

BW NotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

5 | 2020

Dezember 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

Demenz und Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in
gemeinschaftlichen Testamenten – Gestaltungsbedarf?
von Notar Dr. Daniel Schäuble, Waldshut-Tiengen 312

RECHTSPRECHUNG

ERBRECHT

OLG Nürnberg (15. Zivilsenat),
Beschluss vom 04.11.2020 – 15 W 3330/20
Ausschlagung eines Vermächtnisses 318

FAMILIENRECHT

BGH (XII. Zivilsenat), Beschluss vom 29.07.2020 – XII ZB 106/20
Betreuerbestellung und Vorsorgevollmacht 327

LIEGENSCHAFTSRECHT

OLG München (34. Zivilsenat),
Beschluss vom 09.11.2020 – 34 Wx 235/20
Vollzug der Auflassung 340

KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 08.07.2020 – 1 W 35/20
Nachweis gesellschaftsrechtlicher Nachfolgeregelung bei
Antrag auf Löschung verstorbener Gesellschafter im Grundbuch 353

KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 22.10.2020 – 1 W 1357/20
Zur Erforderlichkeit einer Voreintragung des Erben bei
Belastung des Grundstücks ohne gleichzeitige Auflassung 357

STEUERRECHT

FG Münster (3. Senat), Urteil vom 27.08.2020 – 3 K 722/16 Erb
Erbchaftsteuer: Minderung des Nießbrauchsrechts durch die vom
Nießbraucher weiterhin zu tragenden Zins- und Tilgungsleistungen 363



Stiftung
des Fördervereins
für krebskranke Kinder
Tübingen



Auch Sie können
den Kindern helfen!

KAMPF DEM KREBS BEI KINDERN

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

Ihr Testament für krebskranke Kinder

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

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

Rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts

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

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

Vorsitzender: Prof. Dr. Hans-Werner Stahl

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

Spendenkonto: Volksbank Herrenberg-Nagold-Rottenburg eG

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

86. BAND

BWNotZ

AUSGABE 5|2020 INHALTSVERZEICHNIS

HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart

SCHRIFTFÜHRUNG

Notarassessor Anton Gordon, Sindelfingen

ISSN-Nummer 1434-2979

Erscheinungsweise: 6x pro Jahr

BESTELLUNGEN | ANZEIGEN

Geschäftsstelle des

Württembergischen Notarvereins e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart,

Tel. 0711 2237951, Fax 0711 2237956

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

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

HERSTELLUNG

Erich Schretzmann Siebdruck GmbH

siebdruck-schretzmann.de.

Huber Werbung, 73547 Lorch

www.huber-werbung-loorch.de

ABHANDLUNGEN

Seite

Von Notar Dr. Daniel Schäuble, Waldshut-Tiengen

Demenz und Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten – Gestaltungsbedarf? 312

RECHTSPRECHUNG

ERBRECHT

OLG Nürnberg (15. Zivilsenat), Beschluss vom 04.11.2020 – 15 W 3330/20 318

OLG Köln (2. Zivilsenat), Beschluss vom 23.09.2020 – 2 Wx 189/20 322

OLG Köln (2. Zivilsenat), Beschluss vom 28.8.2020 – 2 Wx 107/20 324

FAMILIENRECHT

BGH (XII. Zivilsenat), Beschluss vom 29.07.2020 – XII ZB 106/20 327

KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 03.11.2020 – 1 VA 1010/20 330

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

OLG Stuttgart (8. Zivilsenat), Beschluss vom 09.03.2020 – 8 W 295/19 333

OLG Stuttgart (8. Zivilsenat), Beschluss vom 07.07.2020 – 8 W 188/20 334

LIEGENSCHAFTSRECHT

KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 29.10.2020 – 1 W 1463/20 336

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 30.10.2020 – I-3 Wx 182/20 337

OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 09.11.2020 – 34 Wx 235/20 340

OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 18.11.2020 – 34 Wx 315/19 345

KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 08.07.2020 – 1 W 35/20 353

KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 22.10.2020 – 1 W 1357/20 357

OLG Stuttgart (8. Zivilsenat), Beschluss vom 30.07.2020 – 8 W 246/19 360

STEUERRECHT

FG Münster (3. Senat), Urteil vom 27.08.2020 – 3 K 722/16 Erb 363

BUCHBESPRECHUNGEN

1. Bärmann WEG, 14 Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 366

2. Wohnungseigentumsgesetz

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 367

3. Die GmbH, 3 Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 368

4. GmbHG, 22 Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 369

5. Handbuch Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 8 Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 370

6. Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 4 Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 371

7. Münchener Vertragshandbuch Band I Gesellschaftsrecht, 8 Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 372

8. Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 373

ABHANDLUNGEN

Demenz und Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten – Gestaltungsbedarf?

von Notar Dr. Daniel Schäuble*

► I. Einführung

Die Gesellschaft wird zunehmend älter. Die Zahl der Demenzerkrankungen, die vor allem eine Alterserscheinung sind, steigt stetig. Im Jahr 2050 werden, sofern die Medizin keine Abhilfe schafft, voraussichtlich ca. 2,9–3,1 Millionen Menschen in Deutschland von einer demenziellen Erkrankung betroffen sein.¹ Das Thema darf daher auch in der Nachlassplanung nicht unberücksichtigt bleiben.²

Zwar begründet eine Demenz keine Vermutung der Testierunfähigkeit (§ 2229 Abs. 4 BGB)³ – stets ist die Einsichts- und Handlungsfähigkeit auf Grundlage des gesamten Verhaltens und des Gesamtbildes der Persönlichkeit zu prüfen –⁴, bei (fortgeschrittener) Demenz steigt jedoch die Wahrscheinlichkeit, dass Testierunfähigkeit vorliegt.⁵

In der juristischen Diskussion steht oftmals der – infolge einer demenziellen Erkrankung – Testierunfähige im Vordergrund. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der anderen Seite: dem testier- bzw. geschäftsfähigen Ehegatten. Behandelt werden die Auswirkungen der Testierunfähigkeit eines Ehegatten auf die erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des noch testierfähigen Partners im Beispielfall eines gemeinschaftlichen Testaments und die Frage eines etwaig gegebenen Gestaltungsbedarfs.

* Der Autor ist Notar in Waldshut-Tiengen. Der Beitrag beruht auf einem im Rahmen der Notarfortbildung Süd des Badischen Notarvereins am 13.03.2020 gehaltenen Vortrag.

1 Vgl. etwa https://www.deutsche-alzheimer.de/fileadmin/alz/pdf/factsheets/infoblatt1_haeufigkeit_demenzerkrankungen_dalzg.pdf.

2 Von Oertzen/Windeknecht ZEV 2019, 8, 9: „entscheidenden Einfluss auf die Nachfolgeplanung“.

3 Sticherling in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 2229 BGB Rn. 29.

4 Litzenburger in: BeckOK BGB, 52. Edition, Stand: 01.02.2020, § 2229 BGB Rn. 9.

5 Etwa OLG Hamm (10. Zivilsenat), Urteil vom 13.07.2017 – 10 U 76/16, BeckRS 2017, 140093, Rn. 55: Bei einer fortschreitenden mittelschweren Demenz, die degenerativer und nicht nur vaskulärer Art ist, liegt die Annahme einer eingeschränkten Einsichtsfähigkeit i. S. v. § 2229 Abs. 4 BGB im Regelfall nahe; OLG Bamberg, RNotZ 2015, 655, 657: Aufgrund einer vaskulären Demenz in mittelgradiger bis schwerer Ausprägung war dem Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung keine freie Willensbildung mehr möglich.

Beispielfall:

Ein Ehemann (M) und eine Ehefrau (F) haben ein gemeinschaftliches Testament wie folgt errichtet:

Wir setzen uns für den Fall unseres jeweiligen Vorversterbens gegenseitig zu unbeschränkten Alleinerben ein. Erben des überlebenden Ehegatten werden die gemeinsamen Söhne A und B zu gleichen Teilen. Alle Verfügungen in diesem Testament sind wechselbezüglich. Der überlebende Ehegatte ist berechtigt, die Verfügungen auf sein Ableben innerhalb der gemeinschaftlichen Abkömmlinge beliebig zu ändern.

Vermögensverhältnisse von M und F:

M und F sind je zur Hälfte Eigentümer eines durch sie selbst bewohnten Einfamilienhauses. Es bestehen Geldanlagen in Höhe von ca. 200.000,00 Euro, wobei M deren Inhaber ist, während F Alleineigentümerin einer vermieteten Eigentumswohnung ist. Aufgrund einer Demenz ist M testierunfähig. Das Verhältnis von F zu Sohn B ist nunmehr zerrüttet. Daher möchte F das vorstehende Testament ändern:

Änderungswunsch 1:

F möchte die Schlusserbeneinsetzung dahingehend ändern, dass nur noch Sohn A Schlusserbe sein soll.

Änderungswunsch 2:

F möchte es für den Fall ihres Erstversterbens bei der Erbinsetzung ihres Ehemannes belassen, aber den Ehemann nunmehr als nicht befreiten Vorerben und den Sohn A als Nacherben auf den Tod des M sowie als Vollerbe auf ihren Tod für den Fall einsetzen, dass sie länger lebt als M. Weiter möchte F für den Fall, dass ihr Ehemann Erbe auf den ersten Erbfall wird, die Eigentumswohnung vermächtnisweise Sohn A zuwenden.

II. ‚Erbrechtliche Bindung‘ in gemeinschaftlichen Testamenten

Gemäß § 2270 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 BGB können Ehegatten Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen und eine Rechtswahl in wechselbezüglicher Weise treffen. Den Ehegatten kommt dabei ein umfassendes Bestimmungsrecht darüber zu, ob und inwieweit ihre Verfügungen wechselbezüglich sein sollen.⁶ Hilfsweise findet die Auslegungsregelung des § 2270 Abs. 2 BGB Anwendung. Das Wesen der Wechselbezüglichkeit besteht laut § 2270 Abs. 1 BGB darin, dass nach dem Willen beider Ehepartner die Verfügung des einen nicht ohne die des anderen getroffen worden wäre.

1. Vor dem Tod eines Ehegatten

Eine Bindungswirkung wechselbezüglicher Verfügungen im rechtlichen Sinne tritt erst mit dem Tod des erstversterbenden Ehegatten ein. Vor dem ersten Erbfall ist jeder Ehegatte berechtigt, seine wechselbezüglichen Verfügungen zu widerrufen (§ 2271 Abs. 1 S. 1 BGB).

In § 2271 Abs. 1 S. 2 BGB wird dabei klargestellt, dass der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen nur in der in § 2296 Abs. 2 BGB beschriebenen, für den Rücktritt vom Erbvertrag geltenden Form vorgenommen werden kann, nicht aber durch eine neue, einseitige Verfügung. Der Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung bewirkt deren eigene Unwirksamkeit und führt über § 2270 Abs. 1 BGB zur Ungültigkeit aller Verfügungen des anderen Ehegatten, die zur widerrufenen Verfügung im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit stehen.⁷ Durch die Erschwerung des Widerrufs wechselbezüglicher Verfügungen soll jeder Ehegatte in seinem Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit der Verfügungen des anderen Ehegatten geschützt werden. Er soll nach dem Tod des Erstversterbenden nicht damit überrascht werden, dass dieser sich nicht an die gemeinschaftlich getroffenen Verfügungen gehalten hat. Aus diesem Grundgedanken heraus verlangt das Gesetz, dass der Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung dem anderen Ehegatten zur Kenntnis gebracht wird, damit dieser sich der veränderten Sachlage anpassen und seinerseits entsprechende Verfügungen treffen kann.⁸

Im vorliegend behandelten Zusammenhang ergibt sich die Problematik des Widerrufs gegenüber dem geschäftsunfähigen

Ehegatten (M), die hier lediglich zur Vervollständigung angesprochen werden soll: Die Widerrufserklärung stellt eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung dar, die folglich zu ihrer Wirksamkeit des Zugangs beim anderen Ehegatten (vorliegend M) bedarf. Nach h. M. steht dessen Geschäftsunfähigkeit der Möglichkeit eines Widerrufs ihm gegenüber nicht prinzipiell entgegen, auch wenn der testierunfähige Ehegatte keine neue Verfügung von Todes wegen mehr errichten und somit seine Verfügungen nicht der durch den Widerruf veränderten Sachlage anpassen kann.⁹ Im Falle von dessen Geschäftsunfähigkeit muss der Widerruf dem gesetzlichen Vertreter zugehen bzw. diesem gegenüber erklärt werden (§ 131 Abs. 1 BGB).¹⁰ Die Entgegennahme des Widerrufs ist nicht höchstpersönlicher Natur¹¹ und stellt keine Verfügung von Todes wegen dar.¹² Ein Betreuer muss für den erforderlichen Aufgabenkreis bestellt worden sein, damit er empfangsberechtigt ist. Eine Bestellung wenigstens für die Vermögenssorge genügt.¹³ Ein lediglich mit dem Aufgabenkreis ‚Entgegennahme der Post‘ bestellter Betreuer ist nicht empfangsberechtigt.¹⁴ Auch der widerrufende Ehegatte ist als Betreuer nicht zur Empfangnahme des Widerrufs berechtigt. Es muss ggf. Ergänzungsbetreuung angeordnet werden (§ 1899 Abs. 4 BGB).¹⁵ Ein Abkömmling des Betreuten soll zur Empfangnahme berechtigt sein.¹⁶ Nach h. M. ist auch ein umfassend Vorsorgebevollmächtigter empfangsberechtigt.¹⁷ Ob für diesen auch die einem Betreuer auferlegten Grenzen der Vertretungsmacht gelten, ist bisher nicht geklärt.¹⁸ Ebenso kann die Vertretungsmacht bei der Empfangnahme des Widerrufs über die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht eingeschränkt sein –

- 9 Etwa OLG Hamm FGPrax 2014, 71, 72 f.; OLG Nürnberg NJW 2013, 2909, 2910; Hausmann notar 2014, 58, 59 f.; Helms DNotZ 2003, 104 ff.; Keim ZEV 2010, 358 f.; Litzener in: BeckOK BGB, 52. Edition, Stand: 01.02.2020, § 2271 BGB Rn. 15; Zimmer ZEV 2007, 159 f., 162 a. A. Damrau/Bittler ZErB 2004, 77 (§ 2271 Abs. 2 S. 1 BGB schließt nach dem Tod des anderen Ehegatten einen Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen aus; diese Vorschrift ist analog auf die Geschäftsunfähigkeit anzuwenden).
- 10 Zur Frage, ob sie auch an den gesetzlichen Vertreter gerichtet sein muss, siehe Einsele in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2018, § 131 BGB Rn. 3; Hausmann notar 2014, 58, 60.
- 11 OLG Hamm FGPrax 2014, 71, 72 f.; Musielak in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 2271 BGB Rn. 8.
- 12 Litzener in: BeckOK BGB, 52. Edition, Stand: 01.02.2020, § 2271 BGB Rn. 14.
- 13 OLG Hamm FGPrax 2014, 71, 72; OLG Nürnberg NJW 2013, 2909, 2910; Hausmann notar 2014, 58, 60.
- 14 OLG Karlsruhe NJW-RR 2015, 1031, 1033.
- 15 G München NJW 2011, 618 f.; Musielak in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 2271 BGB Rn. 8.
- 16 OLG Nürnberg NJW 2013, 2909, 2910 a. A. Keim ZEV 2010, 358.
- 17 LG Leipzig DNotl-Report 2010, 49; Hausmann notar 2014, 58, 61 f.; Musielak in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 2271 BGB Rn. 8; Palandt/Weidlich, 79. Aufl. 2020, § 2271 BGB Rn. 6 a. A. Zimmer ZEV 2007, 159, 162 u. ZEV 2013, 307, 310 (§ 131 BGB sieht einen Zugang nur beim gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen vor; eine Regelung entsprechend § 51 Abs. 3 ZPO fehlt im materiellen Recht).
- 18 Dies andenkend etwa Hausmann notar 2014, 58, 62; siehe auch Keim ZEV 2010, 358, 360; Palandt/Weidlich, 79. Aufl. 2020, § 2271 BGB Rn. 6.

6 BGH NJW 1951, 959, 960; NJW 1959, 1730, 1731; NJW 1964, 2056; Kanzleiter in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 2270 BGB Rn. 6.

7 Musielak in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 2271 BGB Rn. 14.

8 BGH NJW 1959, 1730, 1731.

jedenfalls dann, wenn ein Ehegatte (M) zum Zeitpunkt des Widerrufs geschäftsunfähig ist, wird kein Missbrauch der Vertretungsmacht angenommen werden können.¹⁹ In der Literatur wird angedacht, die Frage, ob die Vorsorgevollmacht zur Entgegennahme eines Widerrufs bevollmächtigt, explizit zu regeln.²⁰ Daneben ist es zulässig, dass die Ehegatten die Voraussetzungen eines wirksamen Zugangs der Widerrufserklärung testamentarisch regeln.²¹

Stets ist jedoch zu beachten, dass der Widerruf der Verfügungen des testierfähigen Ehegatten (F) über § 2270 Abs. 1 BGB zur Ungültigkeit aller Verfügungen des testierunfähigen Ehegatten (M) führt, die zur widerrufenen Verfügung in wechselbezüglichem Verhältnis stehen. Im Beispielfall würde F durch den Widerruf ihrer Verfügungen die Zuwendung des Alleineigentums an der von ihr bewohnten Immobilie und des Geldvermögens verlieren.

2. Nach dem Tod eines Ehegatten

Mit dem Tod des ersten Ehegatten erlischt gemäß § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB für den noch lebenden Ehegatten das Recht zum Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen. Hieraus folgt eine Bindung des noch lebenden Ehegatten, die mit der Bindung vertragsmäßiger Verfügungen in einem Erbvertrag vergleichbar ist.

3. Änderungsvorbehalt

Durch einen Änderungsvorbehalt kann sich jeder Ehegatte das Recht vorbehalten, wechselbezügliche Verfügungen nachträglich einseitig abzuändern.²² Die Schwierigkeiten, die sich beim Erbvertrag aus dessen Vertragscharakter²³ ergeben, bestehen beim gemeinschaftlichen Testament nicht.²⁴ Dogmatisch betrachtet, meint der Änderungsvorbehalt beim gemeinschaftlichen Testament eine vereinbarte Widerruflichkeit der eigenen Verfügung.²⁵ Die Reichweite des Änderungsvorbehalts ist durch Auslegung gemäß

allgemeiner Grundsätze zu ermitteln.²⁶ Vorrangig ist jedoch zu prüfen, ob eine zu ändernde Verfügung überhaupt mit anderen Verfügungen im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit steht. Nur dann bedarf es überhaupt der durch den Änderungsvorbehalt bewirkten Ermächtigung zum Widerruf/zur Neutestierung. Durch einen Änderungsvorbehalt wird die Wechselbezüglichkeit nicht rechtsnotwendig immer beseitigt. So führt der BGH aus: „Es ist nicht nur begrifflich, sondern auch praktisch durchaus denkbar, dass die testierenden Ehegatten auch dann, wenn sie einander für die Zeit nach dem Tod des einen von ihnen freie Hand lassen wollen, für die Zeit vorher darauf Wert legen, von einer Testamentsänderung des anderen unterrichtet zu werden, wie es das Gesetz vorsieht (§ 2271 Abs. 1 BGB); in diesem Fall ist trotz jener Freistellung für später die Wechselbezüglichkeit zu bejahen.“²⁷

III. Besteht Geltungsbedarf?

1. Ausgangssituation

Das BayObLG²⁸ stellte im Jahr 1995 fest, dass in der notariellen Praxis bei der Formulierung eines Änderungsvorbehalts gebräuchlich auf den überlebenden oder länger lebenden Ehegatten abgestellt wird. Ein Blick in die aktuelle Literatur bestätigt diesen Befund auch für das Jahr 2020.²⁹ Andere Formulierungsvorschläge gewähren den Vorbehalt zur Änderung explizit erst nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten.³⁰ Zur Beantwortung der Frage, ob mit Blick auf die wahrscheinlich wachsende Zahl von an einer demenziellen Erkrankung betroffenen Personen Gestaltungsbedarf besteht, kann eine Beratungssituation durchdacht werden, in der F unter Vorlage ihres eingangs wiedergegebenen Testaments vorstehende Änderungswünsche an den Notar heranträgt. Es bestehen insbesondere folgende Optionen:

a) Vornahme von Änderungen erst nach dem Tod von M

F könnte mit der Änderung des Testaments bis zum Versterben von M warten. Dies setzt voraus, dass F tatsächlich länger als M lebt. Außerdem muss F zu dem späteren Zeitpunkt (noch) testierfähig sein.

¹⁹ DNottl-Report 2015, 105, 106.

²⁰ Roth NJW-Spezial 2010, 71, 72.

²¹ Palandt/Weidlich, 79. Auflage 2020, § 2271 BGB Rn. 5.

²² Siehe zur Freistellungsklausel etwa Dohr MittRhNotK 1998, 382, 392.

²³ Im Rahmen eines Erbvertrages wird die Zulässigkeit eines Änderungsvorbehalts dadurch eingeschränkt, dass durch diesen der Erbvertrag nicht inhaltslos gemacht werden darf. Der BGH und die ihm folgende obergerichtliche Rspr. sowie Teile der Lehre verlangen, dass vom Vorbehalt mindestens eine bindende Verfügung unberührt bleiben muss. Andernfalls wäre es möglich, den Erbvertrag auf andere Weise, als das Gesetz dies vorsieht (vgl. §§ 2290 ff. BGB), aufzuheben.

²⁴ Fröhler in: Langenfeld/Fröhler, 5. Auflage 2015, Kap. 5 Rn. 120; Dohr MittRhNotK 1998, 382, 392.

²⁵ Vgl. BGH NJW 1951, 959, 960; Fröhler in: Langenfeld/Fröhler, 5. Auflage 2015, Kap. 5 Rn. 120.

