die angeordnete Ersatznacherbschaft enthält und deshalb nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht (vgl. OLG Hamm NJW-RR 2016, 392; *Demharter*, a.a.O., § 51 Rn. 16 f.). Diese Unvollständigkeit rechtfertigt die von den Beteiligten begehrte Löschung des Nacherbenvermerks keinesfalls, denn anderenfalls käme es gleichsam zu einer „doppelten“ und nicht gerechtfertigten Benachteiligung der Ersatznacherben, würde ihre Zustimmung mit der Begründung für entbehrlich gehalten werden, dass die angeordnete Ersatznacherbschaft schon nicht im Grundbuch eingetragen sei.

27 Insofern dürfte für das Grundbuchamt Anlass bestehen, den Nacherbenvermerk von Amts wegen zu ändern bzw. zu vervollständigen (vgl. zur Berichtigung des Nacherbenvermerks: *Demharter*, a.a.O., § 51 Rn. 18, § 22 Rn. 22).

Voraussetzungen für das Erlöschen einer Dienstbarkeit bei Teilung des belasteten Grundstücks

GBO § 22 Abs. 1 S. 1, § 29, § 71 Abs. 1, § 72, § 73 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, § 75; BGB § 894, § 1025 S. 2, § 1026

Amtliche Leitsätze:

1. Eine Grunddienstbarkeit erlischt bei Teilung des belasteten Grundstücks nur für denjenigen Teil, der völlig außerhalb des Bereichs liegt, auf den seine Ausübung rechtlich und nicht nur tatsächlich beschränkt ist, wobei an den Nachweis des Erlöschens strenge Anforderungen zu stellen sind (weshalb es nicht ausreicht, dass Einiges dafür spricht, dass angesichts der räumlichen Entfernung zu der Entwässerungsleitung das hier betroffene Grundstück für die Errichtung, Instandhaltung, Instandsetzung

und Erneuerung der auf der Grundlage der Grunddienstbarkeit erstellten Entwässerungsleitung nicht betreten werden muss). (Rn. 15)

2. Stützt der Eigentümer eines mit einer Grunddienstbarkeit (Recht zur Errichtung und zum dauerhaften Betrieb einer Entwässerungsleitung sowie zum Betreten und jederzeitigen Aufgraben einzelner Flurstücke) belasteten Grundstücks sein auf Löschung der Grunddienstbarkeit gerichtetes Eintragungersuchen auf Unrichtigkeit des Grundbuchs nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO und hält das Grundbuchamt den Unrichtigkeitsnachweis durch die vorgelegten Urkunden (u.a. Bestellsurkunde nebst Lageplan) nicht für erbracht, so kann das Grundbuchamt nicht anstatt dessen mit einer Zwischenverfügung die Beibringung einer Löschungsbewilligung in der Form des § 29 GBO sowie von Bewilligungen aller an den herrschenden Grundstücken dinglich Berechtigten verlangen. (Rn. 10 - 11)

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat),

Beschluss vom 30.04.2020 - 3 Wx 191/19

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten sind aufgrund notariellen Kaufvertrages vom 28. August 2018 zu je ½ Miteigentümer des im Grundbuch des Amtsgerichts Mülheim an der Ruhr ... eingetragenen Grundstücks Gemarkung ... Flur ..., Flurstück ..., das sie nach Teilung des ursprünglich in Blatt ... eingetragenen Grundstücks Flur ..., lfd. Nr. ..., Flurstück ... erworben haben. Zu Lasten des (neuen) Flurstücks ... ist in Abteilung II Nr. 1 des Grundbuchs eine Grunddienstbarkeit (Entsorgungsleitungsrecht) eingetragen.

2 Die Grunddienstbarkeit wurde aufgrund der Eintragungsbewilligung vom 15. Oktober 2014, UR Nr. ... des ... in ... an dem ungeteilten Flurstück ... eingetragen. Die Nutzungsrechte umfassen danach das Recht zur Errichtung und zum dauerhaften Betrieb einer Entwässerungsleitung sowie das Betreten und jederzeitige Aufgraben der Flurstücke .. bis .. und Auf einem 3 m breiten Schutzstreifen dürfen keine Einwirkungen vorgenommen werden, die den Bestand und die Betriebssicherheit der Wasserrohrleitungen gefährden. Zum Inhalt des Rechts heißt es weiter wie folgt:

„Das vorstehend begründete Recht darf nur an dem Teil des dienenden Grundstücks ausgeübt werden, der in dieser Urkunde als Anlage II beigehefteten Lageplan rot gekennzeichnet ist. Die Erschienenen nehmen auf Anlage II zur Urkunde Bezug, die damit Bestandteil dieser Urkunde wird.

Den Ausübungsbereich beschränken die Parteien auf einen Schutzstreifen im Abstand von ca. 1,5 Meter, gemes-

sen an der Mittelachse der Leitung, zur östlichen Grundstücksgrenze mit einer Breite von ca. 3 Meter und einer Länge von ca. 253 Meter auf den Flurstücken ... bis ... und von ca. 46 Meter auf dem Flurstück

Zum Zwecke der Errichtung, Instandhaltung, Instandsetzung und Erneuerung der auf der Grundlage der Grunddienstbarkeit erstellten Entwässerungsleitung ist jedoch auch das Betreten der übrigen Flächen des dienenden Grundstücks gestattet, um die Durchführung der erforderlichen Arbeiten zu ermöglichen. Die Eigentümer der herrschenden Grundstücke sind zur schonenden Ausübung der Nutzungsrechte verpflichtet. Der Zutritt ist von der ... her zu gewährleisten und in der Anlage II grün gekennzeichnet.“

3 Die Beteiligten haben die Löschung der Grunddienstbarkeit beantragt und geltend gemacht, der Ausübungsbereich betreffe das neu gebildete Flurstück ... offensichtlich nicht. Im Hinblick auf die Lage der Leitungen ergebe sich das aus den Einzeichnungen in dem der Eintragungsbewilligung beigefügten Plan. Aber auch das Betretungsrecht könne sich nicht auf das Flurstück ... beziehen. Denn nach der Eintragungsbewilligung sei der Zutritt von der ... Straße her, also von der entgegengesetzten Richtung, zu gewährleisten, und zwar nur über den in dem Plan grün eingezeichneten eng begrenzten Bereich, der sich offensichtlich nicht auf dem Flurstück 535 befinde. Unabhängig davon sei das Betreten des Flurstücks ... schon aufgrund der Entfernung seiner Grundstücksgrenze zu den Leitungen, die rund 160 m betrage, ausgeschlossen. Dementsprechend sei die zu Lasten der Flurstücke ..., ... und ... bestehende Dienstbarkeit nach deren Herausparzellierung gelöscht worden.

4 Mit Zwischenverfügung vom 18. Juli 2019 teilte das Grundbuchamt mit, es sei noch eine Löschungsbewilligung des Berechtigten in der Form des § 29 GBO, sowie aufgrund des damals beantragten und eingetragenen Herrschvermerks die Bewilligung aller dinglich Berechtigten an den herrschenden Grundstücken einzureichen. Zwar sei der Bereich, in dem sich die Entsorgungsleitung und der Schutzstreifen befänden, weit entfernt, jedoch werde in der Bestellsurkunde (UR-Nr. ...) aufgeführt, dass das Recht auf allen damals begünstigten und belasteten Grundstücken bestehen solle und zum Zwecke der Errichtung, Instandhaltung, Instandsetzung und Erneuerung der auf der Grundlage der Grunddienstbarkeit erstellten Entwässerungsleitung sei auch das Betreten der übrigen Flächen des dienenden Grundstücks gestattet, um die Durchführung der erforderlichen Arbeiten zu ermöglichen (Ziff. II 1 und 2 der Bestellsurkunde). Zwar möge der Zugang zu den dienenden Grundstücken über den grün eingezeichneten Bereich beschränkt worden sein, die weiteren Arbeiten jedoch nicht. Da im Übrigen

in der Bestellsurkunde keine weiteren Einschränkungen bestimmt worden seien, könne nicht ausgeschlossen werden, dass das Flurstück 535 von solchen Arbeiten nicht doch in irgendeiner Weise betroffen sein könne. Die Löschung auf den Flurstücken..., ... und ... sei aufgrund von entsprechenden Löschungsbewilligungen erfolgt. Zwar sei die Beschaffung der Löschungsbewilligungen aufwendig, dies sei jedoch bei der Bestellung der Grunddienstbarkeit offensichtlich bewusst in Kauf genommen worden.

5 Dagegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten. Sie machen geltend, der Ausübungsbereich der Dienstbarkeit sei grundsätzlich auf die in dem Plan (Anlage II zur Eintragungsbewilligung) rot und grün eingezeichneten Flächen beschränkt. Der rot gekennzeichnete Bereich betreffe die Lage der Leitung, während der grün gekennzeichnete Bereich die Zufahrt beschreibe, über welche der Zugang zu den belasteten Grundstücken zu erfolgen habe. Von diesen Bereichen sei das Flurstück ... offensichtlich nicht betroffen. Von den Dienstbarkeiten betroffen sein könne es nur im Hinblick auf das vereinbarte Betretungsrecht, um die Durchführung der erforderlichen Arbeiten zu ermöglichen. Dies sei jedoch aufgrund der Entfernung zwischen dem Leitungsverlauf und dem Flurstück 535 faktisch ausgeschlossen. Der Abstand zwischen dem nur drei Meter breiten Bereich, in dem die Leitung zu verlegen sei, und der westlichen Grenze des Flurstücks ... betrage ca. 160 Meter. Es liege auf der Hand, dass dies keine praktisch relevante Möglichkeit zur Ausübung der Rechte aus der Grunddienstbarkeit sei. Das gelte insbesondere, weil sich aus der Eintragungsbewilligung ergebe, dass es sich ausschließlich um ein Gehrecht, nicht aber um ein Fahrrecht oder ein Recht zur Lagerung von Baumaterial handle. Es stehe folglich aufgrund der aus dem Liegenschaftskataster ersichtlichen örtlichen Verhältnisse zweifelsfrei fest, dass sich der Ausübungsbereich der Dienstbarkeit nur auf das Flurstück ..., nicht aber auf das neugebildete Flurstück ... beziehe. Gem. § 1025 S. 2 BGB sei die Dienstbarkeit daher im Hinblick auf das Flurstück ... erloschen.

6 Mit weiterem Beschluss vom 23. September 2019 hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Düsseldorf zur Entscheidung vorgelegt. Es hat ausgeführt, es werde nicht angezweifelt, dass sich das belastete Grundstück weit von dem eigentlichen Ausübungsbereich entfernt befinde. Jedoch sei ausdrücklich und ohne weitere Einschränkungen zum Inhalt der Dienstbarkeit gemacht worden, dass der gesamte Grundbesitz für Arbeiten betreten werden dürfe. Damals sei bereits bekannt gewesen, dass Grundstückszerlegungen und Veräußerungen stattfinden sollten.

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

▶ II. Aus den Gründen:

8 Das Rechtsmittel ist gem. §§ 71 Abs. 1, 72, 73 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GBO als Grundbuchbeschwerde zulässig und nach der vom Amtsgericht ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen, § 75 GBO.

9 Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

10 Die Zwischenverfügung ist bereits deshalb aufzuheben, weil sie einen nach § 18 GBO nicht zulässigen Inhalt hat. Eine Zwischenverfügung darf nur ergehen, wenn ein Eintragungshindernis mit rückwirkender Kraft zu beseitigen ist. Andernfalls würde der beantragten Eintragung ein Rang zukommen, der ihr nicht gebührt (OLG München MittBayNot 2012, 46). Die Beibringung einer Löschungsbewilligung des Berechtigten kann hier nicht mit einer rangwahrenden Zwischenverfügung verlangt werden. Denn in der Löschungsbewilligung kann ein Mittel zur Beseitigung eines Eintragungshindernisses in Bezug auf das auf Grundbuchunrichtigkeit gestützte Gesuch um Löschung des Wohnungsrechts nicht gesehen werden.

11 Hierdurch würde der Löschungsantrag vielmehr auf eine neue Basis gestellt. Denn das Grundbuchamt vertritt damit die Auffassung, dass die Beteiligten die Eintragung nur unter veränderten Voraussetzungen (Bewilligung nach § 19 GBO statt des Nachweises der Unrichtigkeit nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO) zu erlangen vermögen. Dies kann aber nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein (Senat FGPrax 2019, 102 m.N.; RPflegler 2012, 520; Beschluss vom 29. November 2019, I-3 Wx 201/19 – zitiert nach juris; BayObLG NJW-RR 1999, 1691; vgl. auch *Demharter*, GBO § 18 Rdz. 32).

12 Vorsorglich sei – ohne Bindungswirkung – bemerkt:

13 In der Sache dürfte die Auffassung des Grundbuchamts zutreffend sein. Auch der Senat erachtet die Voraussetzungen für eine Grundbuchberichtigung im vorliegenden Fall nicht für gegeben.

14 Die Beschwerdeführer haben die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht mit der erforderlichen Gewissheit nachgewiesen. Das Grundbuch ist unrichtig, wenn sein Inhalt nicht mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt, § 894 BGB. Liegt eine Bewilligung des Betroffenen nicht vor (§ 22 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 GBO), kann das Grundbuch nur berichtigt werden, wenn die Unrichtigkeit mit öffentlichen Urkunden nachgewiesen ist (§§ 22 Abs. 1 S. 1, 29 Abs. 1 GBO). An den Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen. Der Antragsteller muss grundsätzlich lückenlos alle Möglichkeiten ausräumen, die der begeh-

ten berechtigenden Eintragung entgegenstehen könnten. Lediglich ganz entfernt liegende, nur theoretische Überlegungen müssen nicht widerlegt werden (Senat Beschluss vom 29. November 2019, I-3 Wx 201/19 – zitiert nach juris; OLG Hamm DNotZ 2019, 762; OLG München NZG 2016, 945).

15 Im vorliegenden Fall lässt sich nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen, dass die Grunddienstbarkeit infolge der Grundstücksteilung erloschen ist. Ein Grundstück wird nach Teilung von der Grunddienstbarkeit frei, wenn es außerhalb des Bereichs der Ausübung liegt, § 1026 BGB. Das Erlöschen einer Dienstbarkeit bei Teilung des belasteten Grundstücks setzt voraus, dass der Berechtigte nicht nur tatsächlich, sondern nach dem Rechtsinhalt der Dienstbarkeit oder auf Grund rechtsgeschäftlich vereinbarter Ausübungsregelung dauernd rechtlich gehindert ist, die Ausübung auf andere Teile des belasteten Grundstücks zu erstrecken (BGH NJW 2002, 3021). Das Recht erlischt also nur für denjenigen Teil, der völlig außerhalb des Bereichs liegt, auf den seine Ausübung rechtlich und nicht nur tatsächlich beschränkt ist. An den Nachweis des Erlöschens sind strenge Anforderungen zu stellen (OLG München NJOZ 2015, 327; *Mohr*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 1026 Rn. 3).

16 Die erforderliche Beschränkung der Dienstbarkeit auf einen bestimmten Teil des belasteten Grundstücks ist danach gegeben, wenn der Berechtigte lediglich die zur Zeit der Teilung in Anspruch genommene Fläche benutzen darf, der Eigentümer also eine Ausübung des Rechts an anderen Teilen des Grundstücks nicht zu dulden braucht. Dagegen reicht es nicht aus, wenn der Berechtigte zum Zeitpunkt der Teilung nur einen bestimmten Teil des Grundstücks nutzt, jedoch berechtigt ist, die Nutzung auch auf andere Flächen zu erstrecken. Der Berechtigte muss vielmehr unmittelbar nach dem Rechtsinhalt der Dienstbarkeit oder auf Grund rechtsgeschäftlich vereinbarter Ausübungsregelung dauernd rechtlich – und nicht nur tatsächlich – gehindert sein, bestimmte Teile des belasteten Grundstücks zu benutzen (BGH a.a.O.).

17 Nach diesen Grundsätzen lässt sich hier nicht feststellen, dass das Flurstück ... außerhalb des Ausübungsbereichs der Grunddienstbarkeit läge. Eine solche Beschränkung des Ausübungsbereichs ergibt sich weder aus dem Eintragungsvermerk noch der ihm zugrunde liegenden Eintragungsbewilligung. Dabei steht außer Streit, dass die Lage der Leitung sowie der grün markierte Zutritt zum Grundstück außerhalb des Flurstücks ... und in einiger Entfernung von diesem liegen. Das Recht zum Betreten des Grundstücks umfasst aber ausweislich der Eintragungsbewilligung ausdrücklich auch das Betreten der übrigen Flächen des dienenden Grundstücks und damit auch die des neu gebildeten Flurstücks ..., um die Durchführung der erforderlichen Arbeiten zu ermöglichen.

18 Zwar spricht Einiges dafür, dass angesichts der Entfernung zu der Entwässerungsleitung das hier betroffene Grundstück für die Errichtung, Instandhaltung, Instandsetzung und Erneuerung der auf der Grundlage der Grunddienstbarkeit erstellten Entwässerungsleitung nicht betreten werden muss, zumal nach der Eintragungsbewilligung der Zutritt von der T.- Straße aus erfolgen soll. Dennoch erscheint hier eine einschränkende Auslegung der Eintragungsbewilligung in dem Sinne, dass das Recht zum Betreten der übrigen Flächen auf die zur Ausführung der Arbeit notwendigen Flächen beschränkt werden sollte, nicht möglich. Dagegen spricht zum einen der Wortlaut, der das Recht zum Betreten ausdrücklich (und ohne Einschränkung) auf die übrigen Flächen des dienenden Grundstücks erstreckt. Abgesehen davon würde eine solche Auslegung eine hinreichend sichere Einschätzung des Grundbuchamts erfordern, auf welchen Bereich das Betreten zur Ausführung der genannten Arbeiten beschränkt werden kann. Es müsste praktisch ausgeschlossen sein, dass ein Betreten des Flurstücks ... nicht doch im Einzelfall erforderlich werden könnte. Eine solche Beurteilung würde jedoch über die Prüfungskompetenz des Grundbuchamts hinausgehen und lässt sich daher im Rahmen des Grundbuchverfahrens nicht treffen. Aus diesem Grund kann eine Unrichtigkeit des Grundbuchs hier nicht mit der erforderlichen Gewissheit festgestellt werden.