²⁶ R. Kössinger in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Auflage 2015, § 11 Rn. 73; Krätzel in: Firsching/Graf, Nachlassrecht, 11. Auflage 2019, § 12 Rn. 19 (zum Erbvertrag).

²⁷ BGH NJW 1964, 2056.

²⁸ BayObLG DNottZ 1996, 316, 317 f.

²⁹ Etwa Fröhler in: Langenfeld/Fröhler, 5. Auflage 2015, Kap. 5 M 187 (Seite 518);

Keim in: Keim/Lehmann, Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 4. Auflage 2019, D. 4.

³⁰ Najdecki in: Hoffmann-Becking/Gebeler, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Auflage 2019, VI Erbrecht, 8. Berliner Testament.

b) Gemeinschaftliche Änderung des Testaments

Die Errichtung eines gemeinschaftlichen Widerruftestaments in Form eines ausdrücklichen Widerrufs (§ 2254 BGB) oder durch widersprechende Verfügung in einem neuen Testament (§ 2258 Abs. 1 BGB), die mit der Fiktion des Widerrufs verbundene Rücknahme einer notariellen Verfügung von Todes wegen aus der besonderen amtlichen Verwahrung (§ 2256 i. V. m. § 2272 BGB) sowie die zum Widerruf führende Vernichtung der Testamentsurkunde (§ 2255 BGB) setzen Testierfähigkeit beider Ehegatten voraus. In Fällen, in denen die Testierunfähigkeit eines Ehegatten nicht feststeht, kann aufgrund der materiellen Beweislast (§ 2229 Abs. 4 BGB) die Errichtung eines Widerruf-/Änderungstestaments unter Beachtung der notariellen Amtspflichten (§§ 11 Abs. 1, 28 BeurkG) erwogen werden.

c) Sofortige einseitige Änderung des Testaments

Ob im Beispiel F befugt ist, bereits zu Lebzeiten ihres testierunfähigen Ehemannes (M) die Schlusserbeneinsetzung zu ändern (Änderungswunsch 1 des Beispiels), ist durch Auslegung des Änderungsvorbehalts gemäß den für die Auslegung gemeinschaftlicher Testamente geltenden Grundsätzen zu beantworten.

In vorstehendem Beispieltestamente ist die Vorbehaltsklausel – wie in der Kautelarpraxis häufiger anzutreffen – hinsichtlich des Zeitpunkts der Änderungsbefugnis nicht eindeutig: Es bleibt zu klären, ob das einseitige Abänderungsrecht erst mit dem Ableben des Erstversterbenden entsteht, sodass eine vorher getroffene Verfügung unwirksam ist, oder ob die Änderungsbefugnis auch schon zu Lebzeiten des anderen Ehegatten ausgeübt werden kann und lediglich voraussetzt, dass der abändernde Ehegatte der Überlebende ist. Das BayObLG befand zu einem Erbvertrag, in dem der Änderungsvorbehalt ähnlich dem Beispielfall formuliert war, dass dem Überlebenden eine Änderung der Schlusserbeneinsetzung noch zu Lebzeiten des Erstversterbenden jedenfalls dann gestattet sei, wenn der Erstversterbende aus gesundheitlichen Gründen auf Dauer gehindert ist, an einer solchen Änderung mitzuwirken.³¹ Der Entscheidung kann allerdings höchstens

eine Tendenz entnommen werden. Testamentauslegung erfolgt individuell. In der Literatur wird die Möglichkeit, einen wie im Beispielfall vorgesehenen Änderungsvorbehalt schon zu Lebzeiten beider Ehegatten auszunutzen, zum Teil restriktiver interpretiert.³² Ob eine Änderung der Schlusserbeneinsetzung durch F bei Ausgestaltung des Änderungsvorbehalts wie im Beispielfall bereits zu Lebzeiten von M rechtswirksam erfolgen kann, ist unsicher. Die Änderung der Erbeinsetzung des Ehemannes (M) (Änderungswunsch 2 des Beispiels) ist durch den Änderungsvorbehalt nicht umfasst.

d) Lebzeitige Übertragungen

Hier ist zunächst die Vorschrift des § 2287 Abs. 1 BGB zu beachten, wonach der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern kann, wenn der spätere Erblasser eine Schenkung in der Absicht gemacht hat, den Vertragserben zu beeinträchtigen. Die Vorschrift gilt unmittelbar zwar nur für vertragsmäßige Verfügungen in Erbverträgen, sie wird jedoch auf wechselbezügliche Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten entsprechend angewendet.³³ Bei gemeinschaftlichen Testamenten tritt der Schutz des Schlusserben erst ein, wenn die betreffende Verfügung bindend geworden ist,³⁴ spricht erst nach dem Tod des Erstversterbenden, der seinerseits nicht davor geschützt ist.

e) Änderung der Verfügungen von M

Stets ist zu beachten, dass die Verfügungen des testierunfähigen Ehegatten (etwa im Beispiel die Schlusserbeneinsetzung durch M, für den Fall, dass er der Überlebende ist) nicht aufgrund eines Änderungsvorbehalts durch den anderen Ehegatten geändert werden kann (§ 2064 BGB).

2. Gestaltungsüberlegungen

Die infolge demenzieller Erkrankungen zu erwartende Zunahme der in vorstehender Entscheidung des BayObLG beschriebenen Situation, dass beide Ehegatten leben, aber

31 BayObLG DNotZ 1996, 316 f. In diesem Zusammenhang wird zum Teil eine Entscheidung des OLG Stuttgart (BWNotZ 2019, 203 ff.), wiederum betreffend einen Erbvertrag, genannt, wobei das OLG durch Auslegung zum Ergebnis gelangte, dass die abgeänderte Verfügung nicht als vertragsmäßige, sondern als einseitige Verfügung zu werten sei, die nach den allgemeinen Vorschriften für letztwillige Verfügungen änderbar ist. Auf den Änderungsvorbehalt kam es in der Entscheidung folglich nicht mehr an.

32 Litzener in: BeckOK BGB, 53. Edition, Stand: 01.02.2020, § 2271 BGB Rn. 27:

„Enthält der Änderungsvorbehalt für den Längstlebenden oder Überlebenden keine abweichende Regelung, kann dieser die Änderung nur durch eine nach dem Tod des anderen errichtete Verfügung von Todes wegen wirksam vornehmen. Zulässig ist es aber auch, dem Überlebenden die Ausübung dieses Rechts bereits durch eine zu Lebzeiten beider errichtete Verfügung zu gestatten.“

33 Etwa BGH NJW 1976, 749; NJW 1982, 43, 44.

34 BGH NJW 1983, 1487.

einer von ihnen bis zu seinem Tode gehindert sein wird, an einer Änderung des Testaments mitzuwirken, drängt es auf, diese Situation in der Beratung anzusprechen. Sofern durch die Ehegatten hier Handlungsbedarf gesehen wird – wie dies das BayObLG annimmt –, sollten entsprechende Regelungen vorgeschlagen werden. Dabei sollte beachtet werden, dass in Ermangelung einer abweichenden Anordnung der Testierenden in einem späteren Erbscheinverfahren oder Feststellungsprozess (§ 256 ZPO) die (materielle) Beweislast bei dem sich auf das Änderungstestament Berufenden liegt. Der Änderungsvorbehalt stellt eine Änderung der gesetzlichen Regelung dar. Darüber hinaus sollte die Verwendbarkeit der unter Ausnutzung des Änderungsvorbehalts errichteten Verfügung als Erbnachweis im Grundbuchverfahren (§ 35 Abs. 1 S. 2 GBO) Berücksichtigung finden, denn das Grundbuchamt hat zu prüfen, ob die Bindungswirkung einer früheren Verfügung einer späteren entgegensteht.³⁵ Bedarf es zur Klärung dieser Frage tatsächlicher Ermittlungen, so hat das Grundbuchamt einen Erbschein zu verlangen.³⁶ Mit Blick auf vorstehende Erwägungen sollte der Änderungsvorbehalt nicht derart formuliert werden, dass die Befugnis zur Änderung auf die Testierfähigkeit des anderen Ehegatten abstellt.

a) Klarstellung betreffend den Zeitpunkt der Errichtung der Änderungsverfügung

Zunächst lässt sich der Zeitpunkt, zu dem die Änderungsverfügung errichtet werden darf, im Änderungsvorbehalt explizit formulieren: etwa, dass erst „nach dem Tode des Erstversterbenden“ oder „bereits vor dem Tode des anderen Ehegatten“ vom Änderungsvorbehalt Gebrauch gemacht werden kann. Eine Änderungsbefugnis zu Lebzeiten beider Ehegatten, die nicht an weitere Voraussetzungen – etwa geistige Einschränkungen des anderen Ehegatten – geknüpft ist, dürfte vielfach nicht dem Willen der Ehegatten entsprechen. Insoweit erscheint der Ausgangspunkt des historischen Gesetzgebers auch heute noch richtig.

b) Einschränkung eines Änderungsvorbehalts durch weitere Voraussetzungen

In der Beratungssituation wird vonseiten der Testierer zum Teil der Gedanke formuliert, dass vom Änderungsvorbehalt Gebrauch gemacht werden darf, sofern eine dritte Person mitwirkt. Zwar befand das OLG Bremen, dass die dem Ehegatten mittels eines sog. Änderungsvorbehalts wechselseitig eingeräumte Befugnis zur Abänderung wechselseitiger Verfügungen von der Zu-

stimmung eines Dritten (im konkreten Fall: eines Testamentsvollstreckers) abhängig gemacht werden kann,³⁷ jedoch erscheint zweifelhaft, ob dies mit § 2065 BGB konform ist.³⁸ Jedenfalls als Gestaltungsmittel sollte auf eine derartige Formulierung aufgrund des Erfordernisses rechtssicherer Urkunden verzichtet werden.³⁹

Mit Blick auf den zutreffenden Ausgangspunkt des OLG Bremen, dass die Befugnis zur Abänderung von den Ehegatten mit beliebigen Einschränkungen (sprich bedingt) erteilt werden kann⁴⁰ (wie auch Verfügungen von Todes wegen als solche mit Bedingungen verknüpft werden können⁴¹), darf die Änderungsbefugnis von einer objektiven, nachweisbaren Bedingung abhängig gemacht werden (Bsp.: Mitwirkung eines Notars oder Unterrichtung des anderen Ehegatten). Der das Änderungstestament beurkundende Notar kann objektive, amtlich von ihm wahrgenommene Tatsachen gemäß § 20 Abs. 1 BNotO, §§ 36 f. BeurkG beurkunden.

c) Änderung der Rechtsfolge des Widerrufs

Der Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung bewirkt a) deren Unwirksamkeit und b) über § 2270 Abs. 1 BGB auch die Ungültigkeit aller Verfügungen des anderen Ehepartners, die zur widerrufenen Verfügung in diesem Abhängigkeitsverhältnis stehen. Die Rechtsfolge des § 2270 Abs. 1 BGB ist nicht zwingend. Die Testierfreiheit erlaubt es den Ehegatten, diese Rechtsfolge abzumildern oder auszuschließen.⁴² Im Beispielfall kann die Verfügung von M gerade auch für den Fall getroffen sein, dass die Verfügung von F unwirksam wird. Die Verfügung (von M) besteht dann nach Widerruf der eigenen Verfügung von F als einseitige weiter.⁴³ Der widerrufende Ehegatte (vorliegend F) erlangt durch den Widerruf vollständige ‚Testierfreiheit‘. Diese geht somit über einen Änderungsvorbehalt, der lediglich eine Änderung innerhalb der gemeinschaftlichen Abkömmlinge ermöglicht, hinaus. Diese Gestaltungsüberlegung kann angedacht werden,

37 OLG Bremen MittBayNot 2018, 257.

38 Für Zulässigkeit: *Röhl* in: BeckOGK, Stand: 01.03.2020, § 2278 BGB Rn. 31;

S. Braun in: BeckOGK, Stand: 01.03.2020, § 2271 BGB Rn. 152; Palandt/Weidlich, 79. Auflage 2020, § 2271 BGB Rn. 21; *C. Braun* MittBayNot 2018, 257, 259; gegen Zulässigkeit: *Leipold* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 2065

BGB Rn. 17; *Gomille* in: BeckOGK, Stand: 01.03.2020, § 2065 BGB Rn. 29; *Wolffskeel v. Reichenberg* ZEV 2018, 92.

39 *C. Braun* MittBayNot 2018, 257, 259; *Wolffskeel v. Reichenberg* ZEV 2018, 92.

40 *Kanzleiter* in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 2271 BGB Rn. 56; Palandt/Weidlich, 79. Auflage 2020, § 2271 BGB Rn. 21; *Dohr* MittRhNotK 1998, 382, 392.

41 *Leipold* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 2074 BGB Rn. 1.

42 OLG München NJW-RR 2014, 1354, 1355; *Musielak* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 2270 BGB Rn. 15; *Litzenburger* in: BeckOK BGB, 52. Edition, Stand: 01.11.2019, § 2270 BGB Rn. 25; *Kanzleiter* in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 2270 BGB Rn. 6; *R. Kössinger* in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Auflage 2015, § 11 Rn. 87.

43 BGH NJW 2011, 1353, 1354.

35 BayObLG ZEV 2000, 233; OLG München RNotZ 2017, 104, 107.

36 BayObLG ZEV 2000, 233; OLG Hamm FGPrax 2001, 9; *Wilsch* in: BeckOK GBO, 38.

Edition, Stand: 01.03.2020, § 35 GBO Rn. 106.

sofern sich die Ehegatten für die Zeit freie Hand lassen, bei Lebzeiten aber gegenseitig von Testamentsänderungen unterrichtet werden wollen (nur Offenheitsprinzip). Es ist jedoch zu beachten, dass die gesetzlichen Erfordernisse eines wirksamen Widerrufs eingehalten werden müssen.

d) Formulierungsüberlegung für einen inhaltlich eingeschränkten Änderungsvorbehalt

Die nachfolgende Formulierungsüberlegung soll für das obige Beispiel eines Berliner Testaments (Einheitslösung) eine Änderungsbefugnis bereits vor dem Tod des anderen Ehegatten gewähren. Diese Änderungsbefugnis ist jedoch inhaltlich eingeschränkt und an objektive Voraussetzungen geknüpft, die gewährleisten sollen, dass der andere Ehegatte – sofern er noch testierfähig ist – von der einseitigen Änderung Kenntnis erlangt.

Jeder Ehegatte ist berechtigt, die Verfügungen auf sein Ableben, gleich ob sie auf den ersten oder auf den zweiten Erbfall getroffen sind, beliebig zu ändern oder zu ergänzen, ohne dass dadurch die Wirksamkeit der Verfügungen des anderen Ehegatten berührt wird, solange durch die abweichenden Verfügungen lediglich der heutige Ehegatte oder gemeinschaftliche Abkömmlinge bedacht werden [ggf. Aussage zur Anordnung von Testamentsvollstreckung]. Zu Lebzeiten beider Ehegatten setzt eine einseitige Änderung voraus, dass die abweichende Verfügung notariell beurkundet wird und der andere Ehegatte an der Beurkundung mitwirkt oder bei ihr zugegen ist (in allen Fällen ohne dass er testierfähig sein muss).

e) Formulierungsüberlegung für eine Änderung der Rechtsfolgen eines Widerrufs

Die nachfolgende Formulierungsüberlegung geht einerseits inhaltlich über vorstehende unter III.2.d) getätigte Überlegung hinaus. Sie schränkt den Kreis der durch eine, nach Widerruf, neue Verfügung Bedachten nicht ein. Sie bleibt andererseits hinter vorstehender Überlegung zurück, da für die Voraussetzungen eines Widerrufs die gesetzlichen Erfordernisse, insbesondere des Zugangs der Widerrufserklärung, gelten.

Der einseitige Widerruf von Verfügungen (§ 2271 BGB) führt nicht zur Unwirksamkeit der (hierzu wechselbezüglichen) Verfügungen des anderen Ehegatten. Vielmehr bleiben diese als einseitige, frei abänderbare Verfügungen bestehen. Die gilt gerade auch dann, wenn der Ehegatte, dem gegenüber widerrufen wird, testierunfähig ist.

IV. Ergebnis

Testamentsgestaltung erfolgt individuell. Eine für alle Fälle adäquate Lösung gibt es nicht. Die vorausgesagte Zunahme demenzieller Erkrankungen lässt Situationen wahrscheinlicher werden, in welchen zu Lebzeiten beider Ehegatten einer von beiden an einer Änderung eines gemeinschaftlichen Testaments nicht mehr mitwirken kann. Oftmals möchten die Ehegatten für diesen Fall des ‚intellektuellen Todes‘ eines Ehegatten dem anderen Ehegatten zumindest die Gestaltungsräume eröffnen, die sie ihm auch nach dem physischen Tod gewähren. Dies sollte dann bei der Testamentsgestaltung berücksichtigt werden.

RECHTSPRECHUNG

ERBRECHT

Ausschlagung eines Vermächtnisses

*GBO § 15 Abs. 2, § 22, § 29, § 52, § 71 Abs. 1, § 73;
BGB § 2117, § 2180, § 2197 Abs. 2; RPflG § 11 Abs. 1;
BeurkG § 8 f., § 38; FamFG § 10 Abs. 2 Nr. 3;
GNotKG § 22 Abs. 1, § 25 Abs. 1; ZPO § 440 Abs. 2*

Amtliche Leitsätze:

1. Die Ausschlagung eines Vermächtnisses, die zur Beendigung einer Testamentsvollstreckung und damit zur Unrichtigkeit eines in das Grundbuch eingetragenen Testamentsvollstreckervermerks führt, kann gegenüber dem Grundbuchamt durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Insofern gilt, dass eine notarielle Beglaubigung im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO auch dann ausreicht, wenn – wie im Zusammenhang mit § 22 GBO – durch die Erklärung der Nachweis einer besonderen Eintragungsvoraussetzung geführt werden soll.

2. Eine eidesstattliche Versicherung des Vermächtnisnehmers, dass er das Vermächtnis vor Abgabe seiner Ausschlagungserklärung nicht angenommen hat, kann im Grundbuchantragsverfahren als Beweismittel zu berücksichtigen sein.

**OLG Nürnberg (15. Zivilsenat),
Beschluss vom 04.11.2020 – 15 W 3330/20**

I. Tatbestand:

1 Der Beschwerdeführer zu 3 ist als Eigentümer des im Grundbuch des Amtsgerichts Straubing von H. geführten Grundstücks vermerkt. Er ist testamentarischer Alleinerbe der früheren Eigentümerin. Die zweite Abteilung enthält folgende Eintragung: „Testamentsvollstreckung ist angeordnet; eingetragen am 15.11.2005.“

2 Mit notariellem Überlassungsvertrag vom 16.03.2020 ließ der Beschwerdeführer zu 3 das Grundstück unentgeltlich an den Beschwerdeführer zu 1 auf und bewilligte und beantragte die Eigentumsumschreibung im Grundbuch. Darüber hinaus bewilligte und beantragte er im eigenen sowie im Namen des Testamentsvollstreckers, dem Beschwerdeführer zu 2, die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks wegen Unrichtig-

keit, „da das Grundstück wegen der Ausschlagung des Vermächtnisnehmers nicht mehr der Testamentsvollstreckung unterlieg[e] und somit dem Erben zur freien Verfügung überlassen“ worden sei. Der Testamentsvollstrecker genehmigte das Handeln in seinem Namen mit notarieller Erklärung vom 27.03.2020.

3 Mit Schreiben vom 27.04.2020 legte der Urkundsnotar den Überlassungsvertrag vor und beantragte „im Namen aller Antragsberechtigten – bei Eigentumsumschreibung jedoch nur im Namen des Erwerbers –“ den Vollzug.

4 Am 18.06.2020 wies das Amtsgericht – Grundbuchamt – Straubing unter anderem darauf hin, dass die Testamentsvollstreckung das Verfügungsrecht des Erben ausschließe. Zwar liege eine Genehmigung des Testamentsvollstreckers vor. Aber abgesehen davon, dass ein Testamentsvollstrecker keine unentgeltlichen Verfügungen vornehmen könne, habe dieser am 23.12.2005 auch erklärt, dass er seine Tätigkeit in Bezug auf das streitgegenständliche Grundstück als erledigt ansehe. Mangels Amtsinhaberschaft sei dem Testamentsvollstrecker auch eine Überlassung des Grundstücks an den Beschwerdeführer zu 3 als Erben zur freien Verfügung nicht möglich gewesen. Dass der Testamentsvollstrecker alle Aufgaben vollständig erledigt habe, sei nicht „in grundbuchrechtlicher Form“ nachgewiesen. Da im Testament Ersatzttestamentsvollstreckung angeordnet worden sei, sei die Testamentsvollstreckung nicht durch Kündigung erloschen.

5 Daraufhin legte der Urkundsnotar mit Schreiben vom 21.07.2020 eine notariell beglaubigte „Nachtragserklärung zur Urkunde (...) vom 16.03.2020“ vor. Mit dieser erklärt ein J., dass „er das in dem Testament vom 31.01.1995 (...) zu seinen Gunsten ausgesetzte Vermächtnis, nicht angenommen (...) und auch ausgeschlagen (...) und dies dem Testamentsvollstrecker (...) mit seinem Schreiben vom 21.12.2005 mitgeteilt“ habe. Dem Erbe habe „er diese Ausschlagung des Vermächtnisses mündlich mitgeteilt“. Der Erbe habe „damals die Ausschlagung des Vermächtnisses auch an- und entgegen genommen“. Darüber hinaus heißt es in der Urkunde: „Herr J. wiederholt nunmehr nochmals gegenüber dem Erben (...) gemäß § 2180 BGB dass er das vorgenannte Vermächtnis nicht angenommen hat und auch nicht annehmen wird und folglich vollinhaltlich ausschlägt.“

Nachdem ein Ersatzvermächtnisnehmer nicht bestellt wurde, steht dem Erben der (...) Grundbesitz uneingeschränkt zur freien Verfügung zu. Der Testamentsvollstreckervermerk ist daher wegen Unrichtigkeit zu löschen.“ Der „Nachtragserklärung“ beigelegt ist die notariell beglaubigte Erklärung des Beschwerdeführers zu 3 vom 20.07.2020, dass er „die Ausschlagung des Vermächtnisses (...) am 10.07.2020 erhalten und entgegengenommen“ habe.

6 Am 25.08.2020 wies das Grundbuchamt den Eintragungsantrag unter Verweis auf den Hinweis vom 18.06.2020 zurück. Es sei – so das Grundbuchamt – fraglich, ob das Vermächtnis ausgeschlagen und nicht bereits angenommen worden sei. Es fehle „an einem Nachweis in grundbuchrechtlicher Form“.

7 Mit Schreiben vom 28.09.2020 legte der Urkundsnotar Beschwerde gegen den Zurückweisungsbeschluss ein. Er ist der Auffassung, mit der Nachtragsurkunde vom 06.07.2020 sei in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen, dass der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis ausgeschlagen habe, dies vom Erben angenommen worden sei und damit die Testamentsvollstreckung, die ersichtlich nur die Vermächtniserfüllung betroffen habe, hinfällig geworden sei. Einen Ersatzvermächtnisnehmer gebe es nicht; schutzwürdige Belange anderer werden nicht beeinträchtigt. Die Voraussetzungen für eine Eigentumsumschreibung und Löschung des Testamentsvollstreckervermerks seien erfüllt.

8 Am 07.10.2020 entschied das Grundbuchamt, der Beschwerde nicht abzuweichen.

II. Aus den Gründen:

9 Das Rechtsmittel ist als unbeschränkte Beschwerde statthaft (§ 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 1 GBO) und auch im Übrigen zulässig, §§ 73, 15 Abs. 2 GBO, § 10 Abs. 2 Nr. 3 FamFG.

10 Beschwerdeführer sind die zur Antragstellung Berechtigten. Das sind diejenigen unmittelbar Beteiligten, deren dingliche Rechtsstellung durch die Eintragung einen Verlust erleidet oder einen Gewinn erfährt (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 13 Rn. 42 m. w. N.), mithin im vorliegenden Fall in Bezug auf die Eigentumsumschreibung der eingetragene Eigentümer und der (potenzielle) Erwerber sowie in Bezug auf den Testamentsvollstreckervermerk auch der durch den Eigentümer vertretene Testamentsvollstrecker.

11 Obwohl er anzugeben hat, für wen er die Beschwerde führt (BayObLG, Beschluss vom 02.08.1989 – BReg 2 Z 86/89 –, juris Rn. 13; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 15 Rn. 20), beschränkt sich der Notar im vorliegenden Fall

darauf, das Rechtsmittel einzulegen, ohne die Personen zu bezeichnen, für die er es einlegt. Fehlt eine solche Angabe, so sind – sofern sich, wie hier, aus den Umständen nichts anderes ergibt – als Beschwerdeführer alle Antragsberechtigten anzusehen (BGH, Beschluss vom 24.01.1985 – V ZB 5/84 –, juris Rn. 17; BayObLG, Beschluss vom 24.04.1985 – BReg 3 Z 30/85 –, abgedruckt in: BayObLGZ 1985, 153). Insofern ist zu berücksichtigen, dass aus § 15 GBO dem Notar kein eigenständiges Antragsrecht erwächst und somit auch keine Beschwerdebefugnis (BayObLG, Beschluss vom 02.08.1989 – BReg 2 Z 86/89 –, juris Rn. 12; OLG München, Beschluss vom 28.06.2017 – 34 Wx 421/16 –, juris Rn. 13; KG Berlin, Beschluss vom 11.02.2014 – 1 W 130/13 –, juris Rn. 9; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 15 Rn. 20). Darüber hinaus muss der Antragsberechtigte, für den ein Notar eine Beschwerde einlegt, nicht zwingend derjenige sein, in dessen Namen er den Eintragungsantrag gestellt hat (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 15 Rn. 20).

12 Die Beschwerde hat in der Sache zumindest teilweise Erfolg. Zwar liegen die Voraussetzungen für eine Löschung des Testamentsvollstreckervermerks und eine Eintragung des Eigentumsübergangs derzeit nicht vor. Der Unrichtigkeitsnachweis kann jedoch – ohne dass eine weitere Eintragungsbewilligung erforderlich wäre (dazu: *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 18 Rn. 12) – im vorliegenden Fall durch einen Erbschein ohne Testamentsvollstreckervermerk geführt werden. Darüber hinaus kommt zur Beseitigung des Eintragungshindernisses die Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung des Vermächtnisnehmers in Betracht, das Vermächtnis nicht angenommen zu haben. Beides kann Gegenstand einer Zwischenverfügung sein (BayObLG, Beschluss vom 08.06.2000 – 22 BR 29/00 –, juris). Insoweit macht der Senat von seiner Befugnis Gebrauch, es dem Grundbuchamt zu überlassen, den Antragstellern Entsprechendes durch Zwischenverfügung aufzugeben (OLG München, Beschluss vom 01.08.2013 – 34 Wx 62/13 –, juris Rn. 12; *Demharter*, 31. Aufl., § 77 Rn. 25; *Sternal* in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 77 Rn. 34; *Schmidt-Räntsch* in: Meikel, GBO, 11. Aufl., § 77 Rn. 34), Gründe, die – ausnahmsweise – eine sofortige Antragszurückweisung rechtfertigen würden (dazu: OLG München, Beschluss vom 10.06.2008 – 34 Wx 39/08 –, juris Rn. 11 f.), sind nicht ersichtlich.

13 1. Die Voraussetzungen für eine Löschung des Testamentsvollstreckervermerks liegen nicht vor.

14 a. Ein Testamentsvollstreckervermerk wird auf Antrag gelöscht, wenn der Unrichtigkeitsnachweis gemäß § 22 GBO geführt wird (KG Berlin, Beschluss vom 09.12.2014 – 1 W 266/14 –, juris Rn. 7; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 52 Rn. 27). Dies gilt auch für den Fall einer

Löschungsbewilligung des Testamentsvollstreckers, da dieser auf die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks nicht verzichten kann (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.11.2016 – 3 Wx 47/16 –, juris Rn. 17) und damit auch nicht entsprechend bewilligungsberechtigt ist, und zwar selbst dann nicht, wenn zugleich auch die Erben die Löschung bewilligen (*Munzig* in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 52 Rn. 31). Erben und Testamentsvollstrecker können die Beendigung der Testamentsvollstreckung nicht vereinbaren (*Böhringer* in: Meikel, GBO, 11. Aufl., § 52 Rn. 74).

15 b. Die Beendigung der Testamentsvollstreckung, die zur Unrichtigkeit eines entsprechenden in das Grundbuch eingetragenen Vermerks führt, ist in der Form des § 29 GBO nachzuweisen (OLG München, Beschluss vom 08.09.2005 – 32 Wx 58/05 – juris Rn. 20; *Weidlich*, Mitt-BayNot 2007, 513). Eine in öffentlich beglaubigter Form abgegebene Erklärung des Testamentsvollstreckers, dass die Testamentsvollstreckung – weshalb auch immer – erloschen sei, ist dafür aber nicht geeignet. Nach dem auch im Grundbuchverfahren geltenden § 440 Abs. 2 ZPO hat die über der beglaubigten Unterschrift stehende Schrift zwar die Vermutung der Richtigkeit für sich (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 29 Rn. 44). Diese geht im Sinne einer formellen Beweiskraft aber lediglich dahingehend, dass die Schrift den Willen desjenigen wiedergibt, der unterschrieben hat; sie erstreckt sich dagegen nicht auf die inhaltliche Richtigkeit, der darin enthaltenen tatsächlichen Angaben (*Kafka* in: BeckOK, ZPO, 38. Edition, § 440 Rn. 9; *Feskorn* in: Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 440 Rn. 1). Angesichts dessen ist es nicht relevant, ob in der Genehmigung der „Urkunde (...)“ vom 16.03.2020 durch den Testamentsvollstrecker eine solche Erklärung zu sehen ist.

16 c. Das Amt des Testamentsvollstreckers endet (ohne Niederlegung oder Anzeige) von selbst, wenn der Testamentsvollstrecker seine Aufgaben vollständig erledigt hat (BayObLG, Beschluss vom 27.11.1953 – BReg 2 Z 224/53 –, abgedruckt in: BayObLGZ 1953, 357, 360; *Klinger* in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Aufl., § 7 Rn. 60). Das ist im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, ergibt sich aber aus der Natur der Sache. Ist die Testamentsvollstreckung ausschließlich auf die Erfüllung eines Vermächtnisses beschränkt, endet diese daher bei einer Ausschlagung der/s Vermächtnisnehmer/s infolge von § 2180 Abs. 3, § 1953 Abs. 1 BGB, sofern kein Ersatzvermächtnisnehmer bestimmt ist.

17 Durch die „Nachtragserklärung“ vom 06.07.2020 und die Annahmestätigung des Beschwerdeführers zu 3 vom 20.07.2020 ist zwar in der Form des § 29 GBO nachgewiesen, dass der Vermächtnisnehmer das Ver-

mächtnis (erneut) gegenüber dem Beschwerdeführer ausgeschlagen hat. Insbesondere genügt eine notarielle Beglaubigung im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO (auch einer Wissenserklärung über einen tatsächlichen Vorgang wie der Entgegennahme von etwas) auch dann, wenn durch die Erklärung der Nachweis einer besonderen Eintragungsvoraussetzung geführt werden soll, wie dies im Zusammenhang mit § 22 GBO gerade der Fall ist (BayObLG, Beschluss vom 23.02.1995 – 22 BR 113/94 –, juris Rn. 7; Beschluss vom 15.07.1988 – BReg 2 Z 59/88 –, juris Rn. 25; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 29 Rn. 12; anders ohne nähere Begründung allerdings wohl: BayObLG, Beschluss vom 15.03.1990 – BReg 2 Z 21/90 –, abgedruckt in: DNotZ 1991, 546, 548, wonach die Beendigung einer Testamentsvollstreckung nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO nachzuweisen sei). Die rechtliche Relevanz der Ausschlagungserklärung setzt gemäß § 2180 Abs. 1 BGB aber zumindest voraus, dass das Vermächtnis nicht bereits zuvor angenommen worden ist. Insoweit gilt: An die Führung des Unrichtigkeitsnachweises im Sinne des § 22 GBO sind strenge Anforderungen zu stellen. Erforderlich ist der volle Nachweis. Ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Vielmehr hat der Antragsteller alle Möglichkeiten auszuräumen, die der Richtigkeit der begehrten Eintragung (hier in Form einer Löschung) entgegenstehen würden. Nur ganz entfernte Möglichkeiten brauchen nicht widerlegt zu werden (BayObLG, Beschluss vom 14.12.1995 – 22 BR 127/95 –, juris Rn. 15; OLG München, Beschluss vom 08.01.2020 – 34 Wx 420/19 –, juris Rn. 15; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 22 Rn. 37).

18 Auch unter Berücksichtigung dieser strengen Anforderungen kann der Nachweis einer wirksamen Ausschlagung im vorliegenden Fall allerdings geführt werden, wenn (zusätzlich) eine eidesstattliche Versicherung des Vermächtnisnehmers vorgelegt wird, die eine Erklärung zur unterbliebenen Vermächtnisannahme zum Gegenstand hat. Eine solche liegt bislang nicht vor. Insbesondere genügt die „Nachtragserklärung“ vom 16.03.2020 nicht den Anforderungen der §§ 38, 8 ff. BeurkG.

19 Hinsichtlich des Umstands, dass ein Recht nicht ausgeübt wurde, besteht im Grundbuchverfahren zwangsläufig eine Nachweislücke. Für negative Tatsachen ist – und zwar gerade auch im Zusammenhang mit Nachlassangelegenheiten – anerkannt, dass eine eidesstattliche Versicherung auch im Grundbuchantragsverfahren ausnahmsweise als Beweismittel zu berücksichtigen ist (BayObLG, Beschluss vom 08.06.2000 – 22 BR 29/00 –, juris Rn. 15 f., für die negative Tatsache, dass keine weiteren, das Erbrecht des Berufenen schmälern Abkömmlinge vorhanden sind; BayObLG, Beschluss vom 24.02.2003 – 22 BR 137/02 –, juris Rn. 12 und 15, für die

negative Tatsache, dass eine fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht vereinbart wurde). Dies gilt jedenfalls dann, wenn eine Eintragung bzw. Grundbuchberichtigung ansonsten überhaupt nicht vorgenommen werden könnte (KG Berlin, Beschluss vom 09.08.2012 – 1 W 113/11 –, juris Rn. 26). Voraussetzung ist, dass es keinen Anhaltspunkt für die Erforderlichkeit weiterer tatsächlicher Ermittlungen gibt (*Weidlich*, MittBayNot 2006, 390, 393); ferner darf es keinen vernünftigen Zweifel daran geben, dass das Nachlassgericht bei der Ermittlung im Rahmen eines Erbscheinsverfahrens zu dem gleichen Ergebnis käme wie das Grundbuchamt.

20 Der Berücksichtigung einer eidesstattlichen Versicherung des Bedachten, dass eine Annahme des Vermächtnisses unterblieben ist, steht dabei die Möglichkeit einer schlüssigen Annahme trotz der daraus resultierenden Unsicherheiten nicht entgegen (anders, im Ergebnis aber offenlassend: OLG München, Beschluss vom 09.01.2017 – 34 Wx 396/16 –, juris Rn. 27, für eine Erbschaftsausschlagung). Insofern ist zu berücksichtigen, dass an den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs deshalb strenge Anforderungen zu stellen sind, weil andernfalls am Verfahren nicht beteiligte Personen geschädigt werden könnten (BayObLG, Beschluss vom 27.07.1982 – BReg 2 Z 12/82 –, juris Rn. 31). Ein Vermächtnisnehmer, der Tatsachen, welche die wirksame Ausschlagung des Vermächtnisses begründen, an Eides statt versichert, mithin selbst davon ausgeht, dass der Anfall des Vermächtnisses an ihn als nicht erfolgt gilt, ist nicht schutzwürdig.

21 d. Ob eine schriftliche Erklärung des Testamentsvollstreckers vom 23.12.2005 gegenüber dem Nachlassgericht, er sehe infolge der Ausschlagung des Vermächtnisses sein Amt als erledigt an, als Kündigung im Sinne von § 2226 Satz 1 BGB zu werten ist (und ob dies gegebenenfalls in der Form des § 29 GBO nachgewiesen ist), kann dahingestellt bleiben. Eine Unrichtigkeit im Sinne von § 22 GBO ist nämlich nur dann gegeben, wenn die Testamentsvollstreckung insgesamt materiell-rechtlich beendet, also nicht nur ein bestimmter Testamentsvollstrecker weggefallen ist (*Munzig* in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 52 Rn. 32). Es ist zu unterscheiden zwischen dem Amt des Testamentsvollstreckers und der Testamentsvollstreckung als solcher. Insofern ist zur berücksichtigen, dass die Testamentsvollstreckung als solche mit der Kündigung des Amtes erst erlischt, wenn unter anderem keine Ersatzperson (§ 2197 Abs. 2 BGB) bestellt ist (Zimmermann, Testamentsvollstreckung, 5. Aufl. 2019, Kap. X. Rn. 829). Nach den Feststellungen des Grundbuchamts ist dies hier der Fall.

22 e. Zwar wird ein in das Grundbuch eingetragener Testamentsvollstreckervermerk durch eine Freigabeerklärung im Sinne von § 2217 BGB unrichtig, weil ein

freigegebener Nachlassgegenstand nicht mehr der Verwaltung bzw. Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers unterliegt (OLG München, Beschluss vom 31.01.2019 – 34 Wx 181/18 –, juris Rn. 28; *Munzig* in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 52 Rn. 32). Soweit der Testamentsvollstrecker am 27.03.2020 die „Urkunde (...) vom 16.03.2020“ und damit insbesondere auch die in seinen Namen abgegebene Erklärung, das Grundstück dem Erben zur freien Verfügung zu überlassen, genehmigt hat, ist darin aber keine solche Freigabe zu sehen. Denn die Regelung des § 2117 BGB setzt eine fortbestehende Testamentsvollstreckung voraus. Der Erklärung liegt hingegen aber offensichtlich die Vorstellung zugrunde, dass infolge der Ausschlagung des Vermächtnisses die Aufgabe des Testamentsvollstreckers erledigt und deshalb das Amt von selbst erloschen ist.

23 Dies entspricht – eine beschränkte Aufgabe des Testamentsvollstreckers und wirksame Ausschlagung unterstellt – der materiellen Rechtslage. Angesichts dessen ist es nicht möglich, einen der Erklärung zugrunde liegenden Willen dahingehend anzunehmen, dass – wie von § 2117 BGB vorausgesetzt – auf das Verwaltungs- und Verfügungsrecht in Bezug auf einen Nachlassgegenstand verzichtet werden soll, weil dieser zur Erfüllung der Obliegenheiten des Testamentsvollstreckers nicht (mehr) erforderlich ist.

24 2. Der beantragten Eintragung der Auflassung in das Grundbuch steht derzeit der Testamentsvollstreckervermerk entgegen.

25 a. Ein Testamentsvollstreckervermerk sperrt das Grundbuch gegen die Eintragung von Verfügungen des bzw. der Erben über das Grundstück (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.10.1962 – 3 W 285/62 –, abgedruckt in: NJW 1963, 162; OLG München, Beschluss vom 30.01.2019 – 34 Wx 181/18 –, juris Rn. 19; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 52 Rn. 17; *Zeiser* in: BeckOK, GBO, 40. Edition, 52 Rn. 41). Verfügungen des Erben können nicht eingetragen werden, weil die materiell-rechtlichen Verfügungsbeschränkungen der Erben, die mit der Testamentsvollstreckung verbunden sind, also die Entziehung der Verfügungsbefugnis mit dinglicher Wirkung (BGH, Beschluss vom 18.06.1971 – V ZB 4/71 –, juris Rn. 20), gemäß § 891 BGB auch für das Grundbuchverfahrensrecht vermutet werden (*Munzig* in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 52 Rn. 25). Eintragungsanträge, die – wie im vorliegenden Fall – auf eine Bewilligung des Erben gestützt sind, müssen zurückgewiesen werden, da der Erbe als Nichtberechtigter verfügt.

26 b. Zwar sind Verfügungen des Erben wirksam, wenn sie – wie aus § 185 Abs. 1, Abs. 2 BGB folgt – mit Einwil-

ligung oder Genehmigung des Testamentsvollstreckers vorgenommen wurden (*Imre* in: Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht, 2. Aufl., § 52 GBO Rn. 21). Dies setzt aber voraus, dass der Testamentsvollstrecker wiederum im Rahmen seiner Verfügungsbefugnis handelt, was vom Grundbuchamt zu überprüfen ist (*Munzig* in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 52 Rn. 27). Insofern ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass einem Testamentsvollstrecker in der Regel unentgeltliche Verfügungen untersagt sind, § 2205 Satz 3 BGB. Dieser Beschränkung kommt dabei dingliche Wirkung zu (*Zimmermann* in: Münchener Kommentar, BGB, 8. Aufl., § 2205 Rn. 83).

27 Unabhängig davon gilt das oben Gesagte entsprechend: Der Auslegung der Erklärung vom 27.03.2020 als Genehmigung der Verfügung des Erben vom 16.03.2020 steht entgegen, dass der Testamentsvollstrecker – weil er sein Amt infolge der Ausschlagung als erledigt und damit beendet betrachtet – sich selbst nicht als genehmigungsberechtigt ansieht. Und die Nachtragserklärung vom 16.03.2020 kann nicht als Genehmigung behandelt werden, weil der Erklärende sich – wie die Ausführungen zur Ausschlagung ergeben – nicht mehr als Vermächtnisnehmer ansieht, der von der angeordneten Testamentsvollstreckung geschützt werden soll.

Gültigkeit einer aus mehreren nicht miteinander verbundenen Texten bestehenden Niederschrift als Testament – Tischtestament

BGB § 125, § 2247

Amtlicher Leitsatz:

Mehrere miteinander nicht verbundene Texte des Erblassers erfüllen nur dann das Erfordernis einer Unterschrift im Sinne des § 2247 Abs. 1 BGB, wenn sie inhaltlich eine einheitliche Willenserklärung enthalten und die Unterschrift diese Willenserklärung abschließt. Dieser inhaltliche Zusammenhang wird nicht dadurch hergestellt, dass auf einem Tisch, auf dem mit einem Stift eine nicht unterzeichnete letztwillige Verfügung geschrieben worden ist, weitere in sich abgeschlossene und unterzeichnete letztwillige Verfügungen des Erblassers liegen.

OLG Köln (2. Zivilsenat),

Beschluss vom 23.09.2020 – 2 Wx 189/20

I. Tatbestand:

1 Herr K. B. (im Folgenden: Erblasser) verstarb zwischen dem 01.01.2019 und dem 18.01.2019. Der Erblasser war nicht verheiratet und hatte keine Kinder. Der Beteiligte zu 2) ist ein Bruder des Erblassers.