Wohnungsrecht bei Teilung in Wohnungseigentum

GBO § 18 Abs. 1, § 19, § 22 Abs. 1 S. 1, § 29; BGB § 1026, § 1090 Abs. 2, § 1093 Abs. 1

Amtliche Leitsätze:

1. Die Beibringung einer Löschungsbewilligung des Berechtigten, die kein Mittel zur Beseitigung eines Eintragungshindernisses in Bezug auf das auf Grundbuchunrichtigkeit gestützte Gesuch um Löschung des Wohnungsrechts darstellt, kann das Grundbuchamt nicht mit einer rangwahrenden Zwischenverfügung verlangen. (Rn. 11)

2. Bei einem aus drei in sich abgeschlossenen Wohneinheiten bestehenden Gebäude ist dem Erfordernis einer hinreichend genauen Bezeichnung des für die ausschließlich Nutzung vorgesehenen Teils Genüge getan, wenn die Eintragungsbewilligung klarstellt, auf welche Wohneinheiten sich das Wohnungsrecht bezieht (hier ausreichend die Bezeichnung in der Eintragungsbewil-

ligung „rechter Hauseingang, rechtes Hausteil“ jedenfalls in Verbindung mit einem beigefügten Lageplan, in dem durch rote Umrandung zu erkennen ist, auf welchen Teil des Gebäudes sich das Wohnungsrecht erstrecken soll). (Rn. 16 – 18)

3. Die Teilung eines mit einem Wohnungsrecht belasteten Grundstücks hat zur Folge, dass das Wohnungsrecht an dem Teilstück, das außerhalb seines Ausübungsbereichs liegt, erlischt. (Rn. 19)

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat),
Beschluss vom 30.04.2020 – 3 Wx 251/19

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten waren Miteigentümer der im Grundbuch des Amtsgerichts Mülheim an der Ruhr von W. Blatt ..., Flur 6, Flurstücke 11 bis 13, 72 und 74 sowie Blatt ..., Flur 6, Flurstück 128 verzeichneten Grundstücke, die mit drei Reihenhäusern bebaut sind. Das Grundstück Blatt ..., Flurstück 74, war belastet mit einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten in Form eines Wohnungsrechts zu Gunsten der Beteiligten zu 3 und ..., eingetragen in Abt. II Nr. 9 des Grundbuchs.

2 Dieses Wohnungsrecht beruht auf der notariell beurkundeten Erklärung (UR-Nr. .../2006 des Notars P.T. in M. an der Ruhr) der damaligen Grundstückseigentümerin (Flurstücke 11 – Gartenland und 74 – Hof- und Gebäudefläche) ... vom 9. August 2006, die wie folgt lautet:

„Das Wohnungsrecht umfasst unter Ausschluss des Eigentümers die gesamten Räume im Hause ...-Straße ... (rechter Hauseingang, rechtes Hausteil) nebst Gartenland ausweislich der roten Umrandung des anliegenden Lageplans.“

sowie auf der notariell beurkundeten „Ergänzungsurkunde“ (UR-Nr. .../2006) zu der vorbezeichneten Erklärung vom 24. August 2006:

„Ich ... korrigiere die vorbezeichnete Wohnungsrechtsbestellungsurkunde dahingehend, dass das Wohnungsrecht unter Ausschluss des Eigentümers ausschließlich die gesamten Räume im Hause ...-Straße ... (rechter Hauseingang, rechter Hausteil) umfassen.“

3 Aufgrund Antrags der Beteiligten vom 13. Dezember 2018 wurden die im Grundbuch von W. Blatt ..., Flur 6, Flurstücke 11 bis 13, 72 und 74 sowie Blatt ..., Flur 6, Flurstück 128 gebuchten Grundstücke zu einem Grundstück im Rechtssinne vereinigt. Ferner wurde hinsichtlich der drei Reihenhäuser Wohnungseigentum gebildet, eingetragen in den Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern von W., Blätter ..., ... und ... Das Sondereigentum wurde dahingehend aufgeteilt, dass der Beteiligte zu 2

die in Richtung Westen links gelegene Wohnung (Nr. 1, Blatt ...3) erhielt, der Beteiligte zu 1 die mittlere (Nr. 2, Blatt ...4) und die Beteiligten zu 3 und 4 die in Richtung Osten rechts gelegene (Nr. 3, Blatt ...5). In den neu angelegten Wohnungsgrundbüchern wurde jeweils für das Flurstück 74 das Wohnungsrecht für O. und die Beteiligte zu 3 als Gesamtberechtigte gem. § 428 BGB eingetragen.

4 Unter dem 11. Oktober 2019 baten die Beteiligten zu 1 und 2, die Richtigkeit der Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher zu überprüfen. Sie machten geltend, nach Bildung von Wohnungseigentum bestehe das bereits eingetragene dingliche Wohnungsrecht nur auf dem Wohnungseigentum fort, auf dessen Raumeinheiten es sich erstrecke. Aus dem Lageplan zur Eintragung des Wohnungsrechts ergebe sich, dass sich dieses lediglich auf die in Richtung Osten gelegene rechte Wohnung, somit auf das jetzige Wohnungseigentum im Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch Blatt ... der Beteiligten zu 3 und 4 beziehe. Die Eintragungen in den Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern von Winkhausen Blatt ...3 und ...4 seien daher zu berichtigen.

5 Mit Zwischenverfügung vom 20. November 2019 teilte das Grundbuchamt mit, es sei noch eine Löschungsbevollmächtigung des Berechtigten Abt. II Nr. 8 (Wohnungsrecht) bzw. 7 (Wegerecht und Fahrrecht) in der Form des § 29 GBO einzureichen. Die Eintragungsbewilligung des Wohnungsrechts könne nicht als Unrichtigkeitsnachweis und damit als Lösungsgrundlage gewertet werden. Es sei nicht zweifelsfrei erkennbar, dass es sich um das jetzige, in Winkhausen Blatt ...5 verzeichnete Wohnungseigentum handle. Zum einen sei die Bewilligung als „rechter Hauseingang, rechtes Hausteil“ nicht bestimmt genug. Zum anderen stimme der beigelegte Lageplan, in dem das Wohnungsrecht eingezeichnet sei, nicht mit den aktuellen Aufteilungsplänen, die mit den Anträgen vom 13. Dezember 2018 eingereicht worden seien, überein.

6 Dagegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2. Sie machen geltend, aus der Eintragungsbewilligung und dem dazugehörigen Lageplan ergebe sich eindeutig, dass sich das Wohnungsrecht lediglich auf das jetzige Wohnungseigentum im Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch Blatt ...5 (...) beziehe. Soweit der Lageplan, der mit der Bewilligung des Wohnungsrechts eingereicht worden sei, nicht mit dem aktuellen Aufteilungsplan im Rahmen der Teilungserklärung übereinstimme, liege das daran, dass nach Eintragung des Wohnungsrechts Anbauten errichtet worden seien. Gleichwohl sei erkennbar, dass sich das Wohnungsrecht keinesfalls auf die Wohnungen Blatt ...3 und ...4 beziehe. Sofern man mit der Zwischenverfügung davon ausgehe, dass die Bezeichnung in der Bewilligung als „rechter Hauseingang, rechtes Hausteil“ nicht bestimmt ge-

nug sei, wäre das Wohnungsrecht von Amts wegen nach § 53 GBO als inhaltlich unzulässig zu löschen, weil sich die ihm unterliegenden Räume aus der Eintragungsbewilligung nicht hinreichend sicher feststellen ließen.

7 Mit weiterem Beschluss vom 12. Dezember 2019 hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Düsseldorf zur Entscheidung vorgelegt.

8 Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

► II. Aus den Gründen:

9 Das Rechtsmittel ist gem. §§ 71 Abs. 1, 72, 73 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GBO als Grundbuchbeschwerde zulässig und nach der vom Amtsgericht ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen, § 75 GBO.

10 Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

11 Die Zwischenverfügung ist bereits deshalb aufzuheben, weil sie einen nach § 18 GBO nicht zulässigen Inhalt hat. Eine Zwischenverfügung darf nur ergehen, wenn ein Eintragungshindernis mit rückwirkender Kraft zu beseitigen ist. Andernfalls würde der beantragten Eintragung ein Rang zukommen, der ihr nicht gebührt (OLG München MittBayNot 2012, 46). Die Beibringung einer Löschungsbevollmächtigung des Berechtigten kann hier nicht mit einer rangwahrenden Zwischenverfügung verlangt werden. Denn in der Löschungsbevollmächtigung kann ein Mittel zur Beseitigung eines Eintragungshindernisses in Bezug auf das auf Grundbuchunrichtigkeit gestützte Gesuch um Löschung des Wohnungsrechts nicht gesehen werden.

12 Hierdurch würde der Lösungsantrag vielmehr auf eine neue Basis gestellt. Denn das Grundbuchamt vertritt damit die Auffassung, dass der Beteiligte die Eintragung nur unter veränderten Voraussetzungen (Bewilligung nach § 19 GBO statt des Nachweises der Unrichtigkeit nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO) zu erlangen vermag. Dies kann aber nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein (Senat FGPrax 2019, 102 m.N.; RPfleger 2012, 520; Beschluss vom 29. November 2019, I-3 Wx 201/19 – zitiert nach juris; BayObLG NJW-RR 1999, 1691; vgl. auch *Demharter*, GBO § 18 Rdz. 32).

13 Vorsorglich sei – ohne Bindungswirkung – bemerkt:

14 Die hier zu entscheidende Grundbuchbeschwerde bezieht sich ausweislich der Geschäftsnummer des Grundbuchamtes nur auf das in Blatt ...3 eingetragene Wohnungseigentum (...). Soweit im Betreff des angefochtenen Beschlusses u.a. auch Blatt ...4 genannt ist, sind dem Senat jedoch insoweit trotz der auch zu Blatt ...4 erhobene Grundbuchbeschwerde der Beteiligten zu 1 und 2

weder die diesbezüglichen Akten nicht zur Entscheidung vorgelegt worden, noch ist ein Nichtabhilfebeschluss ergangen.

15 Soweit die Zwischenverfügung eine Löschungsbevolligung des Berechtigten Abt. II Nr. 8 verlangt, dürfte dies schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil die Beteiligten zu 1 und 2 insoweit nicht um Berichtigung des Grundbuchs nachgesucht haben.

16 Was das Wohnungsrecht angeht, dürfte in der Sache allerdings im Hinblick auf Blatt ...3 (und wohl auch Blatt ...4) entgegen der Auffassung der Beschwerde keine Amtslöschung des Wohnungsrechts gem. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO geboten sein. Das Wohnungsrecht ist nicht seinem Inhalt nach unzulässig, denn die Bezeichnung in der Eintragungsbewilligung („rechter Hauseingang, rechtes Hausteil“) ist hinreichend bestimmt.

17 Die einem Wohnungsrecht gem. § 1093 Abs. 1 BGB unterliegenden Räume, sofern es sich nicht auf alle Gebäudeteile oder Räume bezieht, müssen in der Eintragungsbewilligung genau bezeichnet werden (BayObLG NJW-RR 1999, 1691; 1988, 982). Dabei sind die Räume, an welchen ein Wohnungsrecht nach § 1093 BGB bestehen soll, in der Eintragungsbewilligung so genau zu beschreiben, dass jeder Dritte ohne weiteres feststellen kann, welche Räume gemeint sind (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Auflage 2012, Rn. 1258). Die Eintragung eines Wohnungsrechts ohne bestimmte Bezeichnung des für die ausschließliche Benutzung vorgesehenen Gebäudeteils kann inhaltlich unzulässig i.S.d. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO sein (vgl. *Holzer*, in: BeckOK GBO, Stand: 1. März 2020, § 53 Rn. 64 m.w.Nw.).

18 Der von dem Wohnungsrecht betroffene Gebäudeteil ist in der Eintragungsbewilligung hinreichend genau bezeichnet. Zwar sind die für die ausschließliche Benutzung vorgesehenen Räume nicht einzeln aufgeführt. Bei einem Gebäude, das – wie hier – aus drei in sich abgeschlossenen Wohneinheiten besteht, erscheint es aber ausreichend, wenn die Bewilligung klarstellt, auf welche der Wohneinheiten sich das Wohnungsrecht bezieht. Das ist hier durch die Formulierung „rechter Hauseingang, rechtes Hausteil“ der Fall. Darüber hinaus ist aufgrund der roten Umrandung in dem beigegefügteten Lageplan ersichtlich, auf welchen Teil des Gebäudes sich das Wohnungsrecht erstrecken sollte. Inwiefern der von dem Wohnungsrecht betroffene Gebäudeteil infolge nachträglicher An- und Umbauten noch identifiziert werden kann, dürfte für die Frage der Amtslöschung keine Rolle spielen. Denn dabei ist lediglich auf den Eintragsvermerk selbst und die zulässigerweise in Bezug genommene Eintragungsbewilligung abzustellen (vgl. *Holzer*, a.a.O., § 53 Rn. 77).

19 Zum Berichtigungsantrag weist der Senat darauf hin, dass durch die Teilung des belasteten Grundstücks

das Wohnungsrecht an dem in Blatt ...3 eingetragenen Wohnungseigentum erloschen sein dürfte. Mit Teilung des belasteten Grundstücks werden Grundstücksteile frei, welche außerhalb des Ausübungsbereichs des Wohnungsrechts liegen (§ 1026 i.V.m. § 1093 Abs. 1 und § 1090 Abs. 2 BGB). Mithin erlischt das Wohnungsrecht kraft Gesetzes an dem Teilstück, das außerhalb seines Ausübungsbereichs liegt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Auflage 2012, Rn. 1271).

20 Durch die Vorlage des Aufteilungsplans dürfte hinreichend nachgewiesen sein, dass der Ausübungsbereich des Wohnungsrechts außerhalb – jedenfalls – des in Blatt ...3 eingetragenen Wohnungseigentums liegt. Allerdings hat das Grundbuchamt zutreffend darauf hingewiesen, dass die Darstellung im Aufteilungsplan mit dem Lageplan, in den das Wohnungsrecht eingezeichnet ist, nicht übereinstimmt. Insbesondere verläuft im Aufteilungsplan die Trennlinie zwischen der mittleren Wohneinheit (Nr. 2 Blatt ...4) und der rechten Wohneinheit (Nr. 3 Blatt ...5) nicht, wie im Lageplan, gerade, sondern versetzt, dies möglicherweise aufgrund von späteren Um- oder Anbauten. Es lässt sich danach nicht ausschließen, dass auch Teile der zur Wohneinheit Nr. 2 gehörenden Räume durch das Wohnungsrecht belastet sind. Diese Unklarheit betrifft aber ausschließlich das in Blatt ...4 eingetragene Wohnungseigentum Nr. 2, das nicht Gegenstand des hiesigen Beschwerdeverfahrens ist. Hingegen dürfte nach dem Aufteilungsplan ausgeschlossen sein, dass sich der Ausübungsbereich des Wohnungsrechts auch auf das in Blatt ...3 eingetragene Wohnungseigentum Nr. 2 bezieht. Eine Löschungsbevolligung des Berechtigten erscheint daher in Bezug auf dieses Wohnungseigentum entbehrlich.

Auslegung von Vertragsklauseln bei Grundstücksveräußerung im „Einheimischen-Modell“

BGB § 242, § 133, § 157, § 305b, § 305c Abs. 2, § 307; BauGB § 11 Abs. 2 S. 1

Amtliche Leitsätze:

1. Eine in einem Grundstückskaufvertrag mit einer Gemeinde im Rahmen des sog. Einheimischen-Modells enthaltene Vertragsklausel, in der sich der Käufer verpflichtet, den Kaufgegenstand innerhalb einer bestimmten Frist „mit einem Wohnhaus mit nicht mehr als zwei Wohneinheiten ... zu bebauen“, ist unklar hinsichtlich der Frage, ob sie auch eine abschnittsweise Errichtung zwei-

er miteinander verbundener Baukörper mit nicht mehr als zwei Wohneinheiten erlaubt. (Rn. 31 – 36)

2. Legt der Käufer bei einer derartigen Vertragsgestaltung im Rahmen der Beurkundung des Vertrages gegenüber dem Abschlussvertreter der Gemeinde seine später umgesetzten Planungen offen, ohne dass der Vertreter der Gemeinde vor Abgabe seiner auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung Bedenken anmeldet, ob diese Planung mit den Vorgaben der Vertragsklausel im Einklang steht, wird das dadurch zu Tage getretene Verständnis des Käufers vom Inhalt der vertraglichen Regelung als übereinstimmender Wille der Parteien Vertragsinhalt (im Anschluss an BGH, Urteile vom 29. Mai 2009 – V ZR 201/08, NJW-RR 2010, 63 Rn. 11; vom 22. März 2002 – V ZR 405/00, NJW 2002, 2102 unter II 2 a; jeweils mwN). (Rn. 29)

3. Zur Auslegung einer in einem Grundstückskaufvertrag mit einer Gemeinde im Rahmen des Einheimischen-Modells vereinbarten Vertragsklausel, welche die Begründung von Wohnungseigentum sowie die Bestellung von Erbbaurechten am unbebauten Grundstück einer vollständigen oder teilweisen Veräußerung des unbebauten Grundstücks an einen Dritten gleichstellt. (Rn. 41)

OLG Hamm (22. Zivilsenat),

Urteil vom 14.11.2019 – I-22 U 52/19

▶ I. Tatbestand:

1 Die klagende Stadt begehrt mit ihrer Klage die Verurteilung der Beklagten zur Rückzahlung eines ihnen im Rahmen eines Grundstücksverkaufs nach dem so genannten Einheimischen-Modell gewährten Preisnachlasses.