2 Der Erblasser hinterließ mehrere letztwillige Verfügungen, die am 15.04.2019 vom Nachlassgericht eröffnet worden sind. Durch zwei gleichlautende handgeschriebene und unterschriebene Testamente vom 03.07.2015 hat der Erblasser seinen Bruder, den Beteiligten zu 2), als seinen Alleinerben eingesetzt (Bl. 3, 7 d. Testamentsakte 30 IV 105/19). Auf einem dieser beiden Schriftstücke hat der Erblasser unter der Verfügung vom 03.07.2015 eine weitere handgeschriebene und unterschriebene letztwillige Verfügung vom 01.03.2018 errichtet, worin er verfügt hat, dass sein Bruder „von mir nicht mehr erbberechtigt“ ist und dass er „keinen Zent erbt“ (Bl. 3 d. Testamentsakte 30 IV 105/19). Auf der Rückseite dieses Schriftstücks hat der Erblasser handgeschrieben und unterschrieben verfügt, dass das „Testament für H. B. nicht mehr gültig ist.“ Diese Verfügung weist das Datum 23.04.2017 oder 23.04.2018 auf. Insofern ist entweder die „7“ über die „8“ geschrieben worden oder umgekehrt die „8“ über die „7“.

3 Auf die Tischplatte eines Holztisches in seinem Haus hat der Erblasser mit Filzstift Folgendes geschrieben (Foto, Bl. 4 d. Testamentsakte 30 IV 105/19):

„Testament Köln 22. April 2017

B. E. A.

geb. ... in Columbia ist alleinige Erbin meines ganzen Vermögens.

Telefon ...“

4 Eine Unterschrift befindet sich auf der Tischplatte nicht. Neben dem niedergeschriebenen Text auf der Tischplatte lag am 02.02.2019, zum Zeitpunkt des Aufsuchens der Wohnung des Erblassers durch den Polizeibeamten KHK M., das Schriftstück, auf dem sich die letztwilligen Verfügungen vom 03.07.2015, vom 01.03.2018 und vom 23.04.2017 bzw. 23.04.2018 befinden (s.o., Bl. 3 d. Testamentsakte.).

5 Mit notarieller Urkunde vom 11.02.2020 – UR.Nr. 114/2020 des Notars Sch. – hat die Beteiligte zu 1) die Erteilung eines Alleinerbscheins beantragt (Bl. 93 ff. d.A.). Sie hat vorgetragen, dass sie durch das „Tischtestament“ vom 22.04.2017 als Alleinerbin eingesetzt worden sei. Das „Tischtestament“ weise zwar keine Unterschrift des Erblassers auf. Allerdings würden die übrigen Einzeltestamente, die allesamt auf dem Tisch gelegen hätten, die Unterschrift des Erblassers tragen. Sämtliche Testamente seien in einem Gesamtzusammenhang zu sehen. So seien das „Tischtestament“ vom 22.04.2017

und das Testament vom 23.04.2017/18 in einem engen „zeitlichen Zusammenhang“ errichtet worden. Es bestehe auch ein „räumlicher Zusammenhang“, weil alle Testamente auf dem Tisch gelegen hätten. Auch das Gesamtarrangement beim Auffinden der Testamente spreche für die Zusammengehörigkeit des „Tischtestaments“ und des Testaments vom 23.04.2017/18. Es bestehe auch ein inhaltlicher Zusammenhang, weil die Einsetzung der Antragstellerin die Enterbung des Bruders zur Folge habe. Auch die Abschlussfunktion der Unterschrift sei gewahrt, weil das Testament vom 23.04.2017/18 unmittelbar neben dem „Tischtestament“ vom 22.04.2017 gelegen habe.

6 Durch am 25.05.2020 erlassenen Beschluss hat das Nachlassgericht den Antrag der Beteiligten zu 1) auf Erteilung eines Alleinerbscheins zurückgewiesen (Bl. 126 ff. d.A.). Zur Begründung hat es ausgeführt, dass das Testament vom 22.04.2017 mangels Unterschrift des Erblassers nicht formwirksam errichtet worden sei. Ein engerer Zusammenhang zwischen dem Testament vom 22.04.2017 und dem Testament vom 23.04.2017/18 bestehe nicht. Bezüglich der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des am 25.05.2020 erlassenen Beschlusses Bezug genommen. Durch Beschluss vom 03.07.2020 hat das Nachlassgericht das Rubrum des Beschlusses vom 25.05.2020 wegen einer offenbaren Unrichtigkeit berichtigt (Bl. 152 ff. d.A.).

7 Gegen den am 25.05.2020 erlassenen Beschluss hat die Beteiligte zu 1) mit am 26.06.2020 beim Amtsgericht Köln eingegangenen Schriftsatz vom 23.06.2020 Beschwerde eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 07.08.2020, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird (Bl. 172 ff. d.A.), begründet.

8 Durch am 19.08.2020 erlassenen Beschluss hat das Nachlassgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 1767 f. d.A.).

► II. Aus den Gründen:

9 Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

10 Das Nachlassgericht hat den Antrag der Beteiligten zu 1) auf Erteilung eines Alleinerbscheins zu Recht und mit zutreffender Begründung, der sich der Senat anschließt, zurückgewiesen.

11 Die letztwillige Verfügung vom 22.04.2017, auf die die Beteiligte zu 1) ihren Antrag stützt, ist gem. § 125 BGB nichtig, weil sie nicht der gesetzlich vorgeschriebenen Form entspricht. Nach §§ 2231 Nr. 2, 2247 Abs. 1 BGB kann der Erblasser ein privatschriftliches Testa-

ment durch eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichten. Hier hat der Erblasser das Testament auf der Tischplatte zwar mit der Hand geschrieben. Es ist auch unerheblich, dass er das Testament nicht – wie üblich – auf Papier, sondern auf eine Tischplatte geschrieben hat, weil es auf das Material nicht ankommt, sofern der Text – wie hier – stofflich manifestiert ist. Es fehlt indes an der Unterschrift. Die Unterzeichnung hat grundsätzlich am Schluss der Urkunde zu erfolgen. Sie soll das Testament räumlich abschließen, um spätere Zusätze auszuschließen. Die Unterschriftsleistung ist zwingendes Gültigkeitserfordernis, von dem aus Gründen der Rechtssicherheit nicht abgegangen werden kann. Sie garantiert die Ernstlichkeit der letztwilligen Verfügung. Nur die Unterschrift gibt die Gewähr für den Abschluss des Testaments durch den Erblasser (Senat, Beschluss vom 14.02.2014 – 2 Wx 299/13, FGPrax 2014, 123, 124; Palandt/*Weidlich*, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2247 Rn. 10, 11 m.w.N.). Hieran fehlt es jedoch im vorliegenden Fall. Eine Unterschrift befindet sich auf der Tischplatte nicht.

12 Die beiden letztwilligen Verfügungen vom 22.04.2017 und 23.04.2017/18 sind auch nicht als einheitliches aus zwei zusammengehörenden Texten bestehendes Testament anzusehen mit der Folge, dass die Unterschrift unter dem Text auf dem Testament vom 23.04.2017 bzw. 2018 auch als Unterzeichnung des handgeschriebenen Textes auf der Tischplatte anzusehen ist. Grundsätzlich ist es allerdings unschädlich, wenn eine Niederschrift auf mehreren, miteinander nicht verbundenen Blättern erfolgt, sofern diese inhaltlich zusammenhängen (Senat, aaO, m.w.N.). In einem solchen Fall ist nur eine einmalige Unterschrift erforderlich, die sich auf dem letzten Blatt befinden muss (Senat, aaO; BayObLGZ 1970, 173, 178; FamRZ 1988, 1211, 1212; FamRZ 1991, 370, 371; OLG Karlsruhe NJW-RR 2003, 653; OLG München ZEV 2006, 33; OLG Hamm DNotZ 2011, 702, 703). Die einzelnen Blätter müssen aber inhaltlich ein Ganzes sein (z. B. durch Nummerierung und fortlaufenden Text, LG München I FamRZ 2004, 1905) und eine einheitliche Willenserklärung enthalten, die im Regelungsinhalt auch widersprüchlich sein kann, sofern der textliche Zusammenhang unzweifelhaft ist (BGH NJW 1974, 1083; BayObLG FamRZ 1991, 371; OLG Zweibrücken FamRZ 1998, 581; OLG Karlsruhe ZNotP 2003, 194, 196; Palandt/*Weidlich*, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2247 Rn. 11). Hier fehlt es indes bereits an dem inhaltlichen Zusammenhang der beiden Texte. Sie sind inhaltlich kein Ganzes. Sie sind weder nummeriert noch enthalten sie einen fortlaufenden Text. Sie enthalten vielmehr jeweils für sich ein vollständiges Testament. Es ist in keiner Weise ersichtlich, dass der Inhalt eines der beiden Testamente

den Inhalt des anderen Testaments ergänzt, konkretisiert oder fortführt. Dies gilt im Übrigen auch für die weiteren Testamente, die sich auf der Tischplatte befunden haben sollen.

13 Gegen ein einheitliches aus zwei oder mehreren zusammenhängenden Texten bestehendes Testament sprechen darüber hinaus aber das unterschiedliche Material, auf denen die verschiedenen Texte geschrieben worden sind, sowie die fehlende Verbindung dieser unterschiedlichen Materialien. Daher ist schon nach dem äußeren Erscheinungsbild in keiner Weise erkennbar, dass die Testamente auf den Schriftstücken mit dem Testament auf der Tischplatte über den Umstand hinaus, dass es sich jeweils um Verfügungen von Todes wegen handelt, in irgendeinem weiteren engen Zusammenhang zueinanderstehen könnten. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die auf Papier gefertigten Testamente Tage nach dem Tod des Erblassers nur deshalb auf dem Schreibtisch vorgefunden wurden, weil Testamente üblicherweise an einem Schreibtisch oder sonstigen Tisch geschrieben und dort vorübergehend auch abgelegt werden. Dass die Testamente auf dem Schreibtisch lagen, dürfte daher entweder auf einem Zufall oder darauf beruhen, dass der Erblasser wollte, dass die auf Papier gefertigten Testamente auch aufgefunden werden. Schließlich musste auch der Erblasser davon ausgehen, dass ein etwaiges „Arrangement“ aller Testamente auf dem Schreibtisch jederzeit – sei es durch einen Windstoß bei Durchzug in der Wohnung oder das bloße Aufnehmen und Lesen durch irgendeine Person – hätte zerstört werden können. Denn dass die Wohnung nach seinem Tod von einem Polizeibeamten betreten und ihr Zustand – auch durch Fotos – dokumentiert würde, konnte der Erblasser nicht ahnen. Daher hätte der Erblasser, wenn er das Testament auf der Tischplatte tatsächlich und endgültig gewollt hätte, nicht andere unterschriebene Schriftstücke neben den Text auf der Tischplatte gelegt, sondern diesen Text unterschrieben.

Vorlage an den Europäischen Gerichtshof zur Unzuständigkeitserklärung sowie Bindungswirkung einer Unzuständigkeitserklärung

EuErbVO Art. 6, Art. 7, Art. 22; AEUV Art. 267 Abs. 2

Dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) werden gemäß Art. 267 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in der Fas-

sung vom 7.6.2016 (Abl. C 202, 164) zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist für eine Unzuständigkeitserklärung des zuvor angerufenen Gerichts nach Art. 7 lit. a EuErbVO erforderlich, dass sich dieses Gericht ausdrücklich für unzuständig erklärt oder kann auch eine nicht ausdrückliche Erklärung genügen, wenn ihr durch Auslegung zu entnehmen ist, dass dieses Gericht sich für unzuständig erklärt hat?

2. Ist das Gericht des Mitgliedsstaates, dessen Zuständigkeit sich aus einer Unzuständigkeitserklärung des zuvor angerufenen Gerichts des anderen Mitgliedstaates ergeben soll, befugt zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Entscheidung des zuvor angerufenen Gerichts nach Art. 6 lit. a und Art. 7 lit. a EuErbVO vorlagen? In welchem Umfang ist die Entscheidung des zuvor angerufenen Gerichts bindend? Insbesondere:

a) Ist das Gericht des Mitgliedsstaates, dessen Zuständigkeit sich aus einer Unzuständigkeitserklärung des zuvor angerufenen Gerichts des anderen Mitgliedstaates ergeben soll, befugt zu prüfen, ob der Erblasser das Recht des Mitgliedstaates wirksam nach Art. 22 EuErbVO gewählt hat?

b) Ist das Gericht des Mitgliedsstaates, dessen Zuständigkeit sich aus einer Unzuständigkeitserklärung des zuerst angerufenen Gerichts des anderen Mitgliedstaates ergeben soll, befugt zu prüfen, ob bei dem zuvor angerufenen Gericht ein Antrag einer Verfahrenspartei nach Art. 6 lit. a EuErbVO auf Erklärung der Unzuständigkeit gestellt worden war?

c) Ist das Gericht des Mitgliedsstaates, dessen Zuständigkeit sich aus einer Unzuständigkeitserklärung des zuerst angerufenen Gerichts des anderen Mitgliedstaates ergeben soll, befugt zu prüfen, ob das zuvor angerufene Gericht mit Recht angenommen hat, dass die Gerichte des Mitgliedstaats des gewählten Rechts in der Erbsache besser entscheiden können?

3. Sind Art. 6 lit. a und Art. 7 lit. a EuErbVO, die eine Rechtswahl „nach Art. 22“ voraussetzen, auch dann anwendbar, wenn in einer vor dem 17.8.2015 errichteten letztwilligen Verfügung keine ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl des Erblassers getroffen worden ist, sondern sich das auf die Rechtsnachfolge anwendbare Recht nur aus Art. 83 Abs. 4 EuErbVO ergeben kann?

OLG Köln, Beschl. v. 28.8.2020 – 2 Wx 107/20

I. Zum Sachverhalt:

1 In einem vorangegangenen Verfahren hatte die Bet. zu 1., die Ehefrau des Erblassers, mit notariell beurkun-

detem Antrag vom 23.3.2017 bei dem AG Düren auf der Grundlage eines Testaments vom 14.6.1990 die Erteilung eines Alleinerbscheins und eines Europäischen Nachlasszeugnisses beantragt. Das eingereichte Testament ist handschriftlich in deutscher Sprache errichtet und hat folgenden Wortlaut:

2 „Testament der Eheleute

L. G., geb. 13.10.1948, und

L., R., geb. B., geb. 17.9.1944.

Mit diesem Testament setzen sich die Eheleute L. G. und R.

gegenseitig zum Alleinerben ein.

T., den 14.6.1990

-Unterschrift Ehemann

-Unterschrift Ehefrau-“

3 Dem damaligen Antrag war der Beteiligte zu 2., der Bruder des Erblassers, entgegengetreten; insbesondere hatte er ausdrücklich die internationale Zuständigkeit des AG gerügt.

4 Mit Beschluss vom 20.12.2017 hatte der Nachlassrichter des AG Düren die zur Erteilung des beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet.

5 Auf die Beschwerde des Bet. zu 2 hatte der Senat mit Beschluss vom 4.7.2018 den Beschluss des AG Düren vom 20.12.2017 aufgehoben und das AG Düren für unzuständig erklärt. Zur Begründung hatte der Senat ausgeführt:

6 „Der Feststellungsbeschluss des AG unterliegt der Aufhebung, und das AG ist nach Art. 15 EuErbVO für unzuständig zu erklären, weil es an der internationalen Zuständigkeit der deutschen NachlassG für das vorliegende Erbscheinsverfahren mangelt. Die internationale Zuständigkeit ist im Beschwerdeverfahren zu prüfen, weil § 65 Abs. 4 FamFG nicht die internationale Zuständigkeit erfasst; diese unterliegt in vollem Umfang der Überprüfung durch das BeschwerdeG (BGH FGPrax 2010, 129; Keidel/Sternal FamFG, 19. Aufl., § 65 Rn. 18a mwN).

7 Die internationale Zuständigkeit der deutschen NachlassG kann nicht auf § 105 iVm § 343 Abs. 2, 3 FamFG gestützt werden. Die entsprechende, an die örtliche Zuständigkeit anknüpfende Regelung ist nicht mit Art. 4 EuErbVO vereinbar, weil sich die in der Verordnung geregelte internationale Zuständigkeit – auch – auf nationale Nachlasszeugnisse wie den Erbschein deutschen Rechts bezieht.

8 In dem nach Erlass der angefochtenen Entscheidung des AG ergangenen Urteil des EuGH vom 21.6.2018 – C-20/17, (juris Tz. 576f.) ist ausgeführt: „Die Auslegung von Art. 4 der Verordnung, wonach diese Bestimmung die internationale Zuständigkeit der Gerichte der Mit-

gliedstaaten für die Verfahren zur Ausstellung der nationalen Nachlasszeugnisse festlegt, wirkt im Interesse einer geordneten Rechtspflege innerhalb der Union auf die Verwirklichung dieses Ziels hin, indem sie die Gefahr von Parallelverfahren vor den Gerichten der verschiedenen Mitgliedstaaten sowie von daraus resultierenden Widersprüchen einschränkt. Hingegen wäre die Erfüllung der mit der Verordnung Nr. 650/2012 angestrebten Zwecke beeinträchtigt, wenn in einer Konstellation wie im Ausgangsverfahren die Bestimmungen des Kapitels II der Verordnung, insbesondere ihr Art. 4, dahin ausgelegt würden, dass sie nicht die internationale Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte für die Verfahren zur Ausstellung der nationalen Nachlasszeugnisse regeln.“

9 Die Entscheidung des EuGH ist zwar zu einem Fall ergangen, in welchem die internationale Zuständigkeit (des AG Schöneberg) nach § 105 iVm § 343 Abs. 3 FamFG in Rede stand. Nach den vom EuGH angeführten Grundsätzen steht Art. 4 EUerbVO aber auch einer internationalen Zuständigkeit der deutschen NachlassG auf der Grundlage des § 105 iVm § 343 Abs. 2 FamFG entgegen. Eine mit Art. 4 der Verordnung nicht vereinbare Regelung der internationalen Zuständigkeit beinhaltet ebenso § 105 iVm § 343 Abs. 2 FamFG. Denn diese Regelung knüpft an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Inland an, während Art. 4 EUerbVO auf den gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt des Todes abstellt. Die Gefahr von Parallelverfahren vor Gerichten verschiedener Mitgliedsstaaten wird durch die Anknüpfung der internationalen Zuständigkeit an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Inland ebenso hervorgerufen wie durch die Anknüpfung an die Voraussetzungen des § 343 Abs. 3 FamFG.

10 Nach Art. 4 EUerbVO sind für Entscheidungen in Erbsachen für den gesamten Nachlass die Gerichte des Mitgliedsstaates zuständig, in dessen Hoheitsgebiet der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Unter Zugrundelegung der Angaben der Ast. hatte der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt nicht in Deutschland, sondern in Spanien. Denn er hat sich lediglich noch zu einer Heilbehandlung im Jahre 2015 einige Wochen lang in Deutschland aufgehalten, ansonsten die übrige Zeit in Spanien, wo die Eheleute eine Immobilie hatten.“

11 In der Folge erwirkte die Bet. zu 1 einen Beschluss des Ermittlungsgerichts No. 3 in E. (Spanien) vom 29.4.2019. Darin heißt es in deutscher Übersetzung unter anderem:

12 „Verfügungsteil

Auf Antrag der betreibenden Partei verfüge ich, auf die Entscheidung in diesem Verfahren zu verzichten, da die Gerichte des Staates Deutschland besser in der Lage

sind, über den Nachlass zu entscheiden, und aufgrund der praktischen Umstände, wie dem gewöhnlichen Wohnsitz der betreffenden Partei in dieser Sache und dem Standort des wesentlichen Teils des Nachlasses.“

13 Mit notariellem Schreiben vom 29.8.2019 hat die Bet. zu 1. bei dem AG Düren unter erneuter Vorlage des am 23.3.2017 notariell beurkundeten Antrages die Erteilung eines Alleinerbscheins sowie eines Europäischen Nachlasszeugnisses beantragt. Nachgereicht hat sie den vorgenannten Beschluss des spanischen Gerichts. Dem Antrag ist wiederum der Bet. zu 2 entgegengetreten.

14 Mit Beschluss vom 19.2.2020 hat das AG Düren die Tatsachen, die zur Begründung des Antrages erforderlich sind, für festgestellt erachtet. Zur internationalen Zuständigkeit hat es ausgeführt, das AG Düren sei aufgrund der Entscheidung des spanischen Bezirksgerichts gemäß Art. 6 lit. a EuErbVO zuständig. Gegen diesen Beschluss hat der Bet. zu 2 Beschwerde eingelegt.

► **II. Aus den Gründen:**

15 II. Unter Aussetzung des Beschwerdeverfahrens ist gemäß Art. 267 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen. Die Entscheidung über die Beschwerde hängt von der – weder offenkundigen noch bereits geklärten – Beantwortung der vorgelegten Fragen ab.

16 Die Beschwerde hätte ohne Weiteres Erfolg und würde zur Aufhebung des angegriffenen Feststellungsbeschlusses des AG Düren vom 19.2.2020 führen, wenn die deutschen NachlassG für die Entscheidung über den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins international nicht zuständig wären. Im Verhältnis zwischen Spanien und Deutschland richtet sich die internationale Zuständigkeit der NachlassG nach der EuErbVO. Da der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt vor seinem Tod am 9.3.2017 in Spanien hatte, sind gemäß Art. 4 EuErbVO für in Entscheidungen in Erbsachen für den gesamten Nachlass die Gerichte in Spanien und nicht die deutschen NachlassG international zuständig, wie der Senat mit Beschluss vom 4.7.2018 (2 Wx 222/18) im vorangegangenen Verfahren 80 VI 556/17 AG Düren entschieden hat. Damit hängt die internationale Zuständigkeit des jetzt von der Bet. zu 1 erneut angerufenen deutschen NachlassG davon ab, ob es sich bei der im vorliegenden Erbschaftssache ergangenen späteren Entscheidung des spanischen Gerichts vom 29.4.2019

um eine wirksame Unzuständigkeitserklärung im Sinne des Art. 7 lit. a iVm Art. 6 lit. a EuErbVO handelt.