2 Mit notariellem Vertrag vom 7. Januar 2013 (UR-Nr. 10/2013 des Notars T in P) kauften die Beklagten von der klagenden Stadt zwei selbständig nicht bebaubare Grundstücke mit einer Gesamtfläche von 709 Quadratmetern zu einem Quadratmeterpreis von 120 € für eine Fläche von 500 Quadratmetern und von 50 € für die Mehrfläche von 209 Quadratmetern. Zuzüglich eines Erschließungskostenablosungsbetrages von 20.222,16 €, eines Kanalablosungsbetrages von 8.245,67 € und eines ökologischen Ausgleichs von 900,43 € betrug der Gesamtkaufpreis 99.618,26 €. Die Vertragsparteien erklärten in der notariellen Vertragsurkunde hinsichtlich des Kaufpreises übereinstimmend, dass es sich um einen ermäßigten Grundstückspreis handele und der tatsächliche Marktpreis 145 € je Quadratmeter betrage, so dass sich ein Preisnachlass in Höhe von 32.355 € errechne. Die Grundstücke sind im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes der klagenden Stadt gelegen und sollten nach dem Vertrag „entspre-

chend den Festsetzungen des Bebauungsplanes bebaut werden“ können.

3 § 6 des Vertrages lautet auszugsweise wie folgt:

„Der Käufer verpflichtet sich

a) den hier erworbenen Grundbesitz innerhalb einer Frist von 5 Jahren ab heute im Rahmen der Festsetzungen des Bebauungsplanes mit einem Wohnhaus mit nicht mehr als zwei Wohneinheiten bezugsfertig zu bebauen.

b) das unbebaute Grundstück weder ganz noch teilweise ohne Zustimmung des Verkäufers an einen Dritten weiterzuveräußern. Dies gilt auch für die Begründung von Wohnungseigentum sowie die Bestellung von Erbbaurechten.

c) das auf dem erworbenen Grundstück zu erstellende Eigenheim selbst zu beziehen sowie das Grundstück und das Gebäude sowie Teile hiervon innerhalb von 8 Jahren ab heute gerechnet, nicht an Dritte zu veräußern oder zu vermieten. Dieses gilt nicht für die Vermietung von Einliegerwohnungen.“

4 Für den Fall des Verstoßes gegen eine dieser Verpflichtungen verpflichteten sich die Beklagten gegenüber der klagenden Stadt zur Erstattung des ihnen gewährten Preisnachlasses.

5 Wegen der weiteren Einzelheiten der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien wird auf die bei den Gerichtsakten befindliche Ablichtung der notariellen Vertragsurkunde (GA 15 ff.) Bezug genommen.

6 Bereits im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses beabsichtigten die Beklagten, die Grundstücke nach deren Vereinigung in zwei Bauabschnitten mit zwei über eine Doppelgarage verbundenen Wohnhäusern zu bebauen. Unstreitig setzten sie von ihren vollständigen Planungen auch den Vertreter der klagenden Stadt im Rahmen der Beurkundung in Kenntnis.

7 Ihre Planungen setzten die Beklagten dergestalt um, dass sie zunächst nach einer Vereinigung der Grundstücke im Jahre 2013 Wohnungseigentum begründeten, ehe die Beklagte zu 1 im selben Jahr ein Einfamilienhaus mit Doppelgarage errichtete und die Beklagten zu 2 und 3 im Jahr 2017 ein weiteres Einfamilienhaus an die bestehende Garage anbauten.

8 Die klagende Stadt wandte sich mit Schreiben vom 28. März 2017 nach Eingang des Bauantrages vom 13. Februar 2017 und Baubeginn an die Beklagten zu 2 und 3 und wies diese darauf hin, dass das Bauvorhaben gegen die im Kaufvertrag übernommene Verpflichtung verstoße, auf dem Grundstück ein Wohnhaus mit nicht mehr als zwei Wohneinheiten zu errichten, so dass der gewährte Preisnachlass zurückzufordern sei. Nachdem die Beklagten zu 2 und 3 mit einem Schreiben vom 10. Mai 2017 unter anderem darauf verwiesen, ihre Bauplanungen bereits vor Vertragsschluss offen gelegt zu

haben und der erstinstanzliche Bevollmächtigte der Beklagten mit Schreiben vom 25. September 2017 die Auffassung vertrat, die Errichtung des weiteren Gebäudes sei nicht förderschädlich, forderte die klagende Stadt die Beklagten mit anwaltlichem Schreiben vom 22. Dezember 2017 unter Fristsetzung bis zum 15. Januar 2018 erfolglos zur Nachzahlung des gewährten Preisnachlasses in Höhe von 32.355 € auf.

9 Mit ihrer Klage hat die klagende Stadt erstinstanzlich die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 32.355 € nebst Zinsen begehrt. Die Beklagten haben Widerklage erhoben, mit der sie eine Verurteilung der klagenden Stadt zur Erstattung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten nebst Zinsen erstrebt haben.

10 Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens und wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung verwiesen.

11 Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Zur Begründung hat es – soweit für das Berufungsverfahren noch von Interesse – ausgeführt:

12 Der klagenden Stadt stehe der klageweise verfolgte Nachzahlungsanspruch zu, da die Beklagten entgegen den von ihnen vertraglich übernommenen Verpflichtungen das Grundstück mit zwei Wohnhäusern bebaut und zudem ohne Zustimmung der klagenden Stadt Wohnungseigentum begründet hätten.

13 Als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff. BGB sei die Regelung in § 6 der notariellen Vertragsurkunde nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der beteiligten Kreise verstanden würden.

14 Hiernach sei bereits der Wortlaut der Regelung in § 6 Abs. 1 Buchst. a) der Vertragsurkunde eindeutig in dem Sinne, dass die hierin niedergelegte Bebauungsverpflichtung bezüglich der Bebauung und deren Ausmaß auf die Errichtung eines Gebäudes mit maximal zwei Wohneinheiten begrenzt sei. Der in der Klausel verwendete Begriff „Wohnhaus“ sei im Sinne eines einzigen Gebäudes zum Zwecke des Wohnens zu verstehen und absichtsvoll so gewählt, weil auch die Förderrichtlinien der klagenden Stadt von der Vorstellung eines einzigen Gebäudes pro Grundstück ausgingen, das vom Käufer selbst bewohnt werde und maximal eine zweite, untergeordnete Wohneinheit in Form einer Einliegerwohnung enthalten solle. Bei einem abweichenden Verständnis habe es nicht der Begriffe „Wohnhaus“ oder „Eigenheim“ bedurft. In systematischer Hinsicht folge aus der Verwendung des Begriffs „Eigenheim“ in § 6 Abs. 1 Buchst. c) der Vertragsurkunde wie auch aus § 5

Abs. 9 der Förderrichtlinien, dass der Nutzung das Leitbild eines einzigen Wohnhauses zugrunde liege. Die in der Bebauungsverpflichtung erfolgte Bezugnahme auf die Festsetzungen des Bebauungsplanes stünde dem nicht entgegen, da zwischen dem öffentlich-rechtlichen „Können“ und dem zivilrechtlichen/vertraglichen „Dürfen“ zu differenzieren sei. Nicht ausgeschlossen sei es daher, an die vollständige Ausnutzung der Bebaubarkeit Rechtsfolgen zu knüpfen, die hier nicht in einem Bauverbot, sondern in einer vertraglichen Obliegenheit bestünden. Diese am Wortlaut orientierte Auslegung werde auch von teleologischen Erwägungen getragen. Denn das Einheimischen-Modell wolle in erster Linie einheimischen Bürgern der Kommune den preisgünstigen Erwerb eines Grundstücks zur Errichtung eines Eigenheims ermöglichen und dabei die Entstehung einseitiger Eigentümer- und Nutzerstrukturen unterbinden. Diese Zwecke würden nur dann nachhaltig erreicht und sichergestellt, wenn Anreiz und Möglichkeit für Grundstücksspekulationen unterbunden würden. Ein derartiger Spekulationsanreiz bestünde auch durch die Möglichkeit, Teile eines bebauten Grundstücks an Dritte weiter zu veräußern und dabei den erhöhten Wert zu realisieren. Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien übereinstimmend von einer der objektiven Auslegung vorgehenden abweichenden Auslegung der Klausel ausgegangen seien, bestünden nicht. Insoweit genüge es nicht, dass der klagenden Stadt die Planungen der Beklagten bekannt gewesen seien. Die Klausel sei auch wirksam. Sie sei weder überraschend noch verstoße sie gegen den Grundsatz angemessener Vertragsgestaltung aus § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB oder gegen § 307 BGB. Auch ein treuwidriges Verhalten der klagenden Stadt im Einzelfall könne nicht festgestellt werden.

15 Auch eine Auslegung der Klausel in § 6 Abs. 1 Buchst. b) der Vertragsurkunde führe zu einem eindeutigen Ergebnis. Der im Allgemeinwohl liegende Förderungszweck werde bereits dadurch gefährdet, dass rechtlich die Möglichkeit geschaffen werde, Teile des Grundstücks an Dritte zu vermarkten und hierdurch der Spekulation Vorschub zu leisten. Wäre lediglich die Begründung von Wohnungseigentum ohne Zustimmung der klagenden Stadt zu Gunsten Dritter förderschädlich, wäre die Erwähnung des Wohnungseigentums überflüssig, da sich eine entsprechende Rechtsfolge bereits aus der Regelung in § 6 Abs. 1 Buchst. c) der Vertragsurkunde ergebe.

16 Hiergegen wenden sich die Beklagten mit ihrer Berufung, mit der sie die Verletzung materiellen Rechts rügen und nur noch ihr erstinstanzliches Klagabweisungsbegehren weiterverfolgen. Die Abweisung der Widerklage greifen sie mit ihrem Rechtsmittel nicht an.

17 Sie machen unter anderem geltend, das Landgericht habe die Regelung in § 6 Abs. 1 Buchst. a) des Kaufvertrages unzutreffend ausgelegt. Die gewählte Formulierung „einem Wohnhaus mit nicht mehr als zwei Wohneinheiten“ ziele nicht auf die Anzahl der Wohnhäuser, sondern nur auf die Art der Nutzung, während die Anzahl der Wohneinheiten die Intensität der Ausnutzung des Grundstücks betreffe. Aus dem Blick verloren habe das Landgericht, dass sie, die Beklagten, zunächst die später realisierte Planung erstellt hätten und erst anschließend in Verhandlungen mit der klagenden Stadt eingetreten seien. Bei diesen Verhandlungen hätten die Baupläne bereits vorgelegen, ohne dass die klagende Stadt Bedenken angemeldet habe. Sie hätten daher davon ausgehen dürfen, dass sich der Begriff „Wohnhaus“ lediglich auf die Art der Nutzung beziehe. Ließen die Festsetzungen des Bebauungsplanes – wie hier – die Errichtung von zwei Wohnhäusern zu und knüpfte die vertragliche Bestimmung über die Bebauungsverpflichtung an diese Festsetzungen des Bebauungsplanes ausdrücklich an, bedürfe es zudem mit Blick auf die §§ 305 ff. BGB im Sinne der Bestimmtheit und des Transparenzgebotes einer eindeutigen Regelung, wonach schon die Errichtung eines zweiten Wohnhauses förderschädlich sei. Auch die Förderrichtlinien der klagenden Stadt enthielten keinen Hinweis darauf, dass ein Käufer den Kaufgegenstand nur mit einem Gebäude bebauen dürfe; nach ihnen komme es lediglich darauf an, dass ein „Eigenheim“ entstehe. Jedenfalls verstoße die Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs durch die klagende Stadt aber gegen Treu und Glauben, da die Parteien sich über eine gemeinsame Auslegung einig gewesen seien.

18 Auch an einem Verstoß gegen § 6 Abs. 1 Buchst. b) des Kaufvertrages fehle es. Die Regelung wolle lediglich verhindern, dass Dritte Wohnungseigentum an dem unbebauten „Einheimischen-Grundstück“ erlangen könnten. Förderschädlich könne hiernach nur eine Veräußerung an einen Dritten vor Ablauf der Zweckbindung sein, was auch die systematische Heranziehung der Regelung in § 6 Abs. 1 Buchst. c) der Vertragsurkunde verdeutliche, die sich nur auf das zu erstellende Eigenheim beziehe.

19 Die Beklagten beantragen, unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

20 Die klagende Stadt beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

21 Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung.

22 Der Senat hat die Parteien bzw. deren Vertreter im Senatstermin am 14. November 2019 angehört. Wegen des Ergebnisses der Anhörung wird auf den Berichtstattervermerk vom selben Tag, wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands auf die zwischen den Par-

teien im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

▶ II. Aus den Gründen:

23 Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache Erfolg. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung und zur Abweisung der Klage.

24 Der klagenden Stadt steht aufgrund der Regelung in § 6 Abs. 3 der notariellen Vertragsurkunde gegen die Beklagten kein Anspruch auf Zahlung von 32.355 € nebst Zinsen zu. Die Beklagten haben – entgegen der Auffassung des Landgerichts – weder ihre Obliegenheit aus § 6 Abs. 1 Buchst. a) des Kaufvertrages noch jene aus § 6 Abs. 1 Buchst. b) des Kaufvertrages verletzt.

25 1. Das Landgericht hat eine Verletzung der in § 6 Abs. 1 Buchst. a) des Kaufvertrages statuierten Obliegenheit darin gesehen, dass die Beklagten das von ihnen erworbene Grundstück mit zwei Wohnhäusern bebaut haben, obschon die vertragliche Regelung eine Verpflichtung enthalte, den Grundbesitz nur mit einem Wohnhaus mit nicht mehr als zwei Wohneinheiten zu bebauen. Hierbei hat das Landgericht im rechtlichen Ansatz zutreffend erkannt, dass die maßgebliche Klausel, bei der es sich unstreitig um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte und von der klagenden Stadt als Verwenderin einseitig gestellte Vertragsbedingung handelt, als Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne der §§ 305 ff. BGB grundsätzlich nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn so auszulegen ist, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der beteiligten Kreise verstanden wird (BGH, Urteil vom 29. Mai 2009 – V ZR 201/08, NJW-RR 2010, 63 Rn. 10; stRspr, vgl. auch BGH, Urteil vom 9. April 2014 – VIII ZR 404/12, BGHZ 200, 362 Rn. 57; MünchKomm-BGB/Busche, 8. Aufl. § 133 Rn. 25; jeweils mwN).

26 Bei der von ihm vorgenommenen Auslegung hat das Landgericht allerdings einerseits dem Umstand keine hinreichende Beachtung geschenkt, dass die Beklagten der klagenden Stadt noch vor Vertragsschluss, spätestens im Beurkundungstermin ihre Planungen offengelegt haben und der Vertreter der Stadt diese Erklärung hingenommen hat, ohne auf die Förderschädlichkeit der in Aussicht genommenen Bebauung hinzuweisen (a)). Andererseits führt auch die Auslegung der Klausel in § 6 Abs. 1 Buchst. a) des Kaufvertrages nach ihrem objektiven Erklärungsgehalt unter Zugrundelegung der Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders und der typisierten Interessenlage des Verwenders und seines Vertragspartners nicht zu einem

eindeutigen Ergebnis, so dass verbleibende Zweifel zu Lasten der klagenden Stadt als Verwenderin gehen, § 305c Abs. 2 BGB (b)). Jedenfalls aber führten unter Zugrundelegung des Auslegungsergebnisses des Landgerichts die Umstände des Einzelfalles dazu, dass sich die klagende Stadt nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht auf die sich aus einer Verletzung der Bestimmung in § 6 Abs. 1 Buchst. a) des Kaufvertrages ergebenden Rechtsfolgen berufen könnte (c)).

27 a) Auch bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist – wie das Landgericht noch zutreffend erkannt hat – der Auslegung die Prüfung vorgeschaltet, ob die Vertragsklausel von den Parteien übereinstimmend in einem bestimmten Sinn verstanden worden ist. Ist das der Fall, geht der übereinstimmende Wille der objektiven Auslegung vor. Das Verständnis der Parteien ist dann wie eine Individualvereinbarung zu behandeln, die nach § 305b BGB Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat (vgl. BGH, Urteile vom 29. Mai 2009 – V ZR 201/08, NJW-RR 2010, 63 Rn. 10; vom 22. März 2002 – V ZR 405/00, NJW 2002, 2102 unter II 2 a; jeweils mwN; siehe auch BAG, Urteil vom 15. September 2009 – 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342 Rn. 27; MünchKomm-BGB/Basedow, 8. Aufl. § 305c Rn. 39).

28 Anlass für eine solche Prüfung bestand hier deshalb, weil die Beklagten unstreitig im Beurkundungstermin ihre bereits vorliegende und später konkretisierte Planung offengelegt haben. Hierdurch haben die Beklagten für die klagende Stadt unmissverständlich ihre Vorstellung zum Ausdruck gebracht, eine der Planung entsprechende Bebauung des Kaufgegenstandes als – auch im Sinne von § 6 Abs. 1 Buchst. a) des Vertrages – vertragskonform anzusehen. Entgegen der Auffassung des Landgerichts steht dem nicht entgegen, dass nach den vertraglichen Vereinbarungen den Beklagten auch die Möglichkeit eröffnet war, eine abweichende – förderschädliche – Bebauung unter Inkaufnahme der hiermit verbundenen Nachteile vorzunehmen und die klagende Stadt jedenfalls mit dieser Möglichkeit rechnen musste, so dass ein offensichtlicher Irrtum der Beklagten über eine der Regelung in § 6 Abs. 1 Buchst. a) des Vertrages entsprechende Bebauung nicht im Raum stand. Diese Sichtweise lässt außer Betracht, dass in einem solchen Fall aus Sicht der klagenden Stadt für die Beklagten überhaupt kein Anlass bestanden hätte, die konkreten Planungen im Beurkundungstermin offen zu legen und überdies der Kaufvertrag gerade den Willen der Parteien zur Grundlage hatte, entsprechend den Verpflichtungen nach § 6 des Vertrages zu verfahren.

29 Indem der Vertreter der klagenden Stadt den hiernach offen zu Tage getretenen Willen der Beklagten hingenommen hat, ohne darauf hinzuweisen, dass die konkrete Planung nicht mit den Vorgaben in § 6 Abs. 1 Buchst.

a) des Vertrages in Einklang zu bringen sei, und er alsdann für die klagende Stadt die auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung abgegeben hat, ist das Verständnis der Beklagten vom Inhalt der vertraglichen Regelung als übereinstimmender Wille der Parteien Vertragsinhalt geworden. Für eine solche Annahme reicht es nämlich aus, wenn eine Partei ihren Willen äußert und die andere Partei dies erkennt und in Kenntnis dessen den Vertrag abschließt, auch ohne sich den wirklichen Willen des Erklärenden zu eigen zu machen (vgl. BGH, Urteile vom 29. Mai 2009 – V ZR 201/08, NJW-RR 2010, 63 Rn. 11; vom 20. November 1992 – V ZR 122/91, NJW-RR 1993, 373 unter II; vom 13. Februar 1989 – II ZR 179/88, NJW-RR 1989, 931 unter II 2).