17 1. Art. 7 lit. a EuErbVO setzt nach seinem Wortlaut in der deutschen Fassung „Die Gerichte eines Mitgliedstaats, dessen Recht der Erblasser nach Art. 22 gewählt hat, sind für die Entscheidung in einer Erbsache zuständig, wenn a) sich ein zuvor angerufenen Gericht nach Art. 6 in derselben Sache für unzuständig erklärt hat.“ eine Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO sowie eine Unzuständigkeitserklärung des zuvor angerufenen Gerichts in derselben Sache voraus. Ausdrücklich hat sich das spanische Ermittlungsgericht Nr. 3 in Estepona nicht für unzuständig erklärt. Vielmehr hat das spanische Gerichts in seinem Beschluss vom 29.4.2019 im Verfügungsteil entschieden, „auf die Entscheidung in diesem Verfahren zu verzichten“ in deutscher Sprache bzw. „abstenerme de conocer,..., de las presentes actuaciones“. Daher stellt sich die Frage, ob für die Begründung der internationalen Zuständigkeit eines Mitgliedstaats nach Art. 7 EuErbVO erforderlich ist, dass sich das zuvor angerufenen Gericht ausdrücklich (wörtlich) für unzuständig erklärt, oder ob es genügt, wenn eine Auslegung der Entscheidung dieses Gerichts durch das danach angerufene Gericht ergeben kann, dass sich das zuvor angerufene Gericht für unzuständig erklären wollte.

18 2. Sodann stellt sich die Frage, ob und welche Vorfragen das Gericht des Mitgliedsstaates, dessen Zuständigkeit sich aus Art. 7 lit. a EuErbVO ergeben soll, in eigener Zuständigkeit eine Unzuständigkeitserklärung eines zuvor angerufenen Gerichts noch überprüfen darf oder ob – gegebenenfalls in welchem Umfang – eine Bindungswirkung der Entscheidung des zuvor angerufenen Gerichts besteht:

19 Dies betrifft die Fragen, ob – wie Art. 6 und Art. 7 EuErbVO voraussetzen – der Erblasser eine Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO getroffen hat, ob bei dem zuvor angerufenen Gericht ein Antrag einer Verfahrenspartei nach Art. 6 lit. a EuErbVO auf Erklärung der Unzuständigkeit gestellt worden war, und ob das zuvor angerufene Gericht mit Recht angenommen hat, dass die Gerichte des Mitgliedstaats des gewählten Rechts in der Erbsache besser entscheiden können (Art. 6 lit. a EuErbVO).

20 3. Sodann stellt sich die Frage, ob Art. 6 lit. a und Art. 7 lit. a EuErbVO über den Wortlaut hinaus auch dann anwendbar sind, wenn keine ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl des Erblassers (Art. 22 EuErbVO bzw. Art. 83 Abs. 2 EuErbVO) vorliegt, sondern sich das anwendbare Recht eines Mitgliedstaats aus Art. 83 Abs. 4 EuErbVO ergeben kann.

FAMILIENRECHT

Betreuerbestellung und Vorsorgevollmacht

BGB § 104 Nr. 2, § 1896 Abs. 2; FamFG § 26

Amtliche Leitsätze:

1. Kann die Unwirksamkeit einer Vorsorgevollmacht nicht positiv festgestellt werden, bleibt es bei der wirksamen Bevollmächtigung (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 3. Februar 2016 – XII ZB 425/14 – FamRZ 2016, 701). (Rn. 13)
2. Die Frage, ob der Betroffene im Zeitpunkt der Vollmachterteilung nach § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig war, hat das Gericht nach § 26 FamFG von Amts wegen aufzuklären. Dabei ist die Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB kein medizinischer Befund, sondern ein Rechtsbegriff, dessen Voraussetzungen das Gericht unter kritischer Würdigung des Sachverständigengutachtens festzustellen hat. (Rn. 14 und 18)

BGH (XII. Zivilsenat),

Beschluss vom 29.07.2020 – XII ZB 106/20

I. Tatbestand:

- 1 Der Betroffene leidet unter anderem an einer kognitiven Störung im Rahmen einer vaskulären Enzephalopathie bei ausgedehnter cerebraler Mikroangiographie. Am 30. September 2015 erteilte er der Beteiligten zu 3 eine notariell beurkundete General- und Vorsorgevollmacht, die er am 15. Januar 2018 widerrief. Am 9. März 2018 erteilte der Betroffene seinem Sohn, dem Beteiligten zu 2, eine notariell beurkundete General- und Vorsorgevollmacht.
- 2 Auf Anregung der Beteiligten zu 3 hat das Amtsgericht im März 2018 ein Betreuungsverfahren eingeleitet. Nach Einholung eines Sachverständigengutachtens zu den medizinischen Voraussetzungen einer Betreuung und der persönlichen Anhörung des Betroffenen hat das Amtsgericht den Beteiligten zu 1 zum Berufsbetreuer mit dem Aufgabenkreis Gesundheitssorge, Vermögenssorge, Rechts-, Antrags- und Behördenangelegenheiten sowie Widerruf der den Kindern des Betroffenen erteilten Vollmachten bestellt. Zudem hat es einen Einwilligungsvorbehalt für den Bereich der Vermögenssorge angeordnet.
- 3 Gegen diese Entscheidung haben der Betroffene mit dem Ziel einer Aufhebung der Betreuung und die Beteiligten zu 3 mit dem Ziel, selbst zur Betreuerin bestellt zu

werden, Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat ein ergänzendes Gutachten der Sachverständigen eingeholt und die Notare, die die Vollmachten beurkundet haben, sowie die Hausärztin des Betroffenen als Zeugen vernommen. Nach Anhörung des Betroffenen und der mündlichen Erläuterung der Gutachten durch die Sachverständigen hat das Landgericht die amtsgerichtliche Entscheidung ersatzlos aufgehoben. Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 3 mit der Rechtsbeschwerde.

II. Aus den Gründen:

- 4 Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.
- 5 1. Das Landgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:
- 6 Die Einrichtung einer Betreuung sei nicht erforderlich, weil der Betroffene dem Beteiligten zu 2 wirksam eine notariell beurkundete General- und Vorsorgevollmacht erteilt habe, die nicht widerrufen worden sei. Es könne nicht ausreichend sicher festgestellt werden, dass der Betroffene bei der Erteilung dieser Vollmacht geschäftsunfähig gewesen sei.
- 7 Zwar gehe die Sachverständigen davon aus, dass der Betroffene zum maßgeblichen Zeitpunkt im März 2018 keine wirksamen Vollmachten habe erteilen können, weil er aufgrund seiner kognitiven Einschränkungen nicht in der Lage gewesen sei, die Folgen einer Generalvollmacht abzuschätzen. Die Ausführungen der Sachverständigen in ihrem Gutachten, ihrem Ergänzungsgutachten und anlässlich der mündlichen Erläuterung ihrer Gutachten könnten jedoch nicht überzeugen.
- 8 Maßgeblich für die von der Einschätzung der Sachverständigen abweichende Beurteilung sei vor allem, dass die Sachverständigen nach der Komplexität des Geschäfts differenziere, indem sie eine Geschäftsfähigkeit des Betroffenen für Geschäfte mit einem überschaubaren finanziellen Inhalt bejahe, jedoch die Geschäftsfähigkeit für das Erteilen einer Generalvollmacht in einer unübersichtlich geregelten finanziellen Situation verneine. Eine solche partielle Geschäftsfähigkeit, die nach dem Schwierigkeitsgrad des Geschäfts differenziere, sei für den Begriff der Geschäftsfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB nicht anerkannt. Zudem sei die Begründung der Sachverständigen nicht hinreichend konsistent.
- 9 Die Vermutung der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen zum Zeitpunkt der Vollmachterteilung lasse sich auch nicht durch die Aussagen der vernommenen Notare widerlegen, die sich bei den Beurkundungsterminen von der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen jeweils ein persönliches Bild gemacht hätten. Aus deren Aussagen ließen sich keine Anhaltspunkte für eine fehlende Geschäfts-

fähigkeit des Betroffenen entnehmen. Der Aussage der als Zeugin vernommenen Ärztin Z. seien ebenfalls keine hinreichend sicheren Anknüpfungspunkte für eine Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen zum Zeitpunkt der Vollmachterteilung zu entnehmen gewesen. Schließlich hätten sich auch aus der Anhörung des Betroffenen keine ausreichenden Hinweise für eine fehlende Geschäftsfähigkeit ergeben.

10 Von der Einholung eines weiteren Sachverständigen-gutachtens sei abzusehen, weil es ausgeschlossen erscheine, dass ein neu zu bestellender Sachverständige in der Lage sein könnte, angesichts des zwischenzeitlich eingetretenen Zeitablaufs gesicherte Aussagen zu dem Geisteszustand des Betroffenen zum Zeitpunkt der Vollmachterteilung im März 2018 zu treffen.

11 Da die Einrichtung einer Betreuung damit nicht erforderlich sei, könne die Beteiligte zu 3 auch nicht zur Betreuerin bestellt werden. Für die Bestellung eines Kontrollbetreuers sei ebenfalls kein Raum. Konkrete Umstände, die die Bestellung eines Kontrollbetreuers rechtfertigen könnten, seien nicht ersichtlich.

12 2. Dies hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand. Das Landgericht ist in rechtlich nicht zu beanstandender Weise zu dem Ergebnis gelangt, dass die von dem Betroffenen zugunsten des Beteiligten zu 2 erteilte General- und Vorsorgevollmacht vom 9. März 2018 wirksam ist, weil es nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen konnte, dass der Betroffene zu diesem Zeitpunkt geschäftsunfähig war.

13 a) Nach § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB darf ein Betreuer nur bestellt werden, soweit die Betreuerbestellung erforderlich ist. An der Erforderlichkeit fehlt es, soweit die Angelegenheiten des Betroffenen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können (§ 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB). Eine Vorsorgevollmacht steht daher der Bestellung eines Betreuers grundsätzlich entgegen. Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Erteilung der Vollmacht unwirksam war, weil der Betroffene zu diesem Zeitpunkt geschäftsunfähig i.S.v. § 104 Nr. 2 BGB war, steht die erteilte Vollmacht einer Betreuerbestellung nur dann nicht entgegen, wenn die Unwirksamkeit der Vorsorgevollmacht positiv festgestellt werden kann (vgl. Senatsbeschlüsse vom 2. August 2017 – XII ZB 502/16 – FamRZ 2017, 1777 Rn. 9 mwN und vom 3. Februar 2016 – XII ZB 425/14 – FamRZ 2016, 701 Rn. 11).

14 Die Frage, ob der Betroffene im Zeitpunkt der Vollmachterteilung nach § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig war, hat das Gericht nach § 26 FamFG von Amts wegen aufzuklären. Dabei entscheidet grundsätzlich der Tatrichter über Art und Umfang seiner Ermittlungen nach pflichtgemäßem Ermessen (Senatsbeschluss vom 2. August 2017 – XII ZB 502/16 – FamRZ 2017, 1777 Rn. 9 mwN). In-

soweit bedarf es deshalb nicht zwingend einer förmlichen Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigen-gutachtens nach § 280 Abs. 1 FamFG. Bedient sich der Tatrichter jedoch sachverständiger Hilfe, obliegt ihm die Aufgabe, das Gutachten sorgfältig und kritisch zu überprüfen. Dies berechtigt ihn allerdings nicht, die sachverständigen Äußerungen ohne ausreichende Begründung beiseite zu schieben. Vielmehr muss das Gericht, wenn es einem Gutachten nicht folgen will, seine abweichende Überzeugung begründen. Die Begründung muss erkennen lassen, dass die Beurteilung nicht von einem Mangel an Sachkunde beeinflusst ist. Sie ist im Rechtsbeschwerdeverfahren darauf zu überprüfen, ob das Gericht sich mit der Aussage des Gutachters hinreichend auseinandergesetzt und seine dazu erforderliche Sachkunde ausreichend dargetan hat. Weil der Sachverständige gerade zu dem Zweck hinzugezogen wird, dem Gericht die ihm auf dem medizinischen Spezialgebiet fehlenden Kenntnisse zu vermitteln, muss das Gericht sorgfältig prüfen, ob es seine Zweifel an dem Gutachten ohne weitere sachkundige Hilfe zur Grundlage seiner Entscheidung machen kann, etwa weil es bereits durch die ihm vom Sachverständigen vermittelte sachliche Information dazu befähigt worden ist. Fehlt es hieran und verschließt sich das Gericht der Notwendigkeit, zur Klärung seiner Bedenken den Sachverständigen zu einer Ergänzung oder mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu veranlassen oder einen weiteren Sachverständigen zu beauftragen, so bewegt es sich bei seiner Überzeugungsbildung außerhalb des der tatrichterlichen Beweiswürdigung eingeräumten Bereichs (Senatsbeschluss vom 27. April 2016 – XII ZB 557/15 – FamRZ 2016, 1352 Rn. 11 mwN).

15 b) Gemessen hieran hat das Landgericht ausreichend dargelegt, warum ihm Zweifel auch an einer gegenständlich beschränkten Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen zum Zeitpunkt der Erteilung der General- und Vorsorgevollmacht geblieben sind.

16 aa) Das Landgericht hat dies maßgeblich damit begründet, dass die Sachverständige bei der Beurteilung der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen nach der Komplexität des Geschäfts differenziere, indem sie eine Geschäftsfähigkeit des Betroffenen für Geschäfte mit einem überschaubaren finanziellen Inhalt bejahe, jedoch die Geschäftsfähigkeit für das Erteilen einer Generalvollmacht in einer unübersichtlich geregelten finanziellen Situation verneine. Eine solche nach dem Schwierigkeitsgrad des vorgenommenen Geschäfts differenzierende Geschäftsfähigkeit sei rechtlich nicht anerkannt. Für die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit seien nicht primär die Fähigkeiten des Verstands des Betroffenen ausschlaggebend, sondern die Freiheit des Willensentschlusses. Es komme darauf an, ob eine freie Entscheidung aufgrund einer Abwä-

gung des Für und Wider der in Betracht kommenden Gesichtspunkte möglich sei oder ob von einer freien Willensbildung nicht mehr gesprochen werden könne, etwa weil der Betroffene fremden Willenseinflüssen unterliege oder die Willensbildung durch unkontrollierte Triebe und Vorstellungen ausgelöst würden. Diesen Voraussetzungen für das Vorliegen der Geschäftsunfähigkeit würde die Einschätzung der Sachverständigen nicht gerecht.

17 bb) Diese Begründung lässt in ausreichendem Maß erkennen, dass die von der Auffassung der Sachverständigen abweichende Beurteilung des Landgerichts nicht von einem Mangel an Sachkunde beeinflusst ist. Denn das Landgericht nimmt – entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde – bei dieser Begründung keine eigene medizinische Sachkunde in Anspruch.

18 (1) Die Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB ist kein medizinischer Befund, sondern ein Rechtsbegriff, dessen Voraussetzungen das Gericht unter kritischer Würdigung des Sachverständigengutachtens festzustellen hat. Auch die hier für die Würdigung der Ausführungen der Sachverständigen maßgebliche Frage, ob eine Person allgemein für alle schwierigen Geschäfte geschäftsunfähig, für alle einfacheren Geschäfte dagegen geschäftsfähig sein kann, ist eine rechtliche. Sie geht dahin, ob es nach dem Gesetz auch eine partielle Geschäftsunfähigkeit gibt, die nicht nach bestimmten gegenständlichen Bereichen, sondern nach dem Schwierigkeitsgrad der in Frage stehenden Rechtsgeschäfte abgegrenzt wird (vgl. BGH Urteile vom 18. Mai 2001 – V ZR 126/00 – juris Rn. 9 mwN und vom 19. Juni 1970 – IV ZR 83/69 – NJW 1970, 1680, 1681 mwN).

19 (2) Auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt hat sich das Landgericht bei der Würdigung der Ausführungen der Sachverständigen im Wesentlichen gestützt.

20 Zutreffend nimmt das Landgericht dabei an, dass es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine auf besonders schwierige Geschäfte beschränkte (sogenannte relative) Geschäftsunfähigkeit gibt (vgl. BGH Urteil vom 19. Juni 1970 – IV ZR 83/69 – NJW 1970, 1680, 1681 mwN). Zwar kann eine sonst bestehende Geschäftsfähigkeit für einen gegenständlich beschränkten Kreis von Angelegenheiten ausgeschlossen sein (sogenannte partielle Geschäftsunfähigkeit). Das ist der Fall, wenn es der betreffenden Person infolge einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit nicht möglich ist, in diesem Lebensbereich ihren Willen frei und unbeeinflusst von der vorliegenden Störung zu bilden oder nach einer zutreffend gewonnenen Einsicht zu handeln, während das für andere Lebensbereiche nicht zutrifft (vgl. BGH Urteil vom 18. Mai 2001 – V ZR 126/00 – juris Rn. 9 mwN). Deshalb kann die Wirksamkeit einer Bevollmächtigung zu bejahen sein, wenn keine Zweifel bestehen, dass der

Vollmachtgeber das Wesen seiner Erklärung begriffen hat und diese in Ausübung freier Willensentschließung abgibt, sollte auch seine Geschäftsfähigkeit im allgemeinen Rechtsverkehr nicht mehr gesichert sein (vgl. OLG München FamRZ 2009, 2033, 2034; Staudinger/Bienwald BGB [2017] § 1896 Rn 274; Nedden-Boeger BtPrax 2019, 87).

21 Diese Form der partiellen Geschäftsfähigkeit hat die Sachverständige ihrer Einschätzung der Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen im Zeitpunkt der Vollmachterteilung jedoch nicht zugrunde gelegt. Sie hat vielmehr in ihren schriftlichen Gutachten und in ihrer Anhörung im Beschwerdeverfahren mehrfach ausgeführt, dass der Betroffene aufgrund seiner kognitiven Einschränkungen komplexe Sachverhalte nicht mehr ausreichend verstehen könne und er daher auch nicht in der Lage gewesen sei, die Folgen der Erteilung einer Generalvollmacht zu überblicken. Eine Geschäftsfähigkeit des Betroffenen für Geschäfte mit einem überschaubaren finanziellen Inhalt hat sie dagegen bejaht und den Betroffenen für eine in dem maßgeblichen Zeitraum vorgenommene Grundstücksübertragung für geschäftsfähig gehalten. Wie das Landgericht zu Recht ausführt, hat die Sachverständige damit ihrer Einschätzung ein Verständnis des Begriffs der Geschäftsunfähigkeit zugrunde gelegt, das rechtlich unzutreffend ist.

22 Damit ist das Landgericht bei seiner von der Sachverständigen abweichenden Auffassung der Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen nicht – wie die Rechtsbeschwerde meint – von der medizinischen Beurteilung der Sachverständigen abgewichen, ohne die dazu notwendige eigene Sach- und Fachkunde darzulegen. Das Landgericht hat vielmehr darauf abgestellt, dass die Einschätzung der Sachverständigen den rechtlichen Anforderungen an den Begriff der Geschäftsunfähigkeit i.S.v. § 104 Nr. 2 BGB nicht entspricht und das Gericht sich aus diesem rechtlichen Grund nicht von der fehlenden Geschäftsfähigkeit des Betroffenen überzeugen konnte.

23 (3) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde war das Landgericht im vorliegenden Fall auch nicht gehalten, ein weiteres Sachverständigengutachten zur Frage der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen zum Zeitpunkt der Vollmachterteilung einzuholen.

24 Liegt bereits ein Sachverständigengutachten vor, ist die Einholung eines weiteren Gutachtens nur dann geboten, wenn die Sachkunde des bisherigen Gutachters zweifelhaft ist, wenn das Gutachten von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht, wenn es Widersprüche enthält oder wenn der neue Sachverständige über Forschungsmittel verfügt, die denen des früheren Gutachters überlegen erscheinen (BGH Urteil vom 16. März 1999 – VI ZR 34/98 – NJW 1999, 1778, 1779 mwN).

25 Diese Voraussetzungen hat die Rechtsbeschwerde nicht dargetan. Sie liegen auch nicht vor. Das Landgericht hat von der Einholung eines weiteren Sachverständigen-gutachtens mit der Begründung abgesehen, es erscheine ausgeschlossen, dass ein neu zu bestellender Sachverständiger in der Lage sein könnte, angesichts des eingetretenen Zeitablaufs gesicherte Aussagen zu dem Geisteszustand des Betroffenen zum maßgeblichen Zeitpunkt zu treffen. Hiergegen ist aus Rechtsgründen nichts zu erinnern, zumal das Landgericht weder aus den Vernehmungen der Notare, die den am 15. Januar 2018 erklärten Widerruf der Vollmacht vom 30. September 2015 und die Erteilung der General- und Vorsorgevollmacht vom 9. März 2018 beurkundet haben, noch aus der Aussage der als Zeugin vernommenen Hausärztin des Betroffenen hinreichende Anhaltspunkte entnehmen konnte, die auf eine fehlende Geschäftsfähigkeit des Betroffenen im März 2018 schließen lassen.

26 Anhaltspunkte dafür, dass verbleibende Zweifel an der Wirksamkeit der Bevollmächtigung des Beteiligten zu 2 zu einer Einschränkung der Akzeptanz der Vollmacht im Rechtsverkehr führen könnten und deshalb die Bestellung eines Betreuers erforderlich sein könnte (vgl. Senatsbeschluss vom 3. Februar 2016 – XII ZB 425/14 – FamRZ 2016, 701 Rn. 12 mwN), ergeben sich aus den getroffenen Feststellungen nicht und werden von der Rechtsbeschwerde auch nicht vorgebracht.

27 3. Von einer weiteren Begründung der Entscheidung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beizutragen (§ 74 Abs. 7 FamFG).