30 Dem lässt sich auch nicht entgegen, dem Vertreter der klagenden Stadt habe nach ihrer internen Organisation die Befugnis gefehlt, sie entgegen dem objektiven Erklärungsinhalt der Klausel vertraglich zu binden. Die Vollmacht des Vertreters der klagenden Stadt unterlag im Außenverhältnis keinen Beschränkungen. Das Risiko eines – auch fahrlässigen – Missbrauchs der Vertretungsmacht trägt grundsätzlich der Vertretene. Den Vertragspartner trifft hierbei keine Prüfungspflicht, ob und inwieweit der Vertreter im Innenverhältnis gebunden ist, von seiner nach außen unbeschränkten Vertretungsmacht nur begrenzten Gebrauch zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 2016 – XI ZR 483/14, NJW-RR 2016, 1138 Rn. 23 mwN; stRspr). Demgemäß ist kein Raum dafür, das Verhalten des Vertreters einer fiskalisch handelnden Gemeinde anders zu bewerten als anderer rechtsgeschäftlicher Vertreter, zumal der Bürger, der mit einer Gemeinde einen wirtschaftlich bedeutsamen Vertrag schließt und ihr dabei im Zweifel sogar erhöhtes Vertrauen entgegenbringt, im Grundsatz nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn er es nur mit einer einzigen natürlichen Person zu tun hat (vgl. zur Wissensvertretung BGH, Urteil vom 2. Februar 1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30 = NJW 1996, 1339 unter II C 2 a mwN).

31 b) Letztlich kommt es aber für die in Rede stehende Vertragsklausel auf die Frage eines der objektiven Auslegung entgegenstehenden übereinstimmenden Willens der Vertragsparteien nicht einmal entscheidungserheblich an. Denn auch die objektive Auslegung der Klausel führt – entgegen der Auffassung des Landgerichts – nicht zu dem eindeutigen Ergebnis, dass die konkrete Realisierung des Bauvorhabens der Beklagten eine Verletzung der in § 6 Abs. 1 Buchst. a) des Vertrages übernommenen Verpflichtung nach sich zieht. Es sind vielmehr nach Ausschöpfung der für die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Betracht kommenden Methoden mindestens zwei Auslegungen rechtlich vertretbar (vgl. zum Maßstab BGH, Urteile vom 14. Juni 2017 –

IV ZR 161/16, r+s 2017, 421 Rn. 12; vom 15. November 2006 – VIII ZR 166/06, NJW 2007, 504 Rn. 23; vom 4. Juli 1990 – VIII ZR 288/89, BGHZ 112, 65 = NJW 1990, 3016 unter II 2 a), so dass ein nicht behebbarer Zweifel verbleibt, der nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten der klagenden Stadt als Verwenderin geht.

32 Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind – wie ausgeführt – grundsätzlich nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der beteiligten Kreise verstanden werden. Zugrunde zu legen sind hierbei die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders, so dass es nicht auf die individuelle Interessenlage im Einzelfall, sondern auf die typisierten Interessen des Verwenders und seiner Vertragspartner ankommt (BGH, Urteil vom 8. November 2002 – V ZR 78/02, BeckRS 2003, 921 unter II 2 b mwN). Maßgebend sind die Interessen, Vorstellungen und Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden des Verwenders (BGH, Urteil vom 23. Juni 1993 – IV ZR 135/92, BGHZ 123, 83, 85; MünchKomm-BGB/*Busche*, 8. Aufl. § 133 Rn. 25 mwN). Anders als das Landgericht meint, ist deshalb hinsichtlich einzelner Begriffe, welche die in Rede stehende Klausel beinhaltet, nicht ohne Weiteres auf ein außerhalb des Vertrages liegendes Begriffsverständnis aus Gesetzesnormen abzustellen, die für sich genommen einen anderen Zweck verfolgen, soweit nicht aus einer einheitlichen Verwendung des Begriffs ein Begriffsverständnis im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs folgt.

33 aa) An diesen Grundsätzen gemessen ist schon der Wortlaut der Klausel keineswegs eindeutig in dem Sinne, dass er – maximal – die Errichtung eines Wohngebäudes mit nicht mehr als zwei Wohneinheiten, von denen die eine der anderen untergeordnet ist, als förderunschädlich erlaubt. Abgesehen davon, dass im Wortlaut der Klausel nicht von einem „Wohngebäude“, sondern von einem „Wohnhaus“ die Rede ist und sich das Verhältnis der Wohneinheiten zueinander dem Vertrag an keiner Stelle entnehmen lässt, weist die Berufung zu Recht darauf hin, dass der Begriff „Wohnhaus“ auch in Sinne einer konkreten Art der Nutzung – in Abgrenzung zu Gewerbe o.ä. – verstanden werden kann. Fehl geht es, eine Beschränkung auf einen Baukörper mit zwei Wohneinheiten aus dem Begriff „Wohnhaus“ vorangestellten Wort „einem“ herzuleiten. Von einem derartigen Bedeutungsgehalt ließe sich nur sprechen, wenn nach dem Wortlaut der Klausel im Übrigen eine Verwendung dieses Begriffes als Zahlwort objektiv eindeutig wäre. Davon kann aber schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil das Wort im Sprachgebrauch sowohl als Zahlwort als auch als un-

bestimmter Artikel verwendet wird und ein Verständnis im letztgenannten Sinne hier jedenfalls nicht fernliegt, zumal die Klausel für Zahlwörter an anderer Stelle – hinsichtlich der einzuhaltenden Frist und der Beschränkung der Anzahl der Wohneinheiten – eine unterschiedliche Schreibweise mittels arabischer Ziffer oder ausgeschriebenem Wort vorsieht, für den letztgenannten Fall freilich bei einem dort eindeutigen Bedeutungsgehalt.

34 bb) Auch die systematische Auslegung der Klausel führt zu keinem eindeutigen Ergebnis. Die Verwendung des Begriffs „Eigenheim“ im Singular in § 6 Abs. 1 Buchst. c) des Vertrages lässt ein derartiges Verständnis nicht zu. Denn für diesen Begriff gilt letztlich nichts anderes wie für den Begriff „Wohnhaus“. Er schränkt im Sinne eines möglichen Begriffsverständnisses im Sinne der Verpflichtung in § 6 Abs. 1 Buchst. c) des Vertrages die abstrakte Nutzungsart für die dortige Frist auf einen Selbstbezug zum Wohnen ein. Ob der rechtlich nicht vorgebildete „Durchschnittskunde“ aus dem Begriff oder aus den im Vertrag in Bezug genommenen Förderrichtlinien der klagenden Stadt das vertragliche Leitbild eines einzigen Wohnhauses entnehmen kann – wie das Landgericht meint –, ist zweifelhaft, aber auch nicht entscheidend. Es mag zutreffen, dass die Errichtung eines Gebäudes nach der Vorstellung der klagenden Stadt der vertraglich vorausgesetzte Regelfall sein sollte. Dies besagt aber für sich genommen nichts über die Zulässigkeit der Errichtung eines aus zwei Gebäuden oder Gebäudeteilen bestehenden Doppelhauses und erlaubt erst Recht nicht die Annahme eines eindeutigen Auslegungsergebnisses. Dies gilt umso mehr, als die Festsetzungen des Bebauungsplanes die konkrete Art der Errichtung ausdrücklich erlauben und § 6 Abs. 1 Buchst. a) des Vertrages diese Festsetzungen ausdrücklich als Rahmen vorgibt. Die systematische Auslegung streitet daher eher für die Auffassung der Beklagten, eröffnet aber jedenfalls kein eindeutiges Auslegungsergebnis im Sinne der klagenden Stadt. Dass das vertragliche Leitbild im Übrigen nicht das Wohnhaus mit Einliegerwohnung sein kann, lässt sich auch § 6 Abs. 1 Buchst. c) des Vertrages entnehmen. Denn diese Klausel nimmt nur die Einliegerwohnung ausdrücklich von der Obliegenheit aus, Teile des Gebäudes nicht zu vermieten. Die Klausel setzt daher die Errichtung eines Gebäudes mit zwei selbständigen Wohneinheiten als zulässig voraus und statuiert für den Käufer nur die Obliegenheit, auch eine selbständige Wohneinheit nicht zu vermieten.

35 cc) Schließlich rechtfertigen auch der objektive erkennbare Sinn und Zweck der Klausel sowie die erkennbare Interessenlage der Parteien kein eindeutiges Auslegungsergebnis. Es steht zwischen den Parteien außer Streit, dass die vorliegende Vertragsgestaltung die Errichtung eines – auch größeren Gebäudes – mit zwei selbständi-

gen Wohneinheiten zulässt. Nicht ersichtlich ist demgegenüber, worin aus Sicht der klagenden Stadt hinsichtlich der Frage der Entscheidung der Förderungsfähigkeit und der Förderungswürdigkeit der Unterschied zwischen einem hiernach zulässigen zweigeschossigen Wohngebäude mit zwei gleich großen Einheiten, die horizontal teilbar sind, und einem – aus Sicht der klagenden Stadt unzulässigen – Wohnhaus bestehen soll, welches in Form zweier selbständiger, miteinander verbundener Gebäude errichtet wurde und deren Wohneinheiten sich aus einer vertikalen Teilung ergeben. Beide baulichen Gestaltungen eröffnen dieselben oder zumindest annähernd gleiche Spekulationsanreize. In dem einen wie dem anderen Fall lassen sich durch horizontale oder vertikale Teilung zwei nach Ablauf des in § 6 Abs. 1 Buchst. c) des Vertrages festgelegten Zeitraums selbständig veräußerbare Immobilien schaffen.

36 dd) § 6 Abs. 1 Buchst. a) des Vertrages weist demnach auch nach der gebotenen objektiven Auslegung eine Mehrdeutigkeit auf, die nicht beseitigt werden kann.

37 c) Selbst wenn man aber das vom Landgericht gefundene Auslegungsergebnis zugrunde legt, muss einem Anspruch der klagenden Stadt – soweit er auf eine Verletzung der Obliegenheit in § 6 Abs. 1 Buchst. a) des Vertrages gestützt wird, der Erfolg versagt bleiben.

38 Denn im konkreten Einzelfall stünde der Annahme einer Nachzahlungspflicht der Beklagten der Umstand entgegen, dass die Beklagten bereits vor Vertragsschluss ihre konkreten Planungen offengelegt haben und die klagende Stadt gleichwohl mit ihnen in Kenntnis dieser aus ihrer Sicht förderschädlichen Planungen einen Kaufvertrag nach dem sog. Einheimischen-Modell geschlossen hat. Der Hinweis des Landgerichts darauf, dass im Gefüge wechselseitiger vertraglicher Verpflichtungen jeder Vertragspartner grundsätzlich selbst für die Wahrung seiner Interessen verantwortlich sei, greift zu kurz. Denn für die klagende Stadt war nach Offenlegung der konkreten Planungen ersichtlich, dass die Beklagten von der fehlenden Förderschädlichkeit dieser Planungen ausgehen. In Kenntnis dieser Umstände hätte es daher nach Treu und Glauben eines Hinweises der klagenden Stadt auf die fehlende Umsetzbarkeit dieser Planungen zur Wahrung der vergünstigten Konditionen bedurft.

39 Eine derartige, auf die Einzelfallumstände abstellende Bewertung des konkreten Verhaltens des Klauselverwenders anhand von § 242 BGB, welcher neben den §§ 307 ff. BGB die Funktion der so genannten Ausübungskontrolle zukommt (vgl. *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht*, 12. Aufl., Vorbemerkungen zur Inhaltskontrolle Rn. 62 ff. mwN), hat zwar bei der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB außer Betracht zu bleiben und begründet auch im Rahmen der dort gebotenen generali-

sierenden Betrachtung keine unangemessene Benachteiligung des Klauselgegners (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 2016 – IV ZR 44/15, BGHZ 211, 51 Rn. 21 mwN). Sie kann aber dazu führen, dass dem Verwender die Berufung auf eine bestimmte AGB-Regel wegen individuellen Rechtsmissbrauchs verwehrt ist (vgl. *Fuchs* aaO Rn. 64; BeckOK BGB/H. *Schmidt*, § 307 Rn. 14 [Stand: 1. August 2019]).

40 2. Eine auf § 6 Abs. 3 des Vertrages gestützte Nachzahlungspflicht der Beklagten ergibt sich auch nicht – mit Blick auf die Bildung von Wohnungseigentum nach Vereinigung der Kaufgrundstücke – aus einer Verletzung der Obliegenheit in § 6 Abs. 1 Buchst. b) des Vertrages. Hierbei kann offen bleiben, ob die Bildung von Wohnungseigentum noch am unbebauten Grundstück erfolgte und ob die klagende Stadt bereits im Zeitpunkt der Beurkundung um die Absicht der Beklagten wusste, Wohnungseigentum zu bilden.

41 Die Klausel in § 6 Abs. 1 Buchst. b) des Vertrages, die in ihrem Satz 2 unter anderem die Begründung von Wohnungseigentum am unbebauten Grundstück der vollständigen oder teilweisen Veräußerung des unbebauten Grundstücks an einen Dritten gleichstellt, erfasst – anders als das Landgericht meint – nur die Bildung von Wohnungseigentum für einen Dritten. Nach dem Verständnis eines durchschnittlichen Vertragspartners knüpft der Satz 2 schon seinem Wortlaut nach durch die Wendung „dies gilt auch“ an den Bedeutungsgehalt des Satzes 1 an, der erkennbar darauf abzielt, eine Weiterveräußerung des Grundstücks oder von Teilen hiervon an einen Dritten ohne Zustimmung der klagenden Stadt zu unterbinden. Der Verweis des Landgerichts auf den fehlenden Bedeutungsgehalt der Klausel bei dieser Sichtweise mit Blick auf die daneben stehende Regelung in § 6 Abs. 1 Buchst. c) des Vertrages geht fehl, weil Regelungsgegenstand der einen Klausel das unbebaute Grundstück ist, während sich die andere auf das darauf zu errichtende Eigenheim – mithin das bebaute Grundstück – bezieht. Selbst wenn man aber die Klausel nach Auslegung – wie nicht – in ihrem Anwendungsbereich für mehrdeutig halten müsste, wäre sie jedenfalls unklar im Sinne von § 305c Abs. 2 BGB.

42 Hiernach kommt es auf die Frage, ob die Klausel auch an § 307 BGB zu messen ist und dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB genügt, nicht an. Der Bundesgerichtshof hat die Frage, ob Klauseln eines privatrechtlichen städtebaulichen Vertrags allein an den Vorgaben des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB zu messen sind oder auch einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB zu unterziehen sind, bislang durchweg offen gelassen (vgl. BGH, Urteile vom 16. April 2010 – V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rn. 9 mwN; vom 20. April 2018 – V ZR 169/17, DNotZ 2019, 96 Rn. 8). Sie bedarf auch hier keiner Entscheidung.

Grundbucheintragung aufgrund einer unbeschränkten Vorsorgevollmacht

BGB § 167, § 181; GBO § 20, § 29 Abs. 1, § 71 Abs. 1;
BeurkG § 51 Abs. 1

Amtliche Leitsätze:

1. Bei einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vorsorgevollmacht, die im Innenverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten auf den Eintritt des Vorsorgefalls (Geschäftsunfähigkeit und Betreuungsbedürftigkeit) beschränkt ist, kann und darf das Grundbuch eine Grundbucheintragung nur dann ausnahmsweise ablehnen, wenn es sichere Kenntnis von einem Missbrauch der Vollmacht hat. (Rn. 15)
2. Sichere Kenntnis von einem Missbrauch besteht bei einer Beschränkung im Innenverhältnis auf die Geschäftsunfähigkeit und Betreuungsbedürftigkeit nur dann, wenn für das Grundbuchamt aufgrund von vorgelegten Urkunden oder freier Beweiswürdigung zur vollen Überzeugung die Geschäftsfähigkeit bzw. die fehlende Betreuungsbedürftigkeit feststeht. (Rn. 18)
3. Die erst nach Eingang eines Eintragungsantrages beim Grundbuch von diesem erlangte Kenntnis eines von dem Vollmachtgeber erklärten Widerrufs einer Vorsorgevollmacht, hindert nicht mehr die Grundbucheintragung. (Rn. 22)

OLG Köln (2. Zivilsenat),

Beschluss vom 18.05.2020 – 2 Wx 61/20

▶ I. Tatbestand:

1 Die Beteiligte zu 1), die Mutter der Beteiligten zu 2), ist Eigentümerin des im Rubrum näher bezeichneten Grundbesitzes.