Voraussetzungen für die Anerkennung einer Privatscheidung nach japanischem Recht

BGB § 1564; FamFG § 107 Abs. 1, § 109; Brüssel IIa-VO Art. 21 Abs. 1; jap.ZGB Art. 739 Abs. 2, Art. 764, Art. 765 Abs. 1, Art. 819 Abs. 1; EGBGB Art. 17 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 4; Rom III-VO Art. 1 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 lit. c, Abs. 2, Abs. 3, Art. 7 Abs. 1, Art. 8

Amtliche Leitsätze:

1. Eine Ehescheidung durch Übereinkunft (hier japanischen Rechts), deren für die Wirksamkeit erforderliche Anmeldung von der Registerbehörde nur formal geprüft wird, ist eine Privatscheidung, die nur anerkannt werden kann, wenn die Voraussetzungen des aus deutscher

Sicht maßgeblichen Scheidungsstatuts erfüllt sind. Sie unterfällt nicht dem Anwendungsbereich der Rom III-VO. (Rn. 9)

2. Eine Rechtswahl gemäß Art. 17 Abs. 2 EGBGB i.V.m. Artt. 5 ff. Rom III-VO setzt zumindest den übereinstimmenden Willen der Ehegatten voraus, ein Recht zu wählen, der in der Urkunde hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht wird; ein nur hypothetischer Wille oder eine bloße Geltungsannahme genügen nicht.

KG (1. Zivilsenat),

Beschluss vom 03.11.2020 – 1 VA 1010/20

I. Tatbestand:

1 Der Beteiligte zu 1), deutscher Staatsangehöriger, und die Beteiligte zu 2), japanische Staatsangehörige, schlossen im Juni 2002 vor einem deutschen Standesamt die Ehe. Danach lebten sie bis Oktober 2006 gemeinsam in der Bundesrepublik Deutschland, von November 2006 bis April 2008 in Großbritannien. Seit August 2008 lebten sie gemeinsam in Australien, wo sie sich am 20. Dezember 2010 trennten. Sodann hatte der Beteiligte zu 1) seinen gewöhnlichen Aufenthalt in S. und die Beteiligte zu 2) in J.. Am ... 2012 gebar die Beteiligte zu 2) in J. ein Kind. Am 7. Januar 2014 wurde die Ehescheidung der Beteiligten in das japanische Familienregister eingetragen.

2 Der Beteiligte zu 1) hat unter dem 20. November 2019 beantragt festzustellen, dass die Voraussetzungen für die Anerkennung der Scheidung vorliegen, und hierzu einen Auszug aus dem japanischen Familienregister mit Apostille vorgelegt. Die Senatsverwaltung hat den Antrag mit dem angefochtenen Bescheid zurückgewiesen.

3 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Akten und den Verwaltungsvorgang Bezug genommen.

II. Aus den Gründen:

4 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist zulässig (§ 107 Abs. 5 und 7 i.V.m. §§ 58 ff. FamFG), jedoch nicht begründet. Die Senatsverwaltung hat die beantragte Feststellung zu Recht abgelehnt.

5 Allerdings ist das Anerkennungsverfahren nach § 107 FamFG eröffnet. Eine Privatscheidung ist als Entscheidung i.S.v. § 107 Abs. 1 FamFG anzusehen, wenn daran eine ausländische Behörde entsprechend den von ihr zu beachtenden Normen in irgendeiner Form, und sei es auch nur registrierend, mitgewirkt hat (BGH, NJW 2019,

931 Rn. 15). Das Verfahren ist nicht durch vorrangige Rechtsakte der Europäischen Union (§ 97 Abs. 1 S. 2 FamFG) ausgeschlossen. Art. 21 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 vom 27. November 2003 – Brüssel IIa-VO – greift schon deshalb nicht, weil die Ehe nicht in einem Mitgliedstaat geschieden wurde.

6 Die Voraussetzungen für die Anerkennung der Scheidung liegen aber nicht vor. Maßstab für die Anerkennung ist nicht § 109 FamFG. Die Vorschrift kommt nur zur Anwendung, soweit es um die Anerkennung eines konstitutiven Hoheitsaktes geht. Die Anerkennung einer im Ausland erfolgten Privatscheidung ist hingegen nur möglich, wenn die Voraussetzungen des aus deutscher Sicht maßgeblichen Scheidungsstatuts erfüllt sind (BGH, Beschluss vom 26. August 2020 – XII ZB 158/18 – juris Rn. 23; NJW-RR 2008, 1169 Rn. 36; NJW 1990, 2194, 2195). Ob eine verfahrensrechtliche Anerkennung *de lege ferenda* wünschenswert wäre (vgl. dazu *Antomo*, StAZ 2019, 33, 34 f. m.w.N.), ist nicht erheblich.

7 Der Eintragung in das Familienregister liegt eine Privatscheidung zu Grunde. Gemäß Art. 736 des japanischen Zivilgesetzes Nrn 89/1896 und 9/1898 (jap.ZGB, wiedergegeben bei *Bergmann/Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Stand Sept. 2020, J. S. 59 ff.) können die Ehegatten die Ehe – jederzeit (*Motozawa*, FamRZ 1989, 459, 461) – einvernehmlich scheiden. Die Ehescheidung durch Übereinkunft bedarf zweier Zeugen und wird mit der schriftlichen (formularmäßigen, vgl. *Motozawa*, a.a.O., S. 460) oder mündlichen Anmeldung zur Eintragung in das Familienregister wirksam, Artt. 764, 739 Abs. 2 jap.ZGB i.V.m. Artt. 15, 25, 29, 33, 37, 76 des Familienregistergesetzes Nr. 224/1947 (jap.FRG, wiedergegeben bei *Bergmann/Ferid*, a.a.O., S. 81 ff.). Zur Anmeldung gehört auch deren Annahme durch die Behörde, die das Familienregister führt (vgl. OLG Celle, FamRZ 1998, 686; *Motozawa*, a.a.O.). Gemäß Art. 765 Abs. 1 jap.ZGB kann die Anmeldung nur angenommen werden, wenn sie den Bestimmungen des Art. 739 Abs. 2 sowie des Art. 819 Abs. 1 jap.ZGB oder anderer Gesetze und Verordnungen nicht widerspricht. Der rechtlichen Einordnung als Privatscheidung steht eine solche Prüfung (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Aug. 2020, a.a.O. Rn. 14 ff.; FamRZ 2008, 1409 Rn. 34 jew. zur gerichtlichen Überwachung) und das Wirksamkeitserfordernis der Annahme nicht entgegen. Das Einvernehmen der Beteiligten bleibt auch dann ein privates Rechtsgeschäft, wenn für den Eintritt seiner Wirkungen die Mitwirkung einer staatlichen Stelle erforderlich ist (OLG Frankfurt a.M., IPRspr. 2000 Nr. 167a, S. 366, 367). Demgemäß wird auch die Konsenscheidung nach dem Recht des Königreichs Thailand als Privatscheidung angesehen (BGH, NJW 1990, a.a.O.; Senat, FamRZ 2013, 1484, 1485), obwohl es für deren Wirksamkeit der Registerein-

tragung bedarf (Sec. 1457, 1515, 1531 Abs. 1 des thailändischen Zivil- und Handelsgesetzbuchs BE 2467, wiedergegeben bei *Bergmann/Ferid*, a.a.O., Thailand, S. 36 ff.).

8 Gemäß Art. 17 Abs. 2 EGBGB in der seit dem 21. Dezember 2018 geltenden Fassung unterliegt die Ehescheidung vom 7. Januar 2014 deutschem Recht, was wegen § 1564 BGB die Wirksamkeit und Anerkennungsfähigkeit der Privatscheidung ausschließt (BGH, Beschluss vom 26. Aug. 2020, a.a.O., Rn. 49; NJW 1990, a.a.O.). Der neue Art. 17 Abs. 2 EGBGB erfasst in zeitlicher Hinsicht Privatscheidungen, die seit dem 29. Januar 2013 durchgeführt wurden (BGH, Beschluss vom 26. Aug. 2020, a.a.O., Rn. 29).

9 Die Privatscheidung vom 7. Januar 2014 fällt nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 vom 20. Dezember 2010 – Rom III-VO. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gilt die Verordnung gemäß Art. 1 Abs. 1 Rom III-VO nur für Ehescheidungen, die entweder von einem staatlichen Gericht oder von einer öffentlichen Behörde bzw. unter deren Kontrolle ausgesprochen werden (NJW 2018, 447 Rn. 48). Das Erfordernis der Registeranmeldung genügt nicht, um die Ehescheidung als „unter der Kontrolle einer Behörde ausgesprochen“ zu qualifizieren. Denn die Anmeldung, bei der die Ehegatten nicht persönlich erscheinen müssen (*Motozawa*, a.a.O., S. 460 f.), wird vor der Annahme lediglich einer formalen Prüfung unterzogen (*Bergmann/Ferid*, a.a.O., J., S. 33). Das Anmeldeformular ist dahin zu überprüfen, ob es von den Ehegatten und zwei volljährigen Zeugen unterschrieben ist (Art. 739 Abs. 2 jap.ZGB), und ob es bei minderjährigen Kindern eine Sorgerechtsvereinbarung enthält (Art. 819 Abs. 1 jap.ZGB). Eine Prüfung materieller Scheidungsvoraussetzungen o.ä. findet – anders als bei einer Ehescheidung nach italienischem Recht durch übereinstimmende Erklärungen vor dem Standesbeamten (vgl. dazu Senat, FamRZ 2020, 1215) – nicht statt. Dem konstitutiven Element der Anmeldungsannahme (Art. 765 Abs. 2 jap.ZGB) kommt danach keine hinreichende Kontrollfunktion zu.

10 Gemäß Art. 17 Abs. 2 Nr. 4 EGBGB i.V.m. Art. 8 lit. d Rom III-VO ist auf die Scheidung vom 7. Januar 2014 das Recht desjenigen Staates anzuwenden, mit dem die Ehegatten im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens (auf andere Weise) gemeinsam am engsten verbunden sind. Die Voraussetzungen von Art. 17 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB i.V.m. Art. 8 lit. a bis c Rom III-VO sind nicht erfüllt. Die Beteiligten hatten im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens (2013 oder 2014) und im Jahr zuvor keinen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, in J. im Übrigen auch zu keinem anderen Zeitpunkt. Die Senatsverwaltung hat zutreffend und von dem Beteiligten zu 1) unbeanstandet festgestellt, dass die Beteiligten gemeinsam am engsten mit der Bundesrepublik Deutsch-

land verbunden sind, wo ihre Ehe begann und sie die längste gemeinsame Zeit verbrachten. Fehlte es insgesamt an Anknüpfungsmerkmalen, wären zudem ersatzweise ebenfalls die deutschen Sachnormen anzuwenden (vgl. Senat, FamRZ 2002, 840, 842).

11 Die Beteiligten haben für die Ehescheidung nicht gemäß Art. 17 Abs. 2 EGBGB i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. c Rom III-VO das japanische Recht gewählt. Gemäß Art. 7 Abs. 1 Rom III-VO bedarf die Rechtswahlvereinbarung der Schriftform. Der Eintrag in das Familienregister, der nach japanischem Sachrecht eine Gültigkeitsvermutung für die Scheidung begründet (OLG Frankfurt a.M., a.a.O.), ersetzt die Schriftform nicht. Der Beteiligte zu 1) hat weder eine schriftliche Scheidungsvereinbarung noch die schriftliche Anmeldung oder einen Nachweis über die in ihr angeführten Angaben (Art. 48 jap.FRG) eingereicht. Er hat auch nicht geltend gemacht, dass die schriftliche Anmeldung eine ausdrückliche Rechtswahlvereinbarung enthalte. Es kann dahinstehen, ob das Schriftformerfordernis eine konkludente Vereinbarung über das auf die Scheidung anzuwendende Recht ausschließt (so Palandt/*Thorn*, BGB, 79. Aufl., Art. 6 Rom III Rn. 2; MünchKomm/*Winkler v. Mohrenfels*, BGB, 8. Aufl., Art. 6 Rom III-VO Rn. 4; a.A. *Gruber*, IPRax 2012, 381, 387). Denn die Mindestanforderungen für eine konkludente Rechtswahl sind nicht erfüllt.

12 Dafür reicht es nicht aus, dass die Beteiligten unter japanischem Recht gehandelt haben. Vielmehr muss der übereinstimmende Wille bestehen, ein Recht zu wählen, der in der Urkunde hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht wird; ein nur hypothetischer Wille oder eine blo-

ße Geltungsannahme genügen nicht (*Gruber*, IPRax 2005, 53, 55). Dies wird auch durch Erwgr. 18 Rom III-VO bestätigt, laut dem beide Ehegatten ihre Rechtswahl in voller Sachkenntnis treffen sollen. Es besteht kein Anhalt, dass die Beteiligten das anzuwendende Recht durch eine Vereinbarung bestimmen wollten. Dazu bestand aus japanischer Sicht kein Anlass. Gemäß Art. 27 S. 2 des japanischen Rechtsanwendungsgesetzes Nr. 78/2006 (wiedergegen bei *Bergmann/Ferid*, a.a.O., S. 52 ff.) unterliegt die Ehescheidung japanischem Recht, wenn einer der Ehegatten J.er mit gewöhnlichem Aufenthalt in J. ist.

13 Die Beteiligten können die Rechtswahlvereinbarung nach dem Abschluss des japanischen Scheidungsvorgangs nicht (mit Rückwirkung oder ex nunc) nachholen, Art. 17 Abs. 2 Nrn 2 und 3 FamFG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 und 3 Rom III-VO (vgl. auch BT-Drucks. 19/4852, S. 38). Nach der Mitteilung des Beteiligten zu 1) vom 30. Oktober 2020 scheint die Beteiligte zu 2) hierzu ohnehin nicht bereit sein.

14 Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass deutsches Scheidungsstatut (ersatzweise) auch dann gelten würde, wenn die Ehescheidung vom 7. Januar 2014 in den Anwendungsbereich der Rom III-VO fiel. Art. 8 lit. d Rom III-VO käme nicht zur Anwendung, weil die Beteiligten in J. weder ein Gericht noch eine Behörde (vgl. Art. 2 Nr. 1 Brüssel IIa-VO) angerufen haben, um über die Auflösung der Ehe zu entscheiden.

15 Der Beteiligte zu 1) hat die Möglichkeit, im Inland einen Antrag auf Ehescheidung zu stellen (§ 98 Abs. 1 Nr. 1 FamFG, Art. 7 Abs. 1 Brüssel IIa-VO).

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

Kein Erfordernis der Beschlussform für eine Zwischenverfügung nach § 382 Abs. 4 S. 1 FamFG

FamFG § 382 Abs. 4; UmwG § 55 Abs. 1; GmbHG § 9c

Redaktionelle Leitsätze:

1. Die Zwischenverfügung gemäß § 382 Abs. 4 S. 1 FamFG bedarf nicht der Beschlussform (so auch OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 11620). (Rn. 4 – 5)
2. Im Rahmen der ihm nach § 9c GmbHG obliegenden Prüfungspflicht darf das Registergericht kosten trächtige Unterlagen wie Gutachten eines Wirtschaftsprüfers nicht generell verlangen, sondern nur dann, wenn konkrete Umstände des Einzelfalls die Vorlage gebieten, so z.B. wenn eingereichte Unterlagen unklar, in sich widersprüchlich oder lückenhaft sind oder sonstige konkrete Anhaltspunkte für eine Fehlerhaftigkeit des vorgetragenen Sachverhalts benannt werden können. (Rn. 10)

OLG Stuttgart (8. Zivilsenat),
Beschluss vom 09.03.2020 – 8 W 295/19

► I. Aus den Gründen:

1 Die gemäß § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg, soweit nicht gerügte Eintragungshindernisse in der Zwischenzeit behoben worden sind.

2 1. Die Schreiben des Registergerichts vom 12.06., 19.06. und 22.07.2019 sind als eine einheitliche Zwischenverfügung im Sinne von § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG auszulegen. Sie sind zwar nicht als eine solche überschrieben, ihrem Inhalt nach stellen sie sich jedoch als Zwischenverfügung dar, weil das Registergericht ersichtlich mit dem Schreiben vom 19.06.2019 die von ihm für gegeben erachteten Eintragungshindernisse als solche konkret benannt und mit den beiden weiteren Schreiben hinsichtlich der Ziffern 1 und 2 des ersten Schriftstücks von seiner Sichtweise Abstand genommen und im Übrigen seine Rechtsauffassung begründet hat. Zudem wurde in dem letzten der drei Schreiben eine Rechtsmittelbelehrung erteilt und so auf die Anfechtbarkeit hingewiesen.

3 Richtigerweise handelt es sich um eine einheitliche Zwischenverfügung, die lediglich äußerlich in Form von drei Schreiben in Erscheinung tritt.

4 2. Die Zwischenverfügung ist entgegen der Ansicht der Beschwerde nicht schon aus formalen Gründen aufzuheben. Der Senat vermag sich der Entscheidung des OLG Düsseldorf dahingehend, dass eine Fristsetzung gemäß § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG wirksam nur in Form eines Beschlusses nach § 38 FamFG unter Einhaltung aller für eine Endentscheidung vorgesehenen Formalien erfolgen kann, nicht anzuschließen. Zu folgen ist vielmehr den zutreffenden Ausführungen in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 26.04.2019 – 11 W 59/18 (Wx) (JURISTz 12):

5 § 38 Abs. 1 Satz 1 FamFG sieht die Form des Beschlusses ausschließlich für solche Entscheidungen an, die den Verfahrensgegenstand ganz oder teilweise erledigen, was im Falle einer Zwischenverfügung gerade nicht der Fall ist. Für Registersachen kann nach § 38 Abs. 1 Satz 2 FamFG Abweichendes bestimmt werden, allerdings hat der Gesetzgeber mit § 382 Abs. 4 FamFG – im Gegensatz zur Regelung in § 382 Abs. 3 FamFG weder bestimmt, dass die Fristsetzung durch Beschluss zu erfolgen hat, noch hat er konkret auf § 38 FamFG in irgendeiner Form Bezug genommen. Stattdessen hat er mit § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG schlicht angeordnet, dass die Fristsetzung mit einer Beschwerde angefochten werden kann und so ein an sich nicht gegebenes Rechtsmittel geschaffen.

6 3. Nachdem das Registergericht ausweislich seines Schreibens vom 19.06.2019 an den Anforderungen der Ziffern 1 und 2 des Ausgangsschreibens vom 12.06.2019 nicht mehr festhält und der Antragsteller mit Schreiben des Notars ... vom 26.08.2019 eine Versicherung des Antragstellers des Inhalts, dass die Verbindlichkeiten des Einzelkaufmanns sein Vermögen nicht übersteigen, vorgelegt hat, wodurch die Anforderung in Ziffer 4 des Schreibens vom 12.06.2019 erfüllt worden ist, ist im Beschwerdeverfahren nur noch über die Anforderung in Ziffer 3 jenes Schreibens zu entscheiden. Im Übrigen ist die Zwischenverfügung als erledigt anzusehen.

7 4. Soweit das Registergericht vom Antragsteller die Beibringung eines Gutachtens eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers zum Nachweis dafür, dass das übergehende Vermögen den gewährten Geschäftsanteil zuzüglich des zusätzlich gewährten Darlehensanspruchs deckt, verlangt, hat die Beschwerde in der Sache Erfolg.

8 Im Ausgangspunkt zutreffend und vom Beschwerdeführer auch nicht beanstandet stellt das Registergericht fest, dass es wegen § 55 Abs. 1 UmwG, 57a, 9c GmbHG gehalten ist, die Kapitalerbringung auch im Falle einer Kapitalerhöhung zu prüfen, und dass die Prüfungspflicht sich auch auf ein als Sacheinlage einzubringendes Unternehmen erstreckt, weshalb die für die Prüfung erforderlichen Unterlagen auch zum Register jenes Unternehmens einzureichen sind.

9 Hieraus folgt jedoch nicht, dass zwingend die Vorlage eines Gutachtens eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers erforderlich wäre.

10 a) Die Amtsermittlungspflicht hat dem Spannungsverhältnis, welches zwischen dem Gebot hinreichender Sachverhaltsaufklärung im Einzelfall einerseits und dem Eintragungsanspruch der Beteiligten und ihrem Interesse an einer zügigen und kostengünstigen Eintragung andererseits besteht, Rechnung zu tragen (Wicke in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Auflage 2018, § 9c GmbHG Rn 12). Hieraus folgt, dass jedenfalls kosten-trächtige Unterlagen wie Gutachten eines Wirtschaftsprüfers nicht generell verlangt werden dürfen, sondern nur dann, wenn konkrete Umstände des Einzelfalls die Vorlage gebieten, so z.B. wenn eingereichte Unterlagen unklar, in sich widersprüchlich oder lückenhaft sind oder sonstige konkrete Anhaltspunkte für eine Fehlerhaftigkeit des vorgetragenen Sachverhalts benannt werden können (Wicke aaO Rn 12, 13).

11 Zur Ermittlung der Werthaltigkeit genügt daher in aller Regel die Schlussbilanz des übertragenden Unternehmens, vgl. v. Hinden in: beck-online Großkommentar, Stand 01.01.2020, § 55 UmwG Rn 48; Westenburg in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 8. Auflage 2018, § 55 UmwG Rn 26; Reichert in: Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, 4. Auflage 2017, § 55 UmwG Rn 24. Nicht zu beanstanden wäre es auch, wenn das Registergericht im Rahmen seiner Amtsermittlung in Anlehnung an die Vorschriften zur Gründung einer GmbH die Vorlage eines Sachgründungsberichts verlangt hätte, OLG Stuttgart vom 19.01.1982 – 8 W 295/81 –.

12 Der Antragsteller hat vorliegend die Schlussbilanz des übertragenden Unternehmens vorgelegt. Dass sich aus ihr besondere Anhaltspunkte für eine Fehlerhaftigkeit der Angaben des Antragstellers ergäben, ist nicht ersichtlich und wird auch vom Registergericht nicht als Begründung für die Auflage der Einreichung eines Gutachtens eines Wirtschaftsprüfers angeführt.

13 b) Die Vorlage eines Gutachtens kann auch nicht mit der Begründung gefordert werden, dass die konkrete Höhe des nach § 3 des Ausgliederungsvertrages gutzubringenden Darlehens nicht vermerkt und nicht bekannt ist. Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 19.01.1982 u.a. auch ausgeführt, dass und warum bei einer Kapitalerhöhung mit gemischter Sacheinlage zu fordern ist, dass auch die dem Einleger gewährte Gegenleistung, also nicht nur der Betrag der Stammeinlage, auf die sich die Sacheinlage bezieht, sondern auch der dem Einleger in Form eines Darlehensanspruchs zu vergütende Teil in den für die Eintragung notwendigen Formalien festzuhalten ist, wobei es ausreichen kann, dass der Schätzwert zum durch die §§ 9 Abs. 1, 9c Satz 2, 56 Abs. 2, 57a GmbHG

festgelegten Zeitpunkt angegeben wird. Diese Angaben sind im Gesellschaftsvertrag bzw. den sonstigen für die Anmeldung der Kapitalerhöhung notwendigen förmlichen Urkunden zu vermerken, so dass das vom Registergericht vorliegend geforderte Gutachten insoweit weder erforderlich noch ausreichend ist.

Abweichungen vom Musterprotokoll bei der Gründung einer GmbH im vereinfachten Verfahren

GmbHG § 2 Abs. 1a

Redaktioneller Leitsatz:

Die Privilegierung bei der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung im vereinfachten Verfahren wird nur dann gewährt, wenn das Musterprotokoll ohne inhaltliche Änderungen übernommen wird. Dies gilt auch dann, wenn die vorgenommene Änderung in der Sache nicht auswirkt.

OLG Stuttgart (8. Zivilsenat),
Beschluss vom 07.07.2020 – 8 W 188/20

I. Tatbestand:

1 Am2020 wurde die Gründung der ... GmbH zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Einzige Gesellschafterin ist die Antragstellerin, die auch zur alleinigen Geschäftsführerin bestellt wurde. Die Gesellschaft soll im vereinfachten Verfahren nach § 2 Abs. 1a GmbHG gegründet werden. Die als Musterprotokoll bezeichnete notariell beurkundete Gründung enthält u. a. folgende Regelungen:

„1. Die Erschienene errichtet hiermit nach § 2 Abs. 1a GmbHG eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma ... GmbH mit dem Sitz in

...

3. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25.000 € (i.W. fünfundzwanzigtausend Euro) und wird vollständig von Frau ... (Geschäftsanteil Nr. 1) übernommen. ...

...

5. Die Gesellschaft trägt die mit der Gründung verbundenen Kosten bis zu einem Gesamtbetrag von 300 €. Darüber hinausgehende Kosten trägt der Gesellschafter.“

2 Mit Zwischenverfügung vom 14.05.2020 beanstandete das Amtsgericht Ulm als zuständiges Registergericht, dass Ziffer 5 der Gründungsurkunde nicht dem Musterprotokoll entspreche, da dessen Bestandteil „höchstens jedoch bis zum Betrag ihres Stammkapitals“ gestrichen wurde. Wegen der unzulässigen Abweichung vom Musterprotokoll liege nunmehr eine „normale“ Gründung vor, weshalb Ziff. 1 des Gesellschaftsvertrages zu ändern sei und zudem eine Gesellschafterliste eingereicht werden müsse.

3 Gegen diese der Antragstellerin am 20.05.2020 zugestellte Entscheidung hat der Notar mit Schriftsatz vom 14.05.2020 namens der Verfahrensbeteiligten Beschwerde eingelegt. Er ist der Auffassung, der gestrichene Bestandteil des Musterprotokolls sei vorliegend sinnlos, da das Stammkapital höher sei als 300 €. Unter dieser Voraussetzung sei der Zusatz sogar irreführend.

4 Mit Beschluss vom 22.05.2020 hat das Registergericht der Beschwerde nicht abgeholfen.

II. Aus den Gründen:

5 Die gemäß §§ 382 Abs. 4, 374 Nr. 1, 58 ff FamFG zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Entgegen der Beschwerdebegründung sind die Regeln des vereinfachten Verfahrens gemäß § 2 Abs. 1a GmbHG vorliegend nicht anwendbar.

6 Voraussetzung für die Gründung einer Einpersonengesellschaft im vereinfachten Verfahren nach § 2 Abs. 1a GmbHG ist die Verwendung des in der Anlage zu der Vorschrift bestimmten Musterprotokolls (§ 2 Abs. 1a Satz 2 GmbHG). Dabei dürfen nach § 2 Abs. 1a Satz 3 „keine vom Gesetz abweichenden Bestimmungen“ getroffen werden. Gemeint ist damit, dass Abweichungen oder Ergänzungen grundsätzlich nur zulässig sind, wenn dies im Musterprotokoll ausdrücklich vorgesehen ist (BT-Drucksache 16/6140 S. 27; *Wicke* in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, 2020, 11. Aufl. 2014, 2015, § 2 GmbHG, Rn. 140). Keine unzulässigen Änderungen des Musterprotokolls stellen nach der Rechtsprechung völlig unbedeutende Abwandlungen bei Zeichensetzung, Satzstellung und Wortwahl dar, die keinerlei Auswirkungen auf den Inhalt haben (OLG München, Beschluss vom 28. September 2010 – 31 Wx 173/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2011 – I-3 Wx 75/11; *Wicke* in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, 2020, 11. Aufl. 2014, 2015, § 2 GmbHG, Rn. 140; BeckOK GmbHG/C. *Jaeger*, 44. Ed. 1.5.2020, GmbHG § 2 Rn. 74a; *Bayer* in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-

Gesetz Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 2 GmbHG, Rn. 52). Ebensowenig liegen abweichende Bestimmungen im Sinne des § 2 Abs. 1a Satz 3 vor, soweit es sich um beurkundungsrechtlich gebotene Zusätze handelt (OLG Düsseldorf a.a.O.), wenn der Urkundeneingang aus Zweckmäßigkeitsgründen anders formuliert (OLG München a.a.O.) oder die Notarurkunde mit einer Überschrift versehen wird (*Wicke* in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, 2020, 11. Aufl. 2014, 2015, § 2 GmbHG, Rn. 140). Nicht vereinbar mit dem vereinfachten Verfahren ist es hingegen, den Text des Musterprotokolls umzuformulieren oder andere als die im Musterprotokoll vorgesehenen oder das Beurkundungsverfahren betreffende Ergänzungen vorzunehmen, wenn diese Auswirkungen auf den Inhalt haben (MüKoGmbHG/*Heinze*, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 2 Rn. 232c; *Wicke* in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, 2020, 11. Aufl. 2014, 2015, § 2 GmbHG, Rn. 140). Wird das Musterprotokoll entgegen § 2 Abs. 1a Satz 3 GmbHG abgeändert oder ergänzt, so liegt eine „normale GmbH-Gründung“ vor, für die die Erleichterungen im Sinne des § 2 Abs. 1a GmbHG nicht gelten, sondern die allgemeinen Regelungen für die Gründung einer GmbH Anwendung finden (OLG München, Beschluss vom 12. Mai 2010 – 31 Wx 19/10; OLG Düsseldorf a.a.O.).

Vorliegend enthält die Gründungsurkunde vom 04.05.2020 nicht nur unbedeutende Abwandlungen in der Wortwahl, sondern sie ändert das Musterprotokoll auch inhaltlich dadurch, dass die von der Gesellschaft zu tragenden, mit der Gründung übernommenen Kosten nicht mehr – wie im Musterprotokoll vorgesehen – in Höhe des Stammkapitals gedeckelt werden. Auch wenn sich diese inhaltliche Änderung vorliegend nicht auswirkt, da das Stammkapital 25.000 € beträgt, hat die inhaltliche Abweichung dennoch zur Folge, dass nicht von einer im Sinne von § 2 Abs. 1a privilegierten GmbH-Gründung auszugehen ist. Dem Gesetzeszweck, die Gründung einer GmbH in unkomplizierten Standardfällen zu erleichtern (BT-Drucksache 16/9737 S. 54, 16/6140 S. 27), wird nur dann Rechnung getragen, wenn das vorgesehene Musterprotokoll ohne inhaltliche Änderungen übernommen wird, um dadurch schon die Prüfung, ob sich die vorgenommene Änderung im konkreten Fall auswirkt, im Beschleunigungsinteresse zu vermeiden. Wenn inhaltliche Änderungen des Musterprotokolls sich nicht auswirken, besteht auch kein Bedarf, sie überhaupt vorzunehmen.

Die Zwischenverfügung ist daher zu Recht ergangen.

LIEGENSCHAFTSRECHT

Grundbuchberichtigung: Nachweis des Erbrechts durch Vorlage eines Ehegattentestaments mit Scheidungsklausel

BGB § 2077, § 2268; GBO § 35

Amtlicher Leitsatz:

Der Senat hält daran fest, dass eine in einem öffentlichen Ehegattentestament enthaltene Scheidungsklausel, wonach u.a. bereits der Antrag auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe die Unwirksamkeit des Testaments zur Folge haben sollen, für sich keine Zweifel an dem behaupteten Erbrecht zu begründen vermag, die das Verlangen des Grundbuchamts nach Vorlage eines Erbscheins rechtfertigen könnten (Fortführung von Senat, Beschluss vom 13. November 2012 – 1 W 382/12 – FamRZ 2013, 1073; entgegen OLG München, ZEV 2016, 401; OLG Naumburg, FamRZ 2019, 1656). (Rn. 10)

KG (1. Zivilsenat),

Beschluss vom 29.10.2020 – 1 W 1463/20

I. Tatbestand:

1 Der Beteiligte und seine am ... 2019 verstorbene Ehefrau sind seit dem ... 1982 zu je ½ als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

2 Die Eheleute errichteten am 18. Mai 2006 zur UR-Nr. ... der Notarin ... in B. ein Testament, worin sie sich gegenseitig zu „alleinigen Vollerben“ einsetzten. Unter IV. der Urkunde heißt es wörtlich:

„Für den Fall, dass unsere Ehe vor dem Tode eines Ehegatten aufgelöst oder Klage auf Aufhebung erhoben oder die Scheidung der Ehe beantragt wurde oder im Falle der Zustimmung zur Scheidung durch den Erblasser selbst, sollen die hier getroffenen Verfügungen ihrem ganzen Inhalt nach unwirksam sein, und zwar unabhängig davon, wer von uns beiden den Antrag auf Scheidung gestellt oder Klage auf Aufhebung erhoben hat.“

3 Unter dem 30. August 2020 hat der Beteiligte unter Beifügung beglaubigter Ablichtungen des Eröffnungsprotokolls des Nachlassgerichts vom 21. Oktober 2019 sowie der UR-Nr. ... die Berichtigung des Grundbuchs beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Verfügung vom 1. September 2020 unter Fristsetzung die Vorlage eines Erbscheins erfordert. Die Tatsache, dass die Ehe weder aufgelöst noch Scheidungsklage eingereicht wurde und

damit das Testament unwirksam ist, lasse sich mit grundbuchtauglichen Mitteln nicht nachweisen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten vom 12. Oktober 2020, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 16. Oktober 2020 nicht abgeholfen hat.

II. Aus den Gründen:

4 Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO, und hat auch in der Sache Erfolg. Die angefochtene Zwischenverfügung des Grundbuchamts ist nicht veranlasst, weil das darin aufgezeigte Eintragungshindernis nicht besteht, vgl. § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GBO.

5 Die Berichtigung einer unrichtigen Grundbucheintragung erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 GBO, wenn die Unrichtigkeit durch öffentliche Urkunden, § 29 GBO, nachgewiesen wird, § 22 Abs. 1 GBO. Bei Unrichtigkeit des Grundbuchs wegen des Todes eines Berechtigten ist der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen, § 35 Abs. 1 S. 1 GBO.

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

7 Entfernte abstrakte Möglichkeiten, die das aus der Verfügung hervorgehende Erbrecht nur unter ganz besonderen Umständen in Frage stellen, können hingegen das Verlangen nach Vorlegung eines Erbscheins wiederum nicht rechtfertigen (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 35, Rdn. 39). Das wird im Rahmen der in §§ 2268 Abs. 1, 2077 Abs. 1 BGB enthaltenen gesetzlichen Auslegungsregeln angenommen (*Krause*, in: Meikel, GBO, 11. Aufl., § 35, Rdn. 119; DNotl-Report 2006, 181, 182). Danach wird ein gemeinschaftliches Testament seinem ganzen Inhalt nach unwirksam, wenn die Ehe vor dem Tod des Erblassers aufgelöst worden ist oder der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes unter jeweils bestimmten weiteren Voraussetzungen die Scheidung der Ehe beantragt, ihr zugestimmt oder den Antrag auf Auflösung der Ehe gestellt hatte. Liegen keine konkreten Anhaltspunkte für eine Scheidung oder ihr gleichstellende Anträge vor, kann das Grund-

buchamt keinen Erbschein verlangen. Ansonsten wäre verheirateten Personen ein Nachweis im Rahmen des § 35 Abs. 1 S. 2 GBO nicht möglich (DNotl-Report, a.a.O.).

8 Der Senat hat bereits entschieden, dass dies bei einer sich an den Voraussetzungen der §§ 268 Abs. 1, 2077 Abs. 1 BGB orientierenden Scheidungsklausel in einem Ehegattentestament nicht anders ist (Senat Beschluss vom 13. November 2012 – 1 W 382/12 – FamRZ 2013, 1073, 1074). Das ist von anderen Oberlandesgerichten bei solchen Klauseln anders gesehen worden, die von gesetzlichen Auslegungsregeln des § 2077 Abs. 1 BGB – erweiternd – abweichen. Da Ehescheidungen alles andere als selten vorkämen, sei die Stellung eines Antrags auf Scheidung keine ganz entfernte, bloß auf theoretischen Überlegungen beruhende Möglichkeit (OLG München, ZEV 2016, 401, 402; OLG Naumburg, FamRZ 2019, 1656, 1657).

9 Eine solche erweiternde Klausel liegt hier vor, denn das gemeinschaftliche Testament sollte u.a. bereits bei einer Klage auf Aufhebung oder einem Antrag auf Scheidung der Ehe seinem ganzen Inhalt nach unwirksam sein. Das geht über § 2077 Abs. 1 S. 2 oder 3 BGB hinaus. Nach den gesetzlichen Auslegungsregeln genügen entsprechende Anträge allein nicht. Zusätzlich müssen die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe im Zeitpunkt des Todes des Erblassers gegeben sein, § 2077 Abs. 1 S. 2 BGB, bzw. der Erblasser zur Zeit seines Todes berechtigt gewesen sein, die Aufhebung der Ehe zu beantragen, § 2077 Abs. 1 S. 3 BGB. Der Entscheidung des Senats vom 13. November 2012 (a.a.O.) lag inhaltlich keine andere Scheidungsklausel zugrunde. Dort sollten ebenfalls allein Anträge auf Scheidung bzw. Aufhebung der Ehe die Unwirksamkeit des notariellen gemeinschaftlichen Testaments zur Folge haben.

10 Der Senat hält nach nochmaliger Prüfung an seiner in der Entscheidung vom 13. November 2012 zum Ausdruck gekommenen Auffassung fest. Allein der Umstand hoher Scheidungsquoten ändert nichts daran, dass es auch bei einer Scheidungsklausel wie der vorliegenden konkreter Anhaltspunkte für die Unwirksamkeit des Ehegattentestaments bedarf. Hohe Scheidungsquoten beruhen auf entsprechenden gerichtlichen Entscheidungen, § 1564 BGB. Solche Quoten lassen aber nicht den Schluss auf entsprechend hohe Zahlen von Anträgen zu, in denen es letztlich nicht zur Scheidung gekommen ist, sei es etwa wegen Antragsrücknahme oder Erledigung durch den Tod eines der Ehegatten. Solche Verfahren bleiben in den Statistiken des Statistischen Bundesamtes unberücksichtigt (vgl. Genesisonline, Statistik 12631). Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass während einer bestehenden Ehe ein solcher Antrag einmal gestellt worden ist. Gleichwohl handelt es sich doch immer noch um nicht mehr als

eine abstrakte Möglichkeit, die den durch § 35 Abs. 1 S. 2 GBO zum Ausdruck kommenden Wert eines notariellen Testaments nicht zu schmälern vermag (Reymann, in: jurisPK-BGB, 2020, § 2268, Rdn. 23; Weber, MittBayNot 2017, 163, 165; Volmer, ZEV 2016, 402, 403).

11 Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass nichts Anderes gelten kann, wenn eine Scheidungsklausel den Inhalt der gesetzlichen Auslegungsregeln lediglich wiederholt.

12 Im vorliegenden Fall liegen konkrete Anhaltspunkte weder für eine Auflösung der Ehe vor dem Tod der Ehefrau des Beteiligten noch für die Stellung eines Scheidungs- oder Aufhebungsantrags durch einen von ihnen vor.

13 Die Zulassung der Rechtsbeschwerde, § 78 Abs. 2 S. 1 GBO, kommt trotz Abweichung von den Entscheidungen der Oberlandesgerichte München und Naumburg mangels Beschwer des Beteiligten, dessen Rechtsmittel Erfolg hat, nicht in Betracht (Senat, Beschluss vom 28. Februar 2012 – 1 W 41/12 – juris; Demharter, a.a.O., § 78, Rdn. 6.1).

Eigentümerversammlung, Eintragungshindernis, Grundbuchamt, Mitwirkungsrecht, Sondereigentum

WEG § 12 Abs. 1, Abs. 3, § 23 Abs. 2, Abs. 4; GBO § 29, § 71 Abs. 1, § 72, § 73 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, § 75; BGB § 32 Abs. 1 S. 2

Amtliche Leitsätze:

1. Ist die Veräußerung des Wohnungseigentums gemäß § 12 Abs. 1, Abs. 3 WEG i.V.m. dem als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragenen Zustimmungserfordernis unwirksam, solange nicht die Zustimmung des Verwalters erteilt ist und ist die Verwalterbestellung verfahrensfehlerhaft erfolgt (hier: weil die Beschlussfassung über die Wahl des Verwalters bei der Einberufung der Wohnungseigentümerversammlung nicht als Tagesordnungspunkt aufgeführt war, ohne dass eine Ergänzung der Tagesordnung um diesen Punkt während der laufenden Versammlung den Fehler zu korrigieren vermochte), so führt dies nur zur Anfechtbarkeit. Das Grundbuchamt darf bei der Prüfung der zu beachtenden Eintragungsvoraussetzungen – außer im Falle einer (hier nicht gegebenen) bewussten, böswilligen Umgehung des Mitwirkungsrechts eines Wohnungseigentümers – von einer Nichtigkeit der Verwalterbestellung nicht ausgehen.

2. Eine Zwischenverfügung ist inhaltlich unzulässig, wenn die Beteiligten ernsthaft und endgültig zu erkennen gegeben haben, dass sie nicht gewillt waren, das vom Grundbuchamt gesehene Eintragungshindernis (hier: Fehlen des Nachweises einer ordnungsgemäßen Verwalterbestellung sowie der Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung in der Form des § 29 GBO bzw. der Genehmigung der bereits erfolgten Zustimmung) zu beseitigen (Bestätigung der ständigen Rechtsprechung des Senats, vgl. FGPrax 2020, 109f., 2019, 102 m.N.).

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat),
Beschluss vom 30.10.2020 – I-3 Wx 182/20

► I. Tatbestand:

1 Der Beteiligte zu 1 war Eigentümer eines 55,621/1.000 Miteigentumsanteils an dem vorgenannten Grundbesitz verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Haus-Nr. 38 im II. Obergeschoss links, Nr. 17 des Aufteilungsplanes, mit Kellerraum sowie eines 55,541/1.000 Miteigentumsanteils an dem im Grundbuch des Amtsgerichts Mönchengladbach von ... Blatt ... verzeichneten Grundbesitz der Gemarkung ..., verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Haus-Nr. 38 im II. Obergeschoss rechts, Nr. 18 des Aufteilungsplanes, mit Kellerraum. Es ist mit dinglicher Wirkung vereinbart und als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen, dass die Veräußerung von Wohnungseigentum der Zustimmung des Verwalters bedarf.

2 Mit notariellem Vertrag des Notars Dr. ... vom 9. März 2020 (URNr. 453 für 2020), auf den wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, veräußerte der Beteiligte zu 1 den Grundbesitz an die Beteiligten zu 2 und 3.

3 Mit Schriftsatz vom 22. Juni 2020 beantragten die Beteiligten u.a. Eigentumsumschreibung auf die Beteiligten zu 2 und 3 unter Beifügung einer Zustimmungserklärung des Verwalters ... vom 15. April 2020. Zum Nachweis der Verwalterbestellung legten sie ein Protokoll der ordentlichen Eigentümerversammlung vom 8. September 2016 unter dem Vorsitz des Verwalters ... vor. Anwesend waren 944,59/1.000 Stimmanteilen. Im Protokoll heißt es: „Die Bestellung der Verwaltung endet zum 31.12.2016; durch ein Versehen hat die Verwaltung jedoch keinen TOP zur Verwalterbestellung ab dem 01.01.2017 in die Tagesordnung aufgenommen. Herr ... stellt daher den Antrag zur Geschäftsordnung, einen TOP 7 mit der Beschlussformulierung „Beschlussfassung über die Bestellung der Verwaltung ab dem 1. Januar 2017“ aufzunehmen. Der Antrag wird per mehrheitlichem Handzeichen angenommen.“

4 Unter „TOP 7“ wurde sodann ... mit 944,59/1.000 Stimmanteilen ab dem 1. Januar 2017 erneut zum Verwalter bestellt.

5 Mit Zwischenverfügung vom 8. Juli 2020 hat das Grundbuchamt mitgeteilt, die Verwalterbestellung laut Protokoll der Eigentümerversammlung vom 8. September 2016 sei unwirksam. Es sei versäumt worden, die Wahl des Verwalters auf die Tagesordnung zu nehmen. Zwar sei dies mit den anwesenden Teilnehmern (944,59/1000) nachgeholt worden. Weil nicht alle Stimmenanteile anwesend gewesen seien, hätte dieser Tagesordnungspunkt aber nicht aufgenommen werden dürfen. Einer offensichtlichen Nichtigkeit der Bestellung müsse das Grundbuchamt nachgehen. Das Grundbuchamt hat den Beteiligten aufgegeben, eine ordnungsgemäße Verwalterbestellung in der Form des § 29 GBO sowie die Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung in der Form des § 29 GBO bzw. die Genehmigung der bereits erfolgten Zustimmung nachzuweisen. Gegebenenfalls könnten auch alle Miteigentümer der Veräußerung zustimmen.