2 Mit Schriftsatz vom 7. November 2019 – beim Grundbuchamt am 8. November 2019 eingegangen – hat der Notar eine beglaubigte Abschrift eines notariell beurkundeten Übertragungsvertrages vom 7. November 2019 (UR-Nr. ... des Notars ...) eingereicht und die Umschreibung des Eigentums auf die Beteiligte zu 2) sowie die Eintragung eines Wohnungssowie Nießbrauchsrechts für die Beteiligte zu 1) beantragt. In der eingereichten Urkunde überträgt die Beteiligte zu 1), vertreten durch die Beteiligte zu 2), den im Rubrum bezeichneten Grundbesitz auf sich im Wege der vorweg genommenen Erbfolge. Zudem behält sich die Beteiligte zu 1), vertreten durch die Beteiligte zu 2), ein Wohnungsrecht sowie ein Nießbrauchsrecht an dem streitbefangenen Grundstück vor. Der notariellen Urkunde ist eine Kopie der Ausfertigung einer von der Beteiligten zu 1) ihrem Ehemann sowie der Beteiligten zu 2) erteilten notariellen Vollmacht vom 22. März 2012 (UR.-Nr. ... des Notars ...) beigelegt, in der es u.a. heißt:

„I.
Ich erteile hiermit meinem Ehemann ...
GENERALVOLLMACHT
Der Bevollmächtigte ist dementsprechend befugt, mich in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten, soweit dies gesetzlich zulässig ist, gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten.
Diese Vollmacht soll als allgemeine Vorsorgevollmacht auch dann fortgelten, wenn ich – gleich aus welchen Gründen – nicht mehr imstande bin, eigene Entscheidungen zu treffen.
...
Der Bevollmächtigte ist befugt, Rechtsgeschäfte mit sich im eigenen Namen und als Vertreter Dritter vorzunehmen; er ist also von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.
Soweit sie sich auf vermögensrechtliche Angelegenheiten bezieht, kann diese Vollmacht für einzelne von dem Bevollmächtigten zu bestimmende Rechtsgeschäfte auf Dritte übertragen werden. In persönlichen Angelegenheiten ist die Vollmacht dagegen nicht übertragbar.
Diese Vollmacht soll durch meinen Tod nicht erlöschen.
Die gleiche Vollmacht erteile ich meiner Tochter ... [= die Beteiligte zu 2)] Meine Tochter ... soll von dieser Vollmacht jedoch nur Gebrauch machen, wenn mein Ehemann ... verstorben oder aus sonstigen Gründen dauerhaft oder vorübergehend nicht in der Lage ist, die Vollmacht auszuüben. Die Verhinderung meines Ehemannes ... ist Dritten gegenüber nicht nachzuweisen. Im übrigen gelten die nachfolgend unter III. 1) im Innenverhältnis getroffenen Anweisungen auch für die Ersatzbevollmächtigte.
...
II.
Patientenverfügung
...
III.
Schlussbestimmungen
1) Anweisungen im Innenverhältnis
Die Bevollmächtigten werden angewiesen, von der Vollmacht in persönlichen Angelegenheiten erst dann Gebrauch zu machen, wenn der Vorsorgefall (Geschäftsunfähigkeit, Betreuungsbedürftigkeit) eingetreten ist. Gleiches gilt grundsätzlich für die Verwendung der Vollmacht in vermögensrechtlichen Angelegenheiten; unabhängig vom Eintritt des Vorsorgefalls darf jeder Bevollmächtigte aber auch schon dann aufgrund der Vollmacht in vermögensrechtlichen Angelegenheiten für mich han-

deln, wenn er von mir entsprechend beauftragt worden ist. Die vorstehenden Anweisungen berühren nur das Auftragsverhältnis zwischen mir und dem Bevollmächtigten; sie haben daher keinen Einfluss auf die Gültigkeit und Wirkung der Vollmacht nach außen gegenüber Dritten.

...“

3 Mit Schreiben vom 15. November 2019, beim Grundbuchamt am 18. November 2019 eingegangen, haben die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1) der Eintragung widersprochen. Sie haben sich auf den fehlenden Eintritt des Vorsorgefalls sowie einen Missbrauch der Vollmacht durch die Beteiligte zu 2) berufen, da die Beteiligte zu 1) voll geschäftsfähig sei. Zudem habe die Beteiligte zu 1) die Vollmacht gegenüber der Beteiligten zu 2) am 8. November 2019 widerrufen. Mit weiterem Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 28. November 2019 hat die Beteiligte zu 1) ein Schreiben vom 7. November 2019, indem sie die erteilte Generalvollmacht widerruft, sowie ein ärztliches Attest eines Facharztes für innere Medizin vom 7. November 2019 zu den Akten gereicht. In dem Attest heißt es u.a.: „Zu Person, Ort und Zeit voll orientiert, Fr. ... [= Beteiligte zu 1)] ist vollauf geschäftsfähig.“

4 Die Beteiligte zu 2) hat sich mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 18. Dezember 2019 darauf berufen, die Bedingung für ihre Bevollmächtigung sei eingetreten. Der Ehemann der Beteiligten zu 1) sei am 13. November 2013 verstorben. Die Beteiligte zu 1) sei dement und nicht in der Lage, ihre eigenen persönlichen und wirtschaftlichen Interessen wahrzunehmen. Sie lasse sich von außenstehenden Dritten kritiklos beeinflussen. Zudem habe die Beteiligte zu 1) sie, die Beteiligte zu 2), ausdrücklich mit einer Eigentumsübertragung beauftragt. Die Umschreibung des Eigentums liege im Interesse der Beteiligten zu 1), da eine Sekte bzw. sektenähnliche Vereinigung versuche, sich ihres Vermögens zu bemächtigen.

5 Mit Beschluss vom 11. Februar 2020 hat das Grundbuchamt den Eintragungsantrag vom 7. November 2019 mit der Begründung zurückgewiesen, es liege eine im Außenverhältnis unbeschränkte Vollmacht vor. Die beantragte Eintragung scheidet indes deshalb aus, weil sichere Kenntnis vom Missbrauch der Vollmacht aufgrund eines Verstoßes im Innenverhältnis bestehenden Beschränkungen vorliege. Bezüglich der weiteren Einzelheiten der Begründung des Grundbuchamtes wird auf den Inhalt des Beschlusses vom 11. Februar 2019 Bezug genommen. Hiergegen hat die Beteiligte zu 2) mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 19. Februar 2020 beim Oberlandesgericht Beschwerde mit dem sinngemäßen Antrag eingelegt, den Beschluss des Amtsgerichts Aachen vom 11. Februar 2020 (RG-1105-15) aufzuheben

und das Grundbuchamt anzuweisen, den Eintragungsantrag vom 7. November 2019 auf Umschreibung des Eigentums und Eintragung eines Wohnungs- sowie Nießbrauchrechts zu vollziehen.

▶ II. Aus den Gründen:

6 Die gem. § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 2) hat in der Sache Erfolg und führt zur Aufhebung der Entscheidung des Grundbuchamtes.

7 1. Vorab ist das Grundbuchamt – auch für künftige Verfahren – erneut darauf hinzuweisen, dass in der Regel nicht der Notar, wie in dem Beschluss des Amtsgericht ausgeführt wird, sondern die Urkundsbeteiligten Antragsteller sind. Dem Notar steht hinsichtlich der Vollziehung einer Urkunde weder ein eigenes Antragsrecht zu, noch ist er Beteiligter des Grundbuchverfahrens.

8 2. Das Grundbuchamt hat die Eintragungsanträge zu Unrecht zurückgewiesen.

9 a) Bei der Auflassung eines Grundstücks hat das Grundbuchamt vor der Eintragung eines Eigentumswechsels gem. § 20 GBO zu prüfen, ob die erforderliche Einigung der Beteiligten erklärt und in der grundbuchmäßigen Form des § 29 Abs. 1 GBO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist, wie es nach materiellem Recht erforderlich ist, um die Rechtsänderung herbeizuführen (Senat, FGPrax 2007, 102; vgl. auch BayObLG, MittRhNotK 1988, 96; OLG Düsseldorf, FGPrax 2007, 8; *Demharter*, GBO, 31. Auflage 2018, § 20 Rn. 38). Wird die Erklärung über die Einigung für den Eigentümer des Grundstücks – wie hier – durch einen Vertreter abgegeben, muss das Grundbuchamt und im Beschwerdeverfahren der an seiner Stelle tretende Senat die Erteilung der Vollmacht und den Umfang der Vertretungsmacht (§§ 164 Abs. 1, 167 Abs. 1 BGB) als Eintragungsvoraussetzung selbstständig prüfen, ohne an die Auffassung des beurkundenden Notars gebunden zu sein (vgl. nur BGH, FGPrax 2016, 145; BayObLG, Rpfleger 1986, 216; OLG Frankfurt, FGPrax 2011, 58; FGPrax 2011, 273; OLG München, FamRZ 2019, 868; vgl. *Demharter*, GBO, 31. Auflage 2018, § 19 Rn. 77; *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, 8. Auflage 2019, § 19 GBO Rn. 162). In einem solchen Fall bedürfen deshalb auch das Bestehen und die Wirksamkeit der Vollmacht des Nachweises in der Form des § 29 GBO (vgl. BGHZ 29, 366 (368); Senat, FGPrax 2007, 102). Ist eine Vollmacht unter einer Bedingung erteilt worden, muss zudem der Eintritt der Bedingung, von der nach dieser Erklärung die Vertretungsmacht abhängt, dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden (Senat, FGPrax 2007, 102; OLG Frankfurt, FGPrax 2011, 58).

10 b) Der Senat teilt die Auffassung des Grundbuchamts, dass die von der Beteiligten zu 1) notariell erteilte Vollmacht nach § 167 BGB im Außenverhältnis, bezogen sowohl auf die Regelung zur ersatzweise Bevollmächtigung der Beteiligten zu 2) als auch hinsichtlich der Befugnis, Rechtsgeschäfte mit sich im eigenen Namen und als Vertreter Dritter vorzunehmen, keiner Beschränkung unterliegt. Sie deckt alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen ab, die die Bevollmächtigte für die Vollmachtgeberin vornimmt.

11 Für die Auslegung einer Vollmacht gelten die für Grundbucheintragungen aufgestellten Grundsätze. Es ist also auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie es sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (OLG Frankfurt, FGPrax 2011, 58; FGPrax 2011, 273; OLG München, FGPrax 2006, 101). Darauf, was die Beteiligten tatsächlich gewollt haben, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (*Demharter*, GBO, 31. Auflage 2018, § 19 Rn. 28). Der Text der Vollmacht ist eindeutig, und es bestehen keine Zweifel an dem Fehlen einer Beschränkung im Außenverhältnis. Zwar soll die Beteiligte zu 2) von der ihr eingeräumten Vollmacht nur Gebrauch machen, wenn der Ehemann der Beteiligten zu 1) verstorben oder aus sonstigen Gründen dauerhaft oder vorübergehend nicht in der Lage ist, die Vollmacht auszuüben. Indes ist in der notariellen Urkunde zusätzlich ausdrücklich seitens der Vollmachtgeberin angeordnet, dass diese Beschränkung Dritten gegenüber und damit im Außenverhältnis nicht nachzuweisen ist, so dass die Voraussetzungen der Ersatzbevollmächtigung keines Nachweises in der Form des § 29 GBO (z.B. durch Vorlage einer Sterbeurkunde) bedürfen.

12 Zudem enthält die dem Ehemann notariell erteilte Vollmacht den Hinweis auf eine Beschränkung der Bevollmächtigung durch die Vollmachtgeberin ausschließlich im Innenverhältnis. Die in der Urkunde erteilten Anweisungen betreffen damit nur das Auftragsverhältnis zwischen der Vollmachtgeberin und dem Ehemann als Bevollmächtigtem und sollen keinen Einfluss auf die Gültigkeit und Wirkung der Vollmacht nach außen gegenüber Dritten haben. Auch diese Regelung gilt nach dem Wortlaut der Vollmachtsurkunde und damit dem Willen der Vollmachtgeberin für die Beteiligte zu 2) als Ersatzbevollmächtigte.

13 c) Die der Beteiligten zu 2) im Außenverhältnis uneingeschränkt erteilte Vollmacht deckt ihrem eindeutigen Wortlaut zufolge die von der Beteiligten zu 2) in der notariellen Urkunde vom 7. November 2019 für die Beteiligte zu 1) abgegebenen Erklärungen, zumal die Bevollmächtigte von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.

14 d) Der Senat teilt nicht die Auffassung des Grundbuchamts, dass aufgrund des Legalitätsprinzips die beantragten Eintragungen ausscheiden.

15 Zwar soll das Grundbuchamt ausnahmsweise auch bei einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht eine Eintragung ablehnen können und müssen, wenn es sichere Kenntnis vom Missbrauch einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht aufgrund von Verstößen gegen im Innenverhältnis bestehende Beschränkungen der Vollmacht hat. Solche Kenntnis kann sich aus ihm bekannten offensichtlichen und eindeutig gefassten internen Bindungsklauseln ergeben. Begründet wird diese Auffassung damit, dass das Grundbuchamt aufgrund des Legalitätsprinzips nicht bewusst daran mitwirken darf, das Grundbuch unrichtig zu machen (OLG München, FGPrax 2013, 111; FamRZ 2019, 868; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., Einleitung Rn. 1).

16 Jedoch steht entgegen der Auffassung des Grundbuchamts vorliegend eine sichere Kenntnis des von der Beteiligten zu 1) behaupteten Missbrauchs der Vollmacht nicht fest. Aus der objektiven Urkundslage ergibt sich keine Evidenz einer Vollmachtsüberschreitung seitens der Beteiligten zu 2). Aus der Regelung unter I. der Vollmachtsurkunde folgt, dass die dem Ehemann der Beteiligten zu 1) und der Beteiligten zu 2) als Ersatzbevollmächtigter erteilte Generalvollmacht dazu dienen soll, Vorsorge für den Fall zu treffen, dass die Beteiligte zu 1) – gleich aus welchen Gründen – nicht mehr imstande ist, eigene Entscheidungen zu treffen. Ergänzend hierzu wird in III.1 eine ausschließliche Beschränkung dieser Vollmacht im Innenverhältnis geregelt. Insoweit ist eine in der kautelarjuristischen Praxis gebräuchliche Gestaltung der Vollmacht gewählt worden. Durch die im Außenverhältnis unbeschränkte Bevollmächtigung soll dem Bevollmächtigten der oftmals schwierige Nachweis des Bedingungseintritts erspart werden (vgl. z.B. Senat, FGPrax 2007, 102 zu der Notwendigkeit des Nachweises des Bedingungseintritts in der Form des § 29 GBO).

17 Vor diesem Hintergrund sind an die sichere – nicht unmittelbar durch die Urkunde vermittelte – Kenntnis von dem fehlenden Eintritt der nur im Innenverhältnis angeordneten Beschränkung und damit von einem Missbrauch der Vollmacht strenge Anforderungen zu stellen. Die Vollmachtgeberin ist mit der Erteilung einer entsprechenden Vollmacht das Risiko einer Nutzung der Vollmacht im Außenverhältnis ohne Vorliegen der Beschränkung im Innenverhältnis bewusst eingegangen.

18 Sichere Kenntnis von einem Vollmachtsmissbrauch setzt damit hier voraus, dass die Geschäftsfähigkeit bzw. die fehlende Betreuungsbedürftigkeit der Beteiligten zu 1) für das Grundbuchamt bzw. nunmehr den Senat aufgrund von vorgelegten Urkunden oder freier Beweiswürdigung zur Überzeugung feststeht. Hiervon kann indes nicht ausgegangen werden. Die Beteiligten

sind unterschiedlicher Auffassung darüber, ob die Bedingung für eine Bevollmächtigung der Beteiligten zu 2) eingetreten sind. Während die Beteiligte zu 1) unter Vorlage eines allgemein gehaltenen ärztlichen Attestes den Eintritt der Bedingung verneint, beruft sich die Beteiligte zu 2) auf eine Demenz und eine Beeinflussbarkeit der Beteiligten zu 1). Für eine umfassende Aufklärung dieser streitigen Tatsachen ist indes im Grundbuchverfahren kein Raum. Zudem wird bereits in der notariellen Urkunde die interne Beschränkung nicht eindeutig geregelt. Der Wortlaut stellt neben der „Geschäftsunfähigkeit“ auf eine „Betreuungsbedürftigkeit“ ab, ohne näher zu umschreiben, ob damit eine rechtliche Betreuungsbedürftigkeit i.S.d. §§ 1896 ff. BGB oder nur eine tatsächliche Notwendigkeit der Unterstützung der Vollmachtgeberin gemeint ist. Auch die Art der Bedürftigkeit, an den der Vorsorgefall und damit der Eintritt der Bedingung anknüpft (z.B. Notwendigkeit der Vermögensvorsorge, der Aufenthaltsbestimmung, der Gesundheitsvorsorge etc.) wird nicht näher beschrieben. Damit scheidet eine rechtliche Bewertung der internen Beschränkung mit den Mitteln des Grundbuchverfahrens und damit eine sichere Kenntnis von einem Vollmachtmissbrauch aus.

19 e) Die beantragten Grundbucheintragungen scheitern auch nicht an dem von der Beteiligten zu 1) erklärten Widerruf der Vollmacht.

20 Grundsätzlich ist vom Fortbestand einer erteilten Vollmacht auszugehen, wenn im Grundbuchverfahren in dem für den Grundbuchvollzug maßgeblichen Zeitpunkt keine auf Tatsachen gestützten Zweifel bestehen. Wird zu dem maßgeblichen Zeitpunkt ein Widerruf einer Vollmacht bekannt, so ist das Grundbuchamt berechtigt und verpflichtet, den dadurch bedingten Zweifeln am Bestand der Vollmacht nachzugehen. Es hat dann unter Berücksichtigung der ihm bekannten Tatsachen und Umstände in freier Beweiswürdigung darüber zu befinden, ob die Vollmacht noch fortbestanden hat (OLG München, FGPrax 2019, 61).

21 Als verfahrensrechtliche Erklärung wird die Bewilligung wirksam, wenn die Urkunde in Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift mit dem Willen des Erklärenden dem Grundbuchamt zur Herbeiführung einer Eintragung im Grundbuch zugeht (KG, FGPrax 2015, 10; Deutsches Notarinstitut, DNotI-Report 2019, 153 (154)). Liegen die Voraussetzungen vor, die für die Begünstigten einen Anspruch gem. § 51 BeurkG auf Erteilung einer Ausfertigung der Bewilligungsurkunde begründen (vgl. dazu BGH, RNotZ 2012, 112), wird die Bewilligung bereits mit Abschluss des Beurkundungsvorgangs wirksam (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Auflage 2012, Rn. 107; Deutsches Notarinstitut, DNotI-Report 2019, 153

(154), so dass ein danach erklärter Widerruf der Erklärung eines der Urkundsbeteiligten keine Wirkungen mehr entfaltet.

22 Umstritten ist, inwieweit diese Grundsätze bei der Abgabe einer Bewilligung durch einen Vertreter Anwendung finden. Teilweise wird darauf abgestellt, dass das Erlöschen der Vollmacht zwischen notarieller Beurkundung oder Beglaubigung der Bewilligung und Eingang beim Grundbuchamt sich nicht auf die Wirksamkeit der Erklärung auswirke (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Auflage 2012, Rn. 102a, 102e, 3581). Nach anderer Ansicht muss eine wirksame Vollmacht noch im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der verfahrensrechtlichen Erklärung – etwa durch Vorlage beim Grundbuchamt – bestehen. Der Wegfall der Vollmacht vor diesem Zeitpunkt hindere das Wirksamwerden der Bewilligung als verfahrensrechtlicher Erklärung (KG, FGPrax 2015, 10; OLG Düsseldorf, FGPrax 2014, 8; OLG München, FGPrax 2019, 61), wobei nach Auffassung des OLG München (RNotZ 2019, 269; FGPrax 2019, 61) die Bewilligung bei einer Vertretung auch dann wirksam wird, wenn ein Anspruch gem. § 51 Abs. 1 BeurkG auf Erteilung einer Ausfertigung bestand. Welche der Auffassungen (vgl. dazu Deutsches Notarinstitut, DNotI-Report, 2019, 153 (155)) zu folgen ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Der von der Beteiligten zu 1) erklärte Widerruf der Vollmacht ist nach allen in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen zu spät zugegangen, um die Eintragung zu hindern. Der Vollmachtswiderruf ist dem Grundbuchamt erst durch das Schreiben der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1) vom 15. November 2019, eingegangen am 18. November 2019, bekannt geworden. Auch gegenüber der Beteiligten zu 2) ist die Vollmacht erst am 8. November 2019 und damit nicht vor Eingang des Eintragungsantrages beim Grundbuchamt widerrufen worden. Dieser Widerruf hat zudem keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Vertretung der Beteiligten zu 1) bei der notariellen Beurkundung, da dem Widerruf keine rückwirkende Kraft zukommt (BGH, MDR 2017, 987; OLG München, FGPrax 2019, 61).

23 f) Vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass mit der im Grundbuchverfahren ergangenen Entscheidung keine abschließende Aussage darüber getroffen worden ist, ob und inwieweit die Beteiligte zu 2) die ihr eingeräumte Vollmacht im Innenverhältnis missbraucht hat. Ebenfalls musste der Senat nicht prüfen, ob – wie die Beteiligte zu 1) geltend macht – unter Beachtung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (FGPrax 2020, 43) eine Pflicht des Notars bestand, bei der Beurkundung des Übertragungsvertrages das Vorliegen eines Missbrauchs der Vollmacht durch die Beteiligte zu 2) zu prüfen.

24 Die Beteiligte zu 1) wird durch diese im Grundbuchverfahren ergangene Entscheidung nicht vollständig

rechtsschutzlos gestellt. So weist der beurkundende Notar in seiner im Rahmen des Grundbuchverfahrens eingereichten Stellungnahme darauf hin, dass der Beteiligten zu 1) der Weg zum Prozessgericht mit der Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes offen steht (vgl. auch OLG München, FamRZ 2019, 868).

Übertragung von vermietetem Wohnungs- und Teileigentum durch die Großeltern an ihren minderjährigen Enkel

GBO § 19, § 20; BGB § 1629 Abs. 2 S. 1, § 1795 Abs. 1 Nr. 1, § 1821, § 1822, § 1909, § 1915

Amtlicher Leitsatz:

Die Übertragung von Wohnungs- und Teileigentum durch die Großeltern auf ihren von einem Ergänzungspfleger vertretenen Enkel bedarf auch dann keiner familiengerichtlichen Genehmigung gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. Nr. 1 BGB, wenn in dem Vertrag die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des durch Rückforderung bedingten Rücküberweisungsanspruchs vorgesehen, die Haftung des Minderjährigen aber zuverlässig auf das ihm unentgeltlich Zugewandte beschränkt ist. (Rn. 16 – 25)

OLG München (34. Zivilsenat),

Beschluss vom 29.04.2020 – 34 Wx 341/18

► I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten zu 1 und 2 sind als Eigentümer von Wohnungs- und Teileigentum im Grundbuch eingetragen. Mit notarieller Urkunde vom 27.12.2017 überließen sie den Grundbesitz unentgeltlich im Wege vorweggenommener Erbfolge an ihren minderjährigen Enkel, den Beteiligten zu 3, der insoweit, vorbehaltlich nachträglicher Genehmigung durch einen noch zu bestellenden Ergänzungspfleger, von seinen Eltern vertreten wurde. In dem Überlassungsvertrag behielten sich die Beteiligten zu 1 und 2 ein lebenslanges Nießbrauchsrecht an dem Vertragsgegenstand vor und die Rückforderung unter anderem für den Fall der Veräußerung des Vertragsgegenstands ohne ihre Zustimmung und für den Fall der Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Beteiligten zu 3. Der sich hieraus ergebende Rückkaufanspruch soll durch eine Vormerkung gesichert werden. In Ziff. VII. 6. ist hierzu vereinbart, dass die Rückforderung immer beschränkt ist

auf dasjenige, was im Zeitpunkt der Stellung des Rückforderungsverlangens noch im Vermögen des Übernehmers vorhanden ist (Beschränkung auf Bereicherungsrecht).

2 Mit Bestallungsurkunde vom 4.4.2018 wurde F.H. zum Ergänzungspfleger für den Beteiligten zu 3 bestellt. Der Aufgabenkreis umfasst die Vertretung des Beteiligten zu 1 bei der Übertragung von Wohnungs- und Teileigentum. Der Ergänzungspfleger genehmigte am 23.4.2018 die Urkunde vom 27.12.2017 gemäß notariell beglaubigter Bestätigung.

3 Am 24.8.2018 beantragte der beurkundende Notar gemäß § 15 GBO den Vollzug der Urkunde.

4 Mit Zwischenverfügung vom 28.8.2018 teilte das Grundbuchamt mit, es fehle die Genehmigung des Familiengerichts. Eine solche sei nur dann nicht erforderlich, wenn das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft sei. Dies sei hier nicht der Fall. Geschenkt werde eine vermietete Eigentumswohnung. Der Erwerb des vermieteten Objekts sei für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil er in dessen Folge mit persönlichen Verpflichtungen belastet werde. Der rechtliche Nachteil bleibe selbst dann bestehen, wenn sich der Veräußerer einen Nießbrauch zurückbehalten habe und in die Vermieterstellung eintrete. Zudem sei die Schenkung von Wohnungseigentum für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, da er mit dem Rechtserwerb zugleich in die Wohnungseigentümergeinschaft eintrete und damit die hiermit verbundenen Verpflichtungen und Haftungen übernehme.

5 Mit Schreiben vom 4.9.2018 wandten die Beteiligten über den beurkundenden Notar ein, der Umstand, dass das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sei, habe nur die Rechtsfolge, dass die Eltern den Minderjährigen nicht vertreten könnten. Deshalb habe ein gerichtlich bestellter Ergänzungspfleger die Genehmigung in grundbuchmäßiger Form erteilt. Eine rechtliche Nachteilhaftigkeit führe nicht zu einer gerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit. Ein entsprechender Katalogtatbestand des § 1821 BGB liege hier nicht vor.

6 Das Grundbuchamt wies mit Schreiben vom 18.9.2018 darauf hin, dass die Eltern gemäß § 1795 Abs. 1 BGB von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen seien und der bestellte Ergänzungspfleger das Kind an Stelle der Eltern vertrete, weshalb es für die von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte im gleichen Umfang wie beim Vormund der Genehmigung des Familiengerichts bedürfe.

7 Daraufhin führte der beurkundende Notar mit Schreiben vom 25.9.2018 nochmals aus, dass keiner der in § 1821 Abs. 1 Nrn. 1 und 5 BGB genannten Tatbestände vorliege. Er bat nochmals um Vollzug und legte für den

Fall, dass das Grundbuchamt an der Zwischenverfügung festhalte, namens aller Antragsberechtigten Beschwerde gegen diese ein.

8 Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

▶ II. Aus den Gründen:

9 Die gegen die nach § 18 Abs. 1 GBO ergangene Zwischenverfügung des Grundbuchamts eingelegte Beschwerde ist als unbeschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im übrigen ordnungsgemäß durch den beurkundenden Notar für die Beteiligten eingelegt (§§ 73, 15 Abs. 2 GBO).

10 Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg, da das vom Grundbuchamt angeführte Hindernis nicht besteht.

11 Bei einer Übertragung von vermietetem Wohnungs- und Teileigentum durch die Großeltern an ihren minderjährigen Enkel muss dieser von einem Ergänzungspfleger vertreten werden. Einer Genehmigung des Erwerbs des Grundbesitzes durch das Familiengericht bedarf es nicht. Dabei spielt es, wie die Beteiligten über ihren Bevollmächtigten zutreffend ausführen, für die Frage, ob eine derartige Genehmigung notwendig ist, keine Rolle, ob das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Dies ist vielmehr, wie sich aus Nachfolgendem ergibt, nur im Rahmen der Prüfung der wirksamen Vertretung des Minderjährigen von Bedeutung.

12 1. Im Fall der Veräußerung von Wohnungs- und Teileigentum durch Auflassung (§ 20 GBO, § 925 BGB) erfordert das materielle Konsensprinzip des § 20 GBO, dass – zusätzlich zu der Bewilligung des verlierenden Teils (§ 19 GBO, formelles Konsensprinzip) – eine materiellrechtliche Einigung, die den Verfahrensvorschriften der §§ 20, 29 GBO genügt, nachgewiesen wird. Vor der Eintragung der Auflassung hat das Grundbuchamt, soweit Beteiligte durch Vertreter vertreten werden, deren Vertretungsmacht selbständig zu prüfen (BayObLGZ 1998, 139).

13 Eine wirksame Vertretung des minderjährigen Beteiligten zu 3 ist vorliegend nachgewiesen, da für ihn ein Ergänzungspfleger die notarielle Vereinbarung genehmigt hat.

14 a) Gemäß § 1629 Abs. 1 BGB umfasst die elterliche Sorge zwar grundsätzlich die Vertretung des Kindes. Davon macht jedoch § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB insoweit eine Ausnahme, als die Eltern von der Vertretung ausgeschlossen sind, wenn ein Fall des § 1795 BGB vorliegt. Der Vater und die Mutter (vgl. *Huber* in MüKo BGB 8. Aufl. § 1629 Rn. 43) können nach Abs. 1 Nr. 1 dieser Vorschrift das Kind bei einem Rechtsgeschäft zwischen dem Ehegatten des Vaters oder der Mutter oder einem

ihrer Verwandten in gerader Linie einerseits und dem Kind andererseits nicht vertreten, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Letzteres ist dann gegeben, wenn der schuldrechtliche Schenkungsvertrag rechtswirksam ist, weil dann durch die Auflassung ausschließlich eine Verbindlichkeit erfüllt wird (BGH NJW 1975, 1885). Eine rechtswirksame schuldrechtliche Vereinbarung bei Vertretung eines geschäftsunfähigen Minderjährigen durch die Eltern liegt allerdings nur dann vor, wenn das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs greift das Vertretungsverbot des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB bei Vorliegen dieser Voraussetzung nicht (BGH NJW 1975, 1885; BayObLGZ 1998, 139; *Spickhoff* in MüKo BGB § 1795 Rn. 33; *Budzikiewicz* in Jauernig BGB 17. Aufl. § 1795 Rn. 2; Palandt/Götz BGB 79. Aufl. § 1795 Rn. 4).

15 b) Der Beteiligte zu 3 war zum Zeitpunkt der Beurkundung nach § 104 Nr. 1 BGB geschäftsunfähig, da er das siebte Lebensjahr noch nicht vollendet hatte. Vorliegend sind Übergeber die Eltern des Vaters des Beteiligten zu 3. Das Rechtsgeschäft hat die Übertragung von vermietetem Wohnungseigentum zum Gegenstand. Die in der notariellen Urkunde vom 27.12.2017 getroffene Vereinbarung ist daher für den minderjährigen Beteiligten zu 3 wegen der ihn aufgrund der Vermietung (das gilt auch bei auch bei vorbehaltenem Nießbrauch) bzw. als Wohnungseigentümer treffenden Verpflichtungen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist (vgl. BGH DNotZ 2011, 346 [Rn. 11]; BGH DNotZ 2005, 625; Senat vom 8.2.2011, 34 Wx 18/11 = ZEV 2011, 263; OLG Hamm ZWE 2010, 370; Senat vom 6.3.2008, ZEV 2008, 246; Hügel/Kral WEG 2. Aufl. Rn. 136). Ein Vertretungsausschluss gemäß § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist gegeben, weshalb die von den Eltern für den Beteiligten zu 3 abgegebenen Erklärungen zunächst gemäß § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam waren (vgl. BGH DNotZ 2005, 625; *Huber* in MüKo BGB § 1629 Rn. 45) und mit der notariell beglaubigten und damit i.S.d. § 29 GBO formgemäßen Genehmigung durch den mit dem Aufgabenkreis „Vertretung bei der Übertragung von Wohnungs- und Teileigentum“ nach § 1909 BGB bestellten Ergänzungspfleger wirksam geworden sind.

16 2. Die in der Zwischenverfügung des Grundbuchamts verlangte Genehmigung der in der Urkunde vom 27.12.2017 getroffenen Vereinbarungen durch das Familiengericht ist indes nicht erforderlich. Abzustellen ist auf das Erwerbsgeschäft (vgl. BGH DNotZ 2011, 346 m.w.N.). Denn ob das Kausalgeschäft (Schenkung) familiengerichtlicher Genehmigung bedarf, hat das Grundbuchamt regelmäßig nicht zu prüfen. Es darf die Eintragung einer Rechtsänderung selbst dann nicht ablehnen,

wenn es dieses Rechtsgeschäft für nichtig hält (Senat vom 8.2.2011, 34 Wx 40/11 = NJW-RR 2011, 595; BayObLG NJW-RR 1990, 87).

17 a) Handelt für den Minderjährigen im Rahmen des Erwerbsgeschäfts ein Pfleger, so bedarf dieser gemäß § 1915 BGB für die von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte der gerichtlichen Genehmigung im gleichen Umfang wie ein Vormund. Das gilt auch dann, wenn er als Ergänzungspfleger anstelle der Eltern des Minderjährigen handelt; er ist dann nicht wie die Eltern nach Maßgabe des § 1643 BGB privilegiert. Entsprechend gelten für Rechtsgeschäfte, die der Ergänzungspfleger für den Minderjährigen vornimmt, die §§ 1821, 1822 BGB. Dabei regelt § 1821 BGB Genehmigungstatbestände für Geschäfte über Grundstücke, worunter auch Wohnungs- und Teileigentum fällt (KG FGPrax 2019, 196; Hügél/Reetz V. Rn. 217; *Kroll-Ludwigs* in MüKo BGB § 1821 Rn. 20), § 1822 BGB für sonstige Geschäfte.

18 b) Vorliegend ist eine Genehmigungsbedürftigkeit nach diesen Vorschriften nicht ersichtlich.

19 aa) Der Erwerb des Grundbesitzes stellt keine nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungspflichtige Verfügung über das Vermögen des Minderjährigen dar, denn Verfügender im Sinne dieser Vorschrift ist nur derjenige, der unmittelbar infolge der vertraglichen Vereinbarung selbst eine Einbuße an Rechten erleidet (*Kroll-Ludwigs* in MüKo BGB § 1821 Rn. 25). Das sind vorliegend die Beteiligten zu 1 und 2, nicht der minderjährige Beteiligte zu 3. Die Genehmigungspflicht folgt auch nicht daraus, dass die Beteiligten zu 1 und 2 sich einen Nießbrauch vorbehalten haben. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB schützt nur das dem Minderjährigen bereits gehörende Vermögen und findet auf Belastungen, die im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Grundstücks erfolgen, keine Anwendung (BGH NJW 1989, 453). Wird der Grundbesitz im Zuge der Eigentumsumschreibung mit einem dinglichen Recht belastet, erwirbt der Minderjährige nicht anders, als wenn er von vorneherein belastetes Eigentum erworben hätte (KG FGPrax 2019, 196; BayObLGZ 2004, 86).

20 bb) Es handelt es sich vorliegend auch nicht um eine Verfügung über einen Anspruch des Minderjährigen i.S.d. § 1821 Abs. 1 Nr. 2 BGB, weil die Erfüllung des Anspruchs des Minderjährigen auf Übereignung von der Norm nicht erfasst wird (BGH DNotZ 2011, 346 m.W.N.; Senat vom 8.2.2011, 34 Wx 40/11 = NJW-RR 2011, 595). Es ist nämlich nicht Sinn und Zweck des § 1821 BGB, den Rechtserwerb durch den Minderjährigen zu behindern (*Kroll-Ludwigs* in MüKo BGB § 1821 Rn. 37).

21 cc) Eine familiengerichtliche Genehmigung ist auch nicht wegen § 1821 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. Nr. 1 BGB notwendig, weil in dem Vertrag die Eintragung einer Vormerkung

zur Sicherung des durch Rückforderung bedingten Rückübereignungsanspruchs für die Beteiligten zu 1 und 2 vorgesehen ist. Zwar begründet mit der Rückforderungsklausel der Vertrag eine aufschiebend bedingte Verpflichtung zur Verfügung über das Wohnungs- und Teileigentum, jedoch handelt es sich auch diesbezüglich lediglich um eine Beschränkung der unentgeltlichen Zuwendung seitens der Beteiligten zu 1 und 2. Denn der Beteiligte zu 3 ist nach der vertraglichen Vereinbarung zur Rückübertragung nur verpflichtet, soweit er noch bereichert ist; die Haftung des Beteiligten zu 3 ist also zuverlässig auf das ihm unentgeltlich Zugewandte beschränkt (vgl. OLG Köln NJOZ 2003, 3046; BayObLGZ 2004, 86; *Kroll-Ludwigs* in MüKo BGB § 1821 Rn. 45; *Klüsner* Rpfleger 1981, 461 [467]).

22 dd) Die Genehmigungspflicht folgt auch nicht aus § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB, weil dingliche Erwerbsgeschäfte davon schon nach dem eindeutigen Wortlaut („Vertrag“) nicht erfasst werden (Senat vom 8.2.2011, 34 Wx 40/11 = NJW-RR 2011, 595; OLG Düsseldorf ZEV 2017, 529; *Kroll-Ludwigs* in MüKo BGB § 1821 Rn. 51).

23 ee) Schließlich ergibt sich das Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung auch nicht aus § 1822 Nr. 5 BGB. Dabei kann in dem hier gegebenen Fall der von vornherein unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs vorgenommenen Übertragung eines schon vermieteten Grundstücks dahinstehen, ob der Beteiligte zu 3 bereits mit dem Eigentumserwerb, wenn auch nur in der logischen (juristischen) Sekunde zwischen dem Erwerb und der nachfolgenden Nießbrauchseintragung in den Mietvertrag eintritt und sodann die Beteiligten zu 1 und 2 als Nießbraucher gem. §§ 577 S. 1, 571 Abs. 1 BGB wieder die Vermieterstellung erlangen oder aber ob sich deren Vermieterstellung unmittelbar fortgesetzt hat und der Beteiligte zu 3 erst nach Ende des Nießbrauchs eintreten muss. Denn für einen Grundstückserwerb, durch den der Minderjährige nach §§ 581 Abs. 2, 566 BGB in einen bestehenden Mietvertrag eintritt, gilt diese Vorschrift nicht, da der Eintritt in den Mietvertrag nur eine gesetzliche Folge des Eigentumserwerbs ist (BGH NJW 1983, 1780; OLG Hamm BeckRS 2014, 17023; *Bettin* in BeckOK BGB 53. Edition § 1822 Rn. 18).

24 ff) Die übrigen Genehmigungstatbestände des § 1822 BGB kommen ersichtlich nicht in Betracht.

25 Da vorliegend die Übertragung des Wohnungs- und Teileigentums auf den Beteiligten zu 3 nicht der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf, ist das Grundbuchamt anzuweisen, den Eintragungsantrag nicht von der Vorlage einer solchen Genehmigung abhängig zu machen.



Die Stiftung - Recht | Steuern | Wirtschaft.

Von *Olaf Werner/Ingo Saenger/Christian Fischer* (Hrsg.),
2. Auflage, – Baden-Baden, Nomos 2019, Buch, Hardcover (in Leinen), 1184 Seiten.
138,- €. ISBN 978-3-8329-5222-8.

Besprechung von Notarassessor Matthias Miller, (Würzburg)

Bereits der Titel lässt keine Zweifel erkennen, welche Intention das zu rezensierende Werk verfolgt. Es präsentiert sich nach über zehn Jahren seit seiner Erstveröffentlichung in zweiter, vollständig aktualisierter Auflage als umfassende Darstellung der Stiftung und beschäftigt sich mit zahlreichen stiftungsrechtlichen, wirtschaftlichen und steuerlichen Fragestellungen. Teilweise werden Inhalte wiederholt, was den unbefangenen Leser womöglich verwirren mag (siehe etwa *O. Werner* in § 1 Rn. 13 ff. und *Saenger* in § 5 Rn. 21 ff.). Trotzdem gelingt es dem 28-köpfigen Autorenteam, einen übersichtlichen, praxistauglichen, aber auch theoretisch fundierten und in sich stimmigen Band vorzulegen.

Das im Nomos-Verlag erschienene Buch wird insbesondere dem wissenschaftlichen Anspruch der herausgebenden Rechtslehrer gerecht. Die Darstellung verschiedener Meinungsspektren und die Argumentationstiefe sind beachtlich. Gerade zur notarrelevanten, heftig umstrittenen, aber höchstrichterlich noch nicht geklärten Frage der Beurkundungsbedürftigkeit des Stiftungsgeschäfts nach § 311b Abs. 1 BGB oder § 15 Abs. 4 GmbHG, wenn Grundstücke oder GmbH-Anteile als Vermögen auf die Stiftung übertragen werden sollen, verhält sich der renommierte Stiftungsrechtler *O. Werner* erwartungsgemäß präzise und in der Sache standfest. Ganz im Geiste der herrschenden stiftungsrechtlichen Literatur bindet er das ein-

seitige Stiftungsgeschäft unter Lebenden ausnahmslos an die Schriftform. Das Formerfordernis des § 81 Abs. 1 S. 1 BGB verdrängt die notariellen Formerfordernisse (*O. Werner*, § 11 Rn. 58). Seine Argumente (Stiftungsgeschäft ist kein „Vertrag“ i. S. d. § 311b Abs. 1 BGB; Verpflichtung zur Übertragung wird nicht mit Stiftungsgeschäft, sondern erst mit behördlicher Anerkennung begründet [§ 82 S. 1 BGB]; Wertungswiderspruch zu § 518 BGB) sind im Schrifttum bekannt, büßen aber dadurch an Gewicht nichts ein. Man kann sich aber dennoch die Frage erlauben, ob diese Ansicht den Zwecken der Beurkundungserfordernisse der § 311b Abs. 1 BGB und § 15 Abs. 4 GmbHG nicht diametral entgegensteht (ausführlich *Wochner*, DNotZ 1996, 773 ff.; ferner *MünchKommBGB/Ruhwinkel*, 8. Aufl. 2019, § 311b Rn. 32; *Palandt/Grüneberg*, 79. Aufl. 2020, § 311b Rn. 16). Diese Problematik bleibt wohl bis zur höchstrichterlichen Klärung brisant.

Das vorliegende Handbuch vereint alle Parameter, die man von einer solchen Darstellung zur Stiftung erwartet: praxistauglich, wissenschaftlich beeindruckend, umfassend. Es kann daher allen Notaren, Anwälten, Richtern und allen an der Stiftung interessierten Personen empfohlen werden und ist sowohl für den Stiftungsexperten als auch den im Stiftungsrecht weniger bewanderten Anwender ein herausragendes Nachschlagewerk.



Immobilienkaufverträge in der Praxis. Gestaltung - Besteuerung - Muster.

Von *Dr. Hans-Frieder Krauß*, 9. Auflage, 2020, Carl Heymanns Verlag, 2340 Seiten.
159,- €. ISBN 978-3-452-29533-0.

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

Die Beurkundung von Grundstückskaufverträgen bildet einen Schwerpunkt notarieller Tätigkeit. Das Buch behandelt den Immobilienkauf und seine vertragliche Ausgestaltung in seiner ganzen Breite und mit der für die notarielle Praxis erforderlichen Tiefe. Es ist ein hervorragender Ratgeber bei der Abwicklung eines Standarderwerbs mit seinen schuld-, sachen-, öffentlich-rechtlichen und steuerrechtlichen Fragestellungen. Aber auch für Sonderfälle bietet der Autor mit Formulierungsempfehlungen praktikable Lösungsansätze und Hilfestellungen. Der Schwerpunkt des Werks liegt in der Risikoversorge und Risikovermeidung durch notarielle Gestaltung. Neu in der um knapp 400 Seiten erweiterten Auflage sind die Themen Prüfungsvermerk nach § 15 Abs. 3 GBO, sozialgerechte Bodennutzung (vgl. auch Grziwotz NotBZ 2020, 321), Immobilienleasing und Zweckentfremdungsabgabe. Mehr als 800 Formulierungsvorschläge, 29 Vollzugsschreiben sowie 50 Gesamtvertragsmuster und zum Auslegen im Notariat geeignete Informationsblätter sind in einer Übersicht zusammengefasst und im Volltext zur Übernahme in die eigene Textverarbeitung per Download erhältlich.

Das Buch bietet eine prägnante Übersicht über alle auftretenden Fragen, die eine souveräne Vertragsgestaltung ermöglicht. Zunächst wird eine Abgrenzung zu Überlassungen, Werk- und Bauträgerverträge sowie Mietkauf vorgenommen, die Begriffe Individualvertrag, Formularvertrag sowie Verbrauchervertrag erläutert, Ziel und Umfang der Beurkundungspflicht dargestellt. Kernstück des Werkes ist die Gestaltung eines Grundstückskaufvertrags in aller Ausführlichkeit und Gründlichkeit entsprechend der inneren Abfolge einer Urkunde. Wohltuend ist, dass in Zweifelsfragen stets der sicherste Weg für die Vertragsgestaltung empfohlen wird (vgl. z. B. Rn. 1812). Selbstverständlich werden neue Tendenzen im Grundstücksrecht berücksichtigt, so Ausführungen gemacht zur Ausfertigungssperre (beurkundungsrechtlicher Weg), zur ausgesetzten Eintragungsbewilligung (grundbuchrechtlicher Weg) und zur aufschiebend bedingten Eintragungsbewilligung (vgl. Rn. 1595.). Aufgezeigt werden bei einer Erwerbsvormerkung zu einem gescheiterten Grundstückskaufvertrag die Löschungsmöglichkeit durch Eintragung einer auflösend bedingten Vormerkung (Rn. 1595, 4808) und bei einer Rück-

auffassungsvormerkung die Auswirkungen von verschiedenen Formulierungen einschließlich einer bedingten Vormerkung hinsichtlich deren Löschung im Grundbuch (Rn. 1914 ff.). Erwähnung finden auch Fischereirechte und das Bergwerkseigentum. Breiten Raum nehmen die Ausführungen zum maßgeblichen Güterrecht von Vertragsbeteiligten ein (Rn. 939 ff.).

Zu Recht erfolgt der Hinweis, dass im Umgang mit sog. Angestelltenvollmachten Zurückhaltung geboten ist, insbesondere wegen arbeits- und haftungsrechtlichen Bedenken (Rn. 2805). Auch mit „Heilungsvollmachten“ sollte behutsam und nur nach schriftlicher Einverständniserklärung der Beteiligten umgegangen werden (Rn. 2806). Der Praktiker wird auch darauf hingewiesen, dass dem Notar berufsrechtlich die Fertigung eines isolierten Bewilligungsentwurfs für die Eintragung eines Vorkaufsrechts verwehrt ist, wenn er um die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Grundgeschäfts weiß (Rn. 130). Ein Hinweis erfolgt auch darüber, dass rechtsgeschäftlich ein preislimitiertes Vorkaufsrecht nur bei einem schuldrechtlichen Vorkaufsrecht vereinbart werden kann (Rn. 4852). Eingegangen wird auch auf die Berücksichtigung von Agrarförderungsansprüchen bei der Vertragsgestaltung (Rn. 1370) und auf den Mitverkauf von Fotovoltaikanlagen an den Gebäudeerwerber (Rn. 1358). Empfehlungen werden gegeben zur Vermeidung einer Aufspaltung eines Grundstücksvertrags in Angebot und Annahme und die berufsrechtliche Seite beleuchtet (Rn. 4749).

Im Teil 3 findet der Leser Querschnittsdarstellungen wie Besonderheiten bei Verkäufen durch den Insolvenzverwalter, werden kostenrechtliche Hinweise gegeben, steuerrechtliche Grundzüge zur Besteuerung von Grundbesitz im Privatvermögen sowie zur Grund- und Grunderwerbsteuer sowie Umsatzsteuer aufgezeigt und auf über 70 Seiten das noch fortgeltende Sonderrecht der neuen Bundesländer zum Immobilienerwerb behandelt.

Das Buch zeichnet sich durch eine erstaunliche Breite an behandelten Themenfeldern aus. Das vorzügliche Werk verdient das Etikett: Aus der Praxis für die Praxis. Es darf in keinem Notariat fehlen.



Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG

Von Prof. Dr. Holger Fleischer und Prof. Dr. Wulf Goette (Hrsg.), (–Verlag C.H. Beck, München, 3. Auflage 2018/2019, Gesamtwerk in drei Bänden, Hardcover (in Leinen). 977,- €. ISBN 978-3-406-70320-1.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Die GmbH ist die mit Abstand wichtigste Gesellschaftsform in Deutschland. Entsprechend hoch ist ihre Bedeutung in der notariellen Praxis, wird die Gesellschaft doch in jedem Stadium ihrer Existenz durch den Notar begleitet. Dabei ist der Notar für viele, vor allem kleine, Gesellschaften nicht nur bei den ihm obliegenden Aufgaben tätig, sondern unterstützt die Gesellschaft bei Rechtsfragen in unterschiedlichsten Konstellationen. Gerade wegen der hohen Bedeutung der GmbH ist die dazu vorhandene Literatur ebenfalls ergiebig. Zur GmbH findet sich in jedem Format und Umfang mehr als ein Werk. Zahlreiche Kommentierungen, Hand- und Lehrbücher, sowie spezifische Literatur für die Gestaltungspraxis beschäftigen sich mit der Thematik. Für jeden Geschmack ist was dabei. In dieser Fülle ist es oft nicht einfach für den eigenen Bedarf das richtige Werk zu finden. Dabei ist es frei nach *Oscar Wilde* ganz einfach. *Mit dem Besten ist man stets zufrieden.*

In keinem anderen Werk ist die Gesamtheit des GmbH-Rechts so detailliert und umfassend beschrieben wie in dem Beschriebenen. Vertreter aus Wissenschaft, Rechtsprechung sowie anwaltlicher und notarieller Praxis beleuchten die zahlreichen Problemfelder in der einem Großkommentar gebotenen Tiefe aber gleichzeitig gut lesbar und ohne sich in weitschweifigen akademischen Diskussionen zu verlieren. Selbstverständlich kann das Werk hier nicht umfassend vorgestellt werden. Daher sollen nachfolgend einige Stellen herausgegriffen werden, welche für die notarielle Praxis von erheblicher Bedeutung sind.

Der erste Band behandelt die §§ 1 bis 34 GmbHG, demnach die Vorschriften über die Errichtung der Gesellschaft sowie über die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter. Hervorzuheben ist aus diesem Band zunächst die von *Heinze* übernommene Kommentierung des § 2 GmbHG. So bezieht der Autor zu der umstrittenen Frage, ob eine durch einen vollmachtlosen Vertreter vorgenommene Gründung einer Einmann-GmbH nur schwebend unwirksam (§ 177 BGB) oder, wie richtigerweise

vom Autor in Rn. 74 angenommen, unheilbar nichtig ist (vgl. § 180 BGB). Da die Errichtungserklärung nicht gegenüber einem anderen abgegeben wird, ist § 180 Abs. 2 BGB in diesen Fällen nicht anwendbar. Die Mindermeinung, welche trotz der Einmann-Konstellation mit dem Vertragscharakter der Errichtung argumentiert, ist wegen der tatsächlichen Gegebenheiten abzulehnen. Die Errichtung einer GmbH ist daher nur dann durch einen Vertreter möglich, wenn diese eine (mindestens notariell beglaubigte) Vollmacht vorlegen kann. Ist dies nicht der Fall, ist eine nachträgliche Genehmigung nicht möglich.

Ebenfalls lesenswert sind die Ausführungen von *Reichert* und *Weller* zum § 15 GmbHG. In der Praxis kommen regelmäßig Fälle vor, bei denen die Frage ob die Beurkundung notwendig ist oder nicht, Probleme bereiten kann. In den Rn. 93 ff. stellen die Autoren die problematischen Abgrenzungsfälle vor, und machen durch zahlreiche Beispiele deutlich, wann ein an sich nicht beurkundungspflichtiger Vorgang ausnahmsweise der Beurkundungspflicht unterliegen kann. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn eine Abtretungspflicht definiert wird, welche sich zu einem späteren Zeitpunkt realisieren kann. Dies ist vor allem bei der Vereinbarung von Optionsrechten oder bei (Rück)übertragungsverpflichtungen der Fall.

Der zweite Band widmet sich den §§ 35 bis 52 GmbHG und somit dem in der Praxis sehr wichtigem Abschnitt über die Vertretung und Geschäftsführung der Gesellschaft. Hier ist vor allem die äußerst fundierte Kommentierung von *Heidinger* zum § 40 GmbHG, welcher die Liste der Gesellschafter regelt wärmstens zu empfehlen. Seit dem MoMiG 2008 hat die Bedeutung der Gesellschafterliste wesentlich zugenommen. Dabei stellen sich im Zusammenhang mit der Liste immer mehr Fragen, welche allesamt in der Kommentierung aufgegriffen und unter Bezug auf aktuelle Rechtsprechung und Literatur lösungsorientiert aufbereitet werden. Exemplarisch zu nennen ist hierbei zum Beispiel die derzeit heftig umstrittene Frage, ob dingliche Belastungen wie zum Beispiel

der Nießbrauch in die Gesellschafterliste aufgenommen werden können. Dies wird von der herrschenden Meinung derzeit noch abgelehnt. *Heidinger* bejaht diese Möglichkeit aber unter Hinweis auf das öffentliche Interesse. Dies hätte den Vorteil, dass die abweichenden Verwaltungs- und Mitwirkungsrechte auch für den Rechtsverkehr klar kommuniziert werden. Zu begrüßen ist auch die vom Autor in Rn. 202 vertretene Ansicht, welche das zweigliedrige Verfahren der Einreichung der Gesellschafterliste entweder durch den Geschäftsführer oder den Notar ablehnt. Oft wird dem Geschäftsführer die fachliche Kompetenz fehlen seine Pflicht zu Einreichung zu erkennen. Da aber bei vielen möglichen Veränderungen der Notar nicht beteiligt ist, besteht die Gefahr, dass bestimmte Änderungen nicht in die Liste aufgenommen werden, und zu einem späteren Zeitpunkt mühsam rekonstruiert werden müssen. Dem Vorschlag des Autors die Listeneinreichung für sämtliche Fälle beim Notar zu bündeln kann daher vollends zugestimmt werden.

Der dritten Band behandelt schließlich die §§ 53 bis 88 GmbHG, und widmet sich den Abschnitten über die Änderungen des Gesellschaftervertrages, die Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft sowie die Ordnungs-, Straf- und Bußgeldvorschriften. Hier ist vor allem die von *Lieder* verfasste Kommentierung zum § 57c GmbHG betreffend die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln besonders lesenswert. In der Praxis wegen ihrer Komplexität weitestgehend gescheut, ist dieses Instrument durchaus bedeutsam, da es die Festigung von Eigenkapital erlaubt und sich dadurch positiv auf die Fremdkapitalaufnahme auswirkt. Der Autor stellt die Voraussetzungen dieses

Instruments und das Verfahren anschaulich dar und geht dabei auf die möglicherweise in der Praxis auftretenden Fallstricke ein, wobei auch Lösungen präsentiert werden.

Soll die GmbH wieder gelöscht werden, so sind ebenfalls viele Besonderheiten zu beachten. Dadurch, dass der Notar an der Auflösung der Gesellschaft nur mittelbar durch die Anmeldung zum Handelsregister beteiligt ist, bleibt das übrige Verfahren (Beschluss über die Auflösung, Bekanntmachung und Gläubigeraufruf) in der Hand der Beteiligten. Sind diese, wie häufig, nicht anwaltlich vertreten, so sind diese über Hinweise zu ihren weiteren Pflichten und den einschlägigen Fristen dankbar. Falls dabei rechtliche Fragen oder Unsicherheiten entstehen, so kann auf die entsprechende Kommentierung von *Limpert* und *H-F Müller* zurückgegriffen werden. Diese bieten für alle in diesem Zusammenhang entstehenden rechtlichen Probleme verlässliche Lösungen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in die Bibliothek eines jeden Notars gehört. Die praktische Bedeutung der GmbH wird durch die geplante Online-Gründung noch mehr wachsen. Die sich dann stellenden Rechtsfragen müssen von den Rechtsanwendern zuverlässig und schnell gelöst werden. Genau dies bietet das hier besprochene Werk. Die Münchner sind nicht nur im Fußball das Maß aller Dinge. Auch hinsichtlich juristischer Kommentierungen kann deren Exzellenz nicht in Frage gestellt werden. Die Anschaffung aller drei Bänder ist trotz des stolzen Preises jedem Praktiker uneingeschränkt zu empfehlen.



Nomos-Kommentar *BGB* - Rom-Verordnungen, *EuGüVO*, *EuPartVO*, *HUP*, *EuErbVO*. (Band 6)

Von *Dr. Rainer Hüßtege* und *Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel* (Hrsg.),
(– Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 3. Auflage 2019, Hardcover (in Leinen).
178,- €. ISBN 978-3-848-74587-6.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Das internationale Privatrecht gehört nicht unbedingt zu den Lieblingsrechtsgebieten vieler Notarinnen und Notare. Sobald einer der Beteiligten nicht die deutsche Staatsangehörigkeit hat, oder gar im Ausland wohnt oder seinen Sitz hat, beschleicht viele Kollegen eine gewisse Unsicherheit welche dann nur durch eine zusätzliche Prüfung genommen werden kann. Dabei kann sich der Praktiker nicht einfach auf den Standpunkt stellen, dass der internationale Zusammenhang ignoriert wird. Zwar ist es richtig, dass der Notar ausländisches Recht nicht zu kennen braucht, das in Deutschland geltende internationale Privatrecht muss von diesem aber beherrscht werden. Dabei sind die Rechtsquellen in einem immer stärker zusammenwachsenden Europa nicht mehr solche des nationalen Rechts, sondern vielmehr europarechtliche Verordnungen welche unmittelbar in Deutschland gelten. Zu den wichtigsten gehören dabei die Rom I-III Verordnungen, die Europäische Güterrechtsverordnung, das Haager Unterhaltsprotokoll sowie die Europäische Erbrechtsverordnung.

An dieser Stelle setzt das vorliegend besprochene Werk an, welches nunmehr nach vier Jahren in der dritten Auflage erscheint. Es liefert eine umfassende Darstellung der einschlägigen Vorschriften und ist dabei dennoch handlich und nicht überfrachtet. Positiv hervorzuheben ist vor allem der Umstand, dass sämtliche relevanten Vorschriften des internationalen Privatrechts in einem Band zusammengefasst sind. Dies ist insoweit praktisch als sich andere Publikationen nur auf bestimmte Rechtsgebiete beschränken.

Nach einer kurzen Einführung setzt die Kommentierung mit der Rom I – Verordnung an. Für die notarielle Pra-

xis ist aus dieser vor allem der Art. 11 von Bedeutung, welcher die auf einen Vertrag anwendbare Form regelt. *Bischoff* vertritt in seiner Kommentierung richtigerweise die Ansicht, dass ein Vertrag über ein deutsches Grundstück auch im Ausland ohne die Einhaltung der in § 311 b BGB vorgeschriebenen Form abgeschlossen werden kann. Für die Auflassung hingegen ist ausschließlich der deutsche Notar zuständig. Dies hat der BGH kürzlich bestätigt (BGH, Beschluss vom 13.2.2020 – V ZB 3/16).

Die Rom III – Verordnung regelt das auf die Scheidung anwendbare Recht. Dies ist für die notarielle Praxis vor allem im Zusammenhang mit notariellen Scheidungsfolgerevereinbarungen interessant. Hier sollte, wie *Lugani* in Art. 6 Rn. 88 richtig hinweist, darauf geachtet werden, dass bei Abwahl des deutschen Scheidungsrechts es dennoch zur Durchführung eines Versorgungsausgleichs kommen kann. Darauf ist bei der Beratung der Beteiligten zu achten.

Im Rahmen seiner Kommentierung zu Art. 25 *EuErbVO* vertritt *Looschelders* richtigerweise die Auffassung, dass auch gemeinschaftliche Testamente, sowie Erb- und Pflichtteilsverzichtete Erbverträge im Sinne der Verordnung sind und daher in den Regelungsbereich des Art. 25 *EuErbVO* fallen.

Als Fazit ist festzuhalten, dass das Band eine umfassende Fundgrube an Lösungsansätzen für die vielfältigen Problemstellungen des internationalen Kollisionsrechts bietet. Jedem Praktiker der in seiner täglichen Praxis auf internationale Sachverhalte trifft, wird dieses Werk gute Dienste erweisen und kann daher wärmstens zur Anschaffung empfohlen werden.



Beck'sches Notar-Handbuch.

Von Prof. Dr. Heribert Heckschen, Sebastian Herrler und Dr. Christof Münch (Hrsg.),
 (– Verlag C.H. Beck, München, 7. Auflage 2019, Hardcover (in Leinen).
 189,- €. ISBN 978-3-406-73389-5.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Das Beck'sche Notar-Handbuch braucht eigentlich nicht vorgestellt zu werden. Allein das Erscheinen der neuen Auflage ist ein Grund sich dieses Werk anzuschaffen. Dennoch soll an dieser Stelle die neue Auflage kurz vorgestellt werden, um die herausragende Qualität des Handbuchs nochmal ausdrücklich zu unterstreichen.

Im Vergleich zur Voraufgabe ist das Werk um knapp ein Tausend Seiten gewachsen. Wesentliche Neuerungen und vor allem die Aufnahme von Gesamtmustern machen das Handbuch noch unverzichtbarer in der täglichen Praxis. Ferner wurde das Werk sowohl in personeller Sicht als auch inhaltlich überarbeitet. *Timm Starke* ist als Herausgeber von *Christof Münch* ersetzt worden, und auch im Übrigen ist der Autorenkreis vor allem um jüngere Kollegen erweitert worden. Inhaltlich wurde das Handbuch völlig neu gegliedert und um weitere Kapitel ergänzt. So sind unter anderem Kapitel zur, in der Praxis immer wichtiger werdenden, Vorsorgevollmacht, zum Grundbuchverfahrensrecht sowie zur Stiftung hinzugekommen. Eine umfassende Würdigung des Werks ist an dieser Stelle kaum möglich, daher sollen nachfolgend nur einige Stellen vorgestellt werden.

Zu begrüßen ist zunächst die Überarbeitung des Kapitels zum Bauträgervertrag, und hier vor allem die zum so genannten flexiblen Ratenplan vertretene Ansicht. Unstreitig ist, dass der Bauträger nach § 3 Abs. 2 MaBV aus dreizehn vorgegebenen Abschnitten sieben Zahlungsraten zusammensetzen

darf. Umstritten ist allerdings ob die sieben Raten schon im Bauträgervertrag durch den Bauträger festgelegt werden müssen, oder ob dieser die Raten entsprechend dem tatsächlichen Bauablauf nach seinem Ermessen festlegen kann. Während Teile der Rechtsprechung in der Vergangenheit, vor allem unter Bezugnahme der Ansicht von *Kuttner* in der sechsten Auflage (Abschnitt A II Rn. 77a) der letztgenannten Ansicht gefolgt sind, geht die wohl herrschende Ansicht und nunmehr auch *Esbjörnsson* in § 2 Rn. 157 von der Zulässigkeit des flexiblen Ratenplans aus.

Ebenfalls sehr informativ ist das von *Heckschen* und *Jacoby* verfasste neue Kapitel zur Partnerschaftsgesellschaft. Die Bedeutung dieser Rechtsform wird, unter anderem wegen dem *Brexit*, in Zukunft deutlich steigen, weswegen eine verlässliche Nachschlagquelle für den Rechtsanwender unabdingbar ist.

Wie die vorstehenden Beispiele zeigen, ist das Notar-Handbuch in der neunten Auflage weiterhin vom Schreibtisch des Notars kaum wegzudenken. Der Spagat zwischen der umfassenden Darstellung aller für die notarielle Praxis relevanten Themen und der detaillierten Darstellung einzelner Punkte gelingt den Herausgebern und der Autoren ausgezeichnet. Sowohl der Berufsanfänger als auch der erfahrene Kollege können viele alltägliche Probleme mit einem Griff zu diesem Werk bewältigen. Die Anschaffung ist daher jedem in der notariellen Praxis Tätigen uneingeschränkt zu empfehlen.



Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen.

Von *Dr. Sven Timmerbeil* und *Dr. Gero Pfeiffer* (–Verlag C.H. Beck, München, 2. Auflage 2020, Softcover. 59,- €. ISBN 978-3-406-74266-8.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Bei großen Unternehmenstransaktionen ist der Notar häufig erst am Ende eines langen Prozesses beim Abschluss der Transaktion beteiligt. Üblicherweise sind die Beteiligten dabei jeweils von erfahrenen Anwälten sowie In-house Juristen vertreten und die eigentlichen Verträge mundgerecht zum Vorlesen vorbereitet. Was zunächst gut klingt, birgt für den Notar aber auch Gefahren. So treffen diesen bei solchen Transaktionen die gleichen Pflichten, wie bei einem Vertrag, den dieser selbst entworfen hat. Umso wichtiger ist es, dass der Notar sich in der kurzen Zeit die dieser für die Vorbereitung der Beurkundung hat, einen Überblick über die Transaktion, die Beteiligten, sowie die Verträge verschaffen kann. Einen guten Überblick über den Ablauf einer Transaktion und die relevante Dokumentation bietet das vorliegende Werk.

In diesem werden die wesentlichen Vertragsformen und die gängigen Nebenvereinbarungen kurz vorgestellt, und anhand von Mustervereinbarung für den Anwender erläutert. Neben den Kapiteln zu den beiden Formen des Unternehmenskauf (Asset Deal und Share Deal) werden vor allem die (in der Praxis sehr wichtigen) Nebendokumente vorgestellt. Es finden sich Abschnitte zur Vertraulichkeitsvereinbarung, Absichtserklärung, Exklusivitätsvereinbarung und vielem mehr. Während die ersten sechs Abschnitte des Buches allerdings vor allem für die anwaltliche Praxis relevant sind, sind vor allem die Abschnitte IX zur Treuhandvereinbarung sowie XIII zu den Vollmachten auch aus notarieller Sicht interessant.

Häufig wünschen die Beteiligten die Hinterlegung des Kaufpreises auf einem Treuhandkonto. Dies ist vor allem in Kons-

tellationen relevant, in denen konkrete Risiken oder Garantieansprüche des Käufers abgesichert werden sollen, oder wenn Earn Out – Klauseln vereinbart wurden, und die Beteiligten die Sicherheit haben wollen, dass diese bei Eintritt der Bedingung auf jeden Fall an den richtigen ausbezahlt werden. Das Werk bietet hierzu einen gelungenen Vorschlag, welcher (wie sämtliche Muster) sowohl in Deutsch als auch in Englisch vorliegt und daher besonders zu begrüßen ist. Das Muster wird dabei sowohl den Anforderungen der Praxis als auch den berufsrechtlichen Grundsätzen des Notars gerecht und kann für die Praxis empfohlen werden.

In der Praxis kommt es ferner häufig vor, dass die Beteiligten bei der Beurkundung nicht persönlich erscheinen, sondern von ihren Anwälten vertreten werden. Da im Zusammenhang mit der Transaktion häufig noch andere gesellschaftsrechtlichen Vorgänge stattfinden (Beendigung von Unternehmensverträgen, Zustimmungsbeschlüsse etc.) müssen die Vollmachten sowohl umfassend als auch rechtssicher sein, damit dieser auch im Registerverfahren nicht beanstandet werden. Hierzu bietet das vorgestellte Muster eine sichere Vorlage.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Werk sicherlich nicht primär an Notare gerichtet ist. Es ist aber eine sehr hilfreiche Ergänzung für jede Handbibliothek eines Notars. Vor allem Kollegen die häufiger bei Unternehmenstransaktionen tätig sind, werden in diesem Werk hilfreiche Empfehlungen und verlässliche Muster finden. Eine Anschaffung lohnt sich daher in jedem Fall.



Grunderwerbsteuer in der Beratungspraxis.

Von Prof. Dr. Christian Jahndorf und Dr. Jan-Hendrik Kister (–Verlag C.H. Beck, München, 1. Auflage 2019, Softcover, 39,- €. ISBN 978-3-406-74357-3.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Der Notar berät nicht steuerlich. Dies ist richtig und wird von den Beteiligten meistens anstandslos akzeptiert. Dennoch sind steuerrechtliche Fragen gerade im Zusammenhang mit der Grunderwerbsteuer oft von entscheidender Bedeutung im Zusammenhang mit notariellen Verträgen. Gerade bei Beteiligung von Unternehmen ist die fundierte Beratung durch einen fachkundigen Berater unerlässlich.

An diesem Punkt setzt das vorliegende Werk an. Für den Notar, der nicht primär mit den steuerrechtlichen Aspekten einer Transaktion befasst ist, bietet das Werk einen leichten Einstieg in die Materie. Der problemorientierte Aufbau des Buches erleichtert es dem Anwender schnell die relevanten Passagen zu finden und bietet zugleich fallgenaue Lösungen. Herausgegriffen sei zum Beispiel das Kapitel zum Erbbaurecht (Rn. 26 ff.) hierbei ist zu beachten, dass nicht nur die erstmalige Bestellung, sondern auch die Verlängerung eines Erbbaurechts einen steuerbaren Vorgang darstellt, der

Heimfall des Gebäudes an den Eigentümer des Grundstücks hingegen nicht.

Ebenfalls hilfreich sind die Kapitel zum Unternehmenssteuerrecht. Hier ist das Zusammenwirken von Notar und Steuerberater besonders wichtig, um eine sichere und steuerlich optimale Gestaltung zu wählen. Das Buch zeigt insoweit die relevanten Problembereiche und erklärt welche Punkte bedeutsam sind.

Das Werk ersetzt auf keinen Fall eine fundierte Beratung durch einen erfahrenen Steuerberater. In der notariellen Praxis gibt es aber dem Notar oder der Notarin das nötige Problembewusstsein um die Beteiligten auf eine eventuell vermeidbare Rechtsfolge hinzuweisen die bei einer bestimmten Gestaltung hätte eintreten können. Wer seine Beratung daher optimieren und seinen Horizont um eine spannende Materie erweitern möchte, sei das Werk wärmstens empfohlen.



Nachlassrecht.

Von *Karl Firsching (Begr.) Hans Lothar Graf* fortgeführt von *Holger Krätzschel, Dr. Melanie Falkner* und *Dr. Christoph Döbereiner* (–Verlag C.H. Beck, München, 11. Auflage 2019, Hardcover (in Leinen), 895 Seiten. 119,- €. ISBN 978-3-406-70969-2.

Besprechung von *Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)*

Getreu dem Titel „Handbuch der Rechtspraxis“ behandelt das vorliegende Werk sämtliche Fragen des Nachlassrechts in einer für den Praktiker angenehmen, prägnanten Weise, ohne dabei an Ausführlichkeit und Tiefe einzubüßen. Nach dem Ausscheiden des langjährigen Autors *Hans Lothar Graf* wurde das Werk in der 11. Auflage von *Holger Krätzschel, Dr. Melanie Falkner* und *Dr. Christoph Döbereiner* übernommen und vollständig neu gegliedert.

Im ersten Teil werden dabei die materiell-rechtlichen Grundlagen des Erbrechts dargestellt. Dabei werden das Testament und der Erbvertrag vorgestellt, und die einzelnen Verfügungen detailliert besprochen. Ferner geht *Krätzschel* in diesem Teil auf den Widerruf von Testamenten, die Anfechtung letztwilliger Verfügungen sowie das Pflichtteilsrecht ein. Schließlich werden die Testamentsvollstreckung, die Nachlassinsolvenz, sowie die Auseinandersetzung der Erben angesprochen. Im zweiten Teil werden sodann die Verfahren in Nachlasssachen allgemein besprochen, bevor diese im dritten Teil einzeln vorgestellt werden. Hier wird vor allem das Erbscheinsverfahren in seiner gesamten Breite vorgestellt, aber auch die sonstigen Verfahren angesprochen, wie die Nachlasspflegschaft und die besondere amtliche Verwahrung. Sehr hilfreich ist der vierte Teil, in welchem kurz und prägnant die wichtigsten Auslegungsfragen, die relevanten Formerfordernisse sowie

die wichtigen Fristen zusammengefasst werden. Gerade im schnelllebigen Notarbüro ermöglicht diese Zusammenstellung eine enorme Zeitersparnis bei der Recherche nach diesen wichtigen Einzelfragen. Im fünften Teil wird sodann das internationale Privatrecht und im sechsten Teil das Steuerrecht vorgestellt.

Für den Notar von besonderem Interesse ist das Kapitel zu Auslegung von letztwilligen Verfügungen (§9). Hier werden nicht nur die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze kurz vorgestellt, sondern auch einzelne Klauseln besprochen und Wege aufgezeigt Streitigkeiten zu vermeiden.

Ebenso werden aktuelle Themen angesprochen. So ist das Urteil des BGH zum digitalen Nachlass (BWNotZ 2018, 122) bereits eingearbeitet. Ebenso die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zu den Einzelfragen im Rahmen der EuErbVO (vgl. § 47 Rn. 98).

Insgesamt handelt es sich um ein Werk für den Praktiker. Es gibt einen detaillierten Überblick über die relevanten Fragen zum Nachlassrecht und entwickelt praktikable Lösungen für die tägliche Praxis. Besonders hilfreich sind dabei die zahlreichen Musterformulierungen, welche nunmehr zum Download verfügbar sind.