6 Dem sind die Beteiligten zunächst mit Schriftsatz vom 16. Juli 2020 entgegengetreten. Sie haben angekündigt, Beschwerde einzulegen, sollte das Grundbuchamt die Zwischenverfügung aufrechterhalten. Nach Mitteilung des Grundbuchamts, dass es bei der Zwischenverfügung verbleibe, haben sie Beschwerde eingelegt. Sie machen geltend, der trotz fehlerhafter Einberufung gefasste Beschluss sei nach ganz herrschender Meinung nur anfechtbar, nicht nichtig. Dies gelte ungeachtet des Wortlauts des § 23 Abs. 2 WEG („gültig“), der an § 32 Abs. 1 S. 2 BGB angelehnt sei. Der Beschluss wäre nur dann nichtig, wenn bewusst Einladungsfehler gemacht worden wären, um einen Eigentümer von der Versammlung auszuschließen, was ohne weitere Anhaltspunkte nicht unterstellt werden könne und bislang nur in gravierenden Fällen angenommen worden sei. Derartige Anhaltspunkte seien hier nicht ersichtlich und vom Grundbuchamt auch nicht dargelegt worden. Zudem wäre es aufgrund der Mehrheitsverhältnisse auch ohne den Formfehler zu der Beschlussfassung gekommen. Sofern feststehe, dass es bei ordnungsgemäßer Ladung zu demselben Beschluss gekommen wäre, sei der Verstoß unbeachtlich. Folglich könne hier nicht von der Nichtigkeit der Verwalterbestellung ausgegangen werden, sondern allenfalls von deren Anfechtbarkeit. Nach überwiegender Ansicht sei ein anfechtbarer Beschluss vom Grundbuchamt so lange als gültig zu betrachten, wie er nicht durch rechtskräftigen Gerichtsentcheid aufgehoben worden sei.

7 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt. Es hat ausgeführt, es sei richtig, dass ein trotz fehlerhafter Einberufung gefasster Beschluss grundsätzlich

nur anfechtbar und nicht nichtig sei. Allerdings könne es zur Nichtigkeit eines Beschlusses führen, wenn bei der Einladung das Mitwirkungsrecht eines Wohnungseigentümers bewusst umgangen worden sei. Die Bestellung eines WEG-Verwalters sei für jedes Mitglied einer WEG von einer derartigen Bedeutung, dass „es bei formgerechter Einladung vielleicht zu dem Schluss gelangt wäre, doch an der Versammlung teilzunehmen.“ Einem erfahrenen WEG-Verwalter wäre bewusst gewesen, dass das vorliegende Verfahren zur Nichtigkeit eines Beschlusses führen könne, weswegen er zur Neuwahl des WEG-Verwalters eine neue Versammlung einberufen hätte. Dass dies nicht geschehen sei, stelle das bewusste Ausschließen eines Mitglieds der WEG dar, was die Nichtigkeit des Beschlusses zur Folge habe. Es könne nicht unterstellt werden, dass es auch ohne den Formfehler zur Bestellung des Verwalters gekommen wäre. Dafür spreche zwar die Einstimmigkeit des gefassten Beschlusses. Allerdings lebe eine Versammlung von der Diskussion und dem Austausch von Argumenten. Es sei nicht auszuschließen, dass das nicht eingeladene Mitglied der WEG die übrigen Mitglieder beeinflusst hätte.

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 schon deshalb Erfolg, weil die Zwischenverfügung nicht hätte ergehen bzw. durch Nichtabhilfe hätte bestätigt werden dürfen und daher aus formellen Gründen aufzuheben ist.

11 Die Zwischenverfügung ist inhaltlich unzulässig, weil die Beteiligten bereits mit Schriftsatz vom 16. Juli 2020 in Verbindung mit der Email der Hausverwaltung vom selben Tage ernsthaft und endgültig zu erkennen gegeben haben, dass sie nicht gewillt waren, das vom Grundbuchamt gesehene Eintragungshindernis zu beseitigen. In diesem Fall geht das mit Erlass einer Zwischenverfügung beabsichtigte Verbesserungsverfahren ins Leere. Das Grundbuchamt hätte deshalb – auf der Basis seiner eigenen Rechtsauffassung – die Zwischenverfügung nicht aufrecht erhalten dürfen, sondern über den Eintragungsantrag unmittelbar entscheiden müssen (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. ZWE 2020, 273 und Beschluss vom 18. Oktober 2019 – 3 Wx99/19 –, juris).

12 Vorsorglich sei – ohne Bindungswirkung – bemerkt:

13 In der Sache dürfte der Antrag der Beteiligten entgegen der vom Grundbuchamt in der angefochtenen Zwischenverfügung vertretenen Auffassung erfolgversprechend sein.

14 Gem. § 12 Abs. 1, Abs. 3 WEG i.V.m. dem als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragenen Zustimmungserfordernis ist die Veräußerung des Wohnungseigentums unwirksam, solange nicht die Zustimmung des Verwalters erteilt ist. Die Beteiligten haben die Verwalterzustimmung durch Vorlage der Erklärung des Frank von Gehlen vom 15. April 2020 nachgewiesen. Ein Nachweis in Bezug auf die Verwaltereigenschaft des ... (zur Erforderlichkeit eines solchen Nachweises vgl. OLG München Rpfleger 2018, 370; OLG Frankfurt Rpfleger 2011, 152) liegt mit dem Protokoll der ordentlichen Eigentümerversammlung vom 8. September 2016 unter dem Vorsitz des Verwalters ... vor.

15 Zu Recht hat das Grundbuchamt allerdings darauf hingewiesen, dass die Verwalterbestellung verfahrensfehlerhaft erfolgt ist, weil die Wahl des Verwalters entgegen § 23 Abs. 2 WEG versehentlich nicht in die Tagesordnung aufgenommen worden war. Die Ergänzung der Tagesordnung während der laufenden Versammlung vermag diesen Fehler nicht zu korrigieren. § 23 Abs. 2 WEG sieht die Bezeichnung des Beschlussgegenstandes bei der Einberufung der Versammlung vor. Diese Regelung dient dazu, die Wohnungseigentümer vor überraschenden Beschlüssen zu schützen, damit sie sich anhand der Tagesordnung auf die Versammlung vorbereiten und entscheiden können, ob sie daran teilnehmen wollen (*Engelhardt*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 23 WEG Rn. 16). Da einer der Wohnungseigentümer bei der Versammlung nicht anwesend war, hatte er infolge der unvollständigen Tagesordnung keine Gelegenheit zu entscheiden, ob er an der Verwalterbestellung mitwirken wollte.

16 Die fehlende Ankündigung der Verwalterbestellung in der Tagesordnung hat jedoch entgegen der Auffassung des Grundbuchamts nicht zur Folge, dass der Beschluss nichtig wäre. Vielmehr führt eine fehlerhafte (oder fehlende) Bezeichnung des Beschlussgegenstandes lediglich zu dessen Anfechtbarkeit (§ 23 Abs. 4 WEG), weil die Regelung in § 23 Abs. 2 WEG kein zwingendes Recht darstellt, sondern durch Vereinbarung abgeändert werden kann (vgl. BGH NJW 2012, 3571; NJW 1999, 3713; BayObLG Rpfleger 82, 100; *Engelhardt*, a.a.O., Rn. 20; *Schultzky*, in: Ring/Grziwotz/Keukenschrijver, BGB Sachenrecht, § 23 WEG Rn. 7).

17 Es liegt auch kein Fall vor, in dem wegen einer bewussten Umgehung des Mitwirkungsrechts eines Eigentümers ausnahmsweise Nichtigkeit anzunehmen wäre. Für den Fall der unterbliebenen Einladung eines Woh-

nungseigentümers hat der Bundesgerichtshof entschieden, diese führe nur in ganz besonders schwerwiegenden Ausnahmefällen zur Nichtigkeit der in der Eigentümerversammlung gefassten Beschlüsse, etwa wenn der Wohnungseigentümer in böswilliger Weise gezielt von der Teilnahme ausgeschlossen werden solle (BGH NJW 2012, 3571; *Emmerich*, in: Bärmann/Pick, Wohnungseigentumsgesetz, 20. Auflage 2020). Anhaltspunkte dafür, dass hier ein derartiger besonders schwerwiegender Ausnahmefall vorliegen würde, sind nicht ersichtlich. Zwar musste den Anwesenden der Eigentümerversammlung bei der Ergänzung der Tagesordnung bewusst sein, dass der nicht anwesende Eigentümer hierdurch keine Gelegenheit erhielt, über seine Teilnahme an der Verwalterbestellung zu entscheiden. Es ist jedoch nichts dafür erkennbar, dass dies in böswilliger Weise geschehen wäre, um den ferngebliebenen Teilnehmer gezielt von der Teilnahme auszuschließen. Vielmehr geht aus dem Protokoll der Eigentümerversammlung hervor, dass die Verwalterbestellung versehentlich nicht in die Tagesordnung aufgenommen worden war. Die Ergänzung der Tagesordnung erfolgte demnach ersichtlich in dem Bemühen, diesen Fehler zu korrigieren, ohne eine weitere Versammlung einberufen zu müssen. Dafür, dass es den Teilnehmern dabei darauf angekommen wäre, den nicht anwesenden Eigentümer von der Teilnahme an der Wahl auszuschließen, liegen keine Anhaltspunkte vor.

Vollzug der Auflassung

GBO § 20, § 29 Abs. 1 S. 2, § 71 Abs. 1; FamFG § 10 Abs. 2 S. 2 Nr. 3; WEG § 6 Abs. 1; BNotO § 21; GNotKG § 22 Abs. 1, § 46 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1

Amtlicher Leitsatz:

Zum Nachweis der Berechtigung zur Vertretung einer auf den British Virgin Islands ansässigen Gesellschaft in der Rechtsform einer Limited.

OLG München (34. Zivilsenat),

Beschluss vom 09.11.2020 – 34 Wx 235/20

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligte zu 1 ist im Wohnungsgrundbuch als Mit-eigentümerin von Grundbesitz, verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung, einem Keller und einem Tiefgaragenstellplatz eingetragen.

2 Mit notariellem Vertrag vom 16.9.2014 veräußerte die Beteiligte zu 1 o.g. Anteil an die Beteiligte zu 2, eine Gesellschaft in der Rechtsform der Limited mit Sitz auf den British Virgin Islands.

3 Dabei wurde die Beteiligte zu 2 von X.X. vertreten. Vorgelegt wurden jeweils in Kopie ein certificate of good standing des Registrar of Corporate Affairs vom 27.8.2014 für die Beteiligte zu 2, ein certificate of incumbency vom 3.9.2014, wonach den beim registered office hinterlegten Dokumenten zufolge seit 12.8.2014 X.X. der company's director sei, ein gesiegeltes notarial certificate eines notary public für die British Virgin Islands vom 3.9.2014, wonach dieses certificate of incumbency im Rahmen ihrer Befugnisse von den autorisierten Unterzeichnern der X.X Ltd., dem registered agent der Beteiligten zu 2, unterschrieben worden sei, und eine Apostille ebenfalls vom 3.9.2014, mit der die Unterschrift des notary public sowie dessen Amtsbefugnis und Siegel beglaubigt wurden. Die Vertreter der Beteiligten erteilten dem Urkundsnotar jeweils Vollmacht, die Eintragung des Eigentumswechsels zu bewilligen und zu beantragen.

4 Am 31.10.2014 wurde antragsgemäß im Wohnungsgrundbuch eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 2 eingetragen.

5 Auf den Antrag auf Vollzug der Auflassung vom 21.4.2016 hin forderte das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 27.4.2016 einen Kostenvorschuss an und erklärte außerdem, die eingereichten Unterlagen hinsichtlich des Vertretungsnachweises der Käuferin reichten nicht aus. Es fehle am Nachweis, dass die X.X. Ltd. vertretungsberechtigtes Organ der Beteiligten zu 2 sei und durch wen wiederum die X.X. Ltd. vertreten werde. Dem notarial certificate lasse sich insoweit nicht entnehmen, dass der Notar Einsicht in die entsprechenden Unterlagen genommen habe. Die Dokumente seien zudem in beglaubigter deutscher Übersetzung einzureichen und mit einer Apostille zu versehen.

6 Daraufhin legte der Urkundsnotar eine Vertretungsbescheinigung vom 31.5.2016 vor, derzufolge nach Einsichtnahme durch ihn in die Bestätigung des Registrar of Corporate Affairs vom 27.8.2014 die Beteiligte zu 2 durch die X.X. Ltd. und diese wiederum durch den director X.X. vertreten werde gemäß weiterem notariellem Zertifikat und Apostille hierzu sowie Bestätigung der Amtsinhaberschaft jeweils vom 3.9.2014. Die genannten Bestätigungen hätten bei der Beurkundung im Original vorgelegen.

7 Das Grundbuchamt erließ am 10.6.2016 eine weitere Zwischenverfügung. Die notarielle Bestätigung vom 31.5.2016 sei lediglich als Übersetzung der eingereichten englischsprachigen Unterlagen zu bewerten. Die Unterschriften auf dem certificate of incumbency seien nicht identifizierbar. Wer vertretungsberechtigtes Organ der

Beteiligten zu 2 sei, müsste sich aus deren Geschäftsunterlagen ergeben. X.X. trete laut notarieller Urkunde als einzelvertretungsberechtigter director auf. Inwieweit eine solche Berechtigung vorliege, ergebe sich aus den eingereichten Unterlagen nicht. Ebensowenig könne diesen entnommen werden, wer secretary bzw. agent der X.X. Ltd. ist. Die Namen seien weder in der Unterschrift lesbar noch ergäben sie sich aus der Urkunde. Es fehle nach wie vor am Nachweis, dass die X.X. Ltd. als secretary der Beteiligten zu 2 bestellt wurde und wer vertretungsberechtigtes Organ der X.X. Ltd. und damit berechtigt ist, das certificate of incumbency auszustellen. Die Unterlagen seien in beglaubigter deutscher Übersetzung einzureichen und mit einer Apostille zu versehen.

8 Mit Beschluss vom 15.12.2016 wies das Grundbuchamt den Antrag zurück, da der Kostenvorschuss nicht geleistet worden sei.

9 Der Urkundsnotar legte mit Schreiben vom 7.11.2018 nochmals folgende Dokumente jeweils in von ihm beglaubigter Kopie vor: Ein certificate of incumbency vom 22.8.2018, wonach den beim registered office hinterlegten Dokumenten zufolge seit 12.8.2014 X.X. der company's director sei, ein gesiegeltes notarial certificate eines notary public vom 22.8.2018, wonach es sich beim Vorgenannten um ein Originalzertifikat handle, das im Rahmen ihrer Befugnisse von den autorisierten Unterzeichnern der X.X. Ltd., dem registered agent der Beteiligten zu 2, ausgestellt worden sei, und eine Apostille ebenfalls vom 22.8.2014, mit der die Unterschrift des notary public sowie dessen Amtsbefugnis und Siegel beglaubigt wurden. Beigefügt waren durch den Urkundsnotar beglaubigte Kopien von Ablichtungen des certificate of incorporation vom 21.1.2014, des memorandum and article of association vom 21.1.2014 sowie des certificate of incumbency und des Originals des certificate of good standing, eines letter of certification der X.X. Ltd., wonach es sich bei all dem um echte Dokumente der Beteiligten zu 2 handle, und eines gesiegelten notarial certificate eines notary public vom 22.8.2018, wonach es sich dabei um ein Originalzertifikat handle, das im Rahmen ihrer Befugnisse von den autorisierten Unterzeichnern der X.X. Ltd., dem registered agent der Beteiligten zu 2, ausgestellt wurde, und einer Apostille ebenfalls vom 22.8.2018, mit der die Unterschrift des notary public sowie dessen Amtsbefugnis und Siegel beglaubigt wurden.

10 Mit Schreiben vom 7.2.2019 hat der Urkundsnotar sodann erneut den Vollzug der Auflassung und die Löschung der Auflassungsvormerkung beantragt.

11 Auf die Anforderung einer deutschen Übersetzung des Vertretungsnachweises durch das Grundbuchamt vom 19.2.2019 hin hat der Urkundsnotar mit Schreiben vom 14.6.2019 folgende Dokumente vorgelegt: Ablichtungen

des certificate of incorporation, des memorandum and article of association, eines certificate of incumbency vom 31.5.2019 und eines certificate of good standing ebenfalls vom 31.5.2019 sowie jeweils im Original einen letter of certification der X.X. Ltd. vom 3.6.2019, wonach es sich bei all dem um echte Dokumente der Beteiligten zu 2 handle, ein gesiegeltes notarial certificate eines notary public vom 3.6.2019, wonach es sich dabei um ein Originalzertifikat handle, das im Rahmen ihrer Befugnisse von den autorisierten Unterzeichnern der X.X. Ltd., dem registered agent der Beteiligten zu 2, ausgestellt wurde, und eine Apostille ebenfalls vom 3.6.2019, mit der die Unterschrift des notary public sowie dessen Amtsbefugnis und Siegel beglaubigt wurden. Beigefügt sind jeweils deutsche Übersetzungen.

12 Mit Schreiben vom 2.7.2019 hat das Grundbuchamt erklärt, der Vertretungsnachweis sei nach wie vor nicht ausreichend. Es fehle der Nachweis, dass die X.X. Ltd. gemäß Art. 91 Abs. 3 BVI Business Companies Act 2004 Inhaberin einer Lizenz hierfür ist und die Genehmigung der Kommission zur Erbringung registrierter Agentendienste hat. Des Weiteren sei nicht nachgewiesen, dass die Unterzeichner Vertretungsberechtigte der X.X. Ltd. sind. Es sei auch nicht nachgewiesen, dass X.X. einzelvertretungsberechtigt für die Käuferin handeln kann.

13 Mit weiterem Schreiben vom 27.9.2019 hat das Grundbuchamt zudem darauf hingewiesen, dass die dem Schreiben vom 14.6.2019 beigefügten Unterlagen größtenteils identisch mit den bereits eingereichten seien. Die neu vorgelegte notarielle Urkunde vom 2.7.2019 behebe keines der im Schreiben vom 2.7.2019 aufgeführten Hindernisse.

14 Der Urkundsnotar hat mit Schreiben vom 18.12.2019 eine schriftliche Genehmigung der in der Urkunde vom 16.9.2014 enthaltenen Erklärungen durch X.X. eingereicht. Die Unterschrift ist durch ihn beglaubigt. Beigefügt sind jeweils in ebenfalls durch ihn beglaubigter Kopie eine mit Apostille versehene certification des Registrar of Corporate Affairs der BVI Financial Services Commission vom 14.11.2019, wonach registered agent der Beteiligten zu 2 die X.X. Ltd. und dem übermittelten register of directors zufolge director of the company X.X. sei, und ein ebenfalls mit Apostille versehener Registerauszug der BVI Financial Commission vom 26.9.2016, wonach X.X. der director der Beteiligten zu 2 sei. Diese Eintragung bescheinigt der Urkundsnotar aufgrund Einsicht in die Bescheinigung des Registrar of Corporate Affairs und in ein nicht näher bezeichnetes notarial certificate.

15 Das Grundbuchamt hat mit Schreiben vom 17.2.2020 wiederum erklärt, der Vertretungsnachweis sei noch nicht ausreichend geführt, und dabei auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Jena verwiesen. Demnach werde

der Nachweis durch eine Bescheinigung des registered agent geführt. Diese sei im Original mit Siegel vorzulegen. Sie bedürfe der Unterschriftsbeglaubigung durch einen notary public und müsse mit einer besonderen Versicherung der Richtigkeit der bestätigten Tatsachen versehen sein. Der Nachweis, dass es sich um den richtigen registered agent handle, werde wohl erneut benötigt, damit er aktuell sei. Sämtliche Dokumente seien mit einer Apostille zu versehen.

16 Mit Schreiben vom 21.2.2020 hat der Urkundsnotar „bezugnehmend auf die Zwischenverfügung vom 17.02.2020“ Beschwerde eingelegt. Es sei eine Bestätigung des Gesellschaftsregisters der BVI Financial Services Commission, also einer staatlichen Behörde, vorgelegt worden mit einer notariellen Bestätigung, dass die Gesellschaft ordnungsgemäß registriert sei. Diese sei zusätzlich mit einer Apostille versehen. In der Bescheinigung der BVI Financial Services Commission sei ausdrücklich aufgeführt, dass die – einzige – Direktorin und damit handlungsfähige Person X.X. sei. Es sei daher hinreichend nachgewiesen, dass die Gesellschaft auf den British Virgin Islands existiere und X.X. als Direktorin für diese habe handeln können. Die vorgelegte Bescheinigung sei auch aktuell, da sie der mit Schreiben vom 18.12.2019 eingereichten Urkunde beigelegt gewesen sei und vom 14.11.2019 datiere. Im Übrigen sei auf den Beurkundungszeitpunkt abzustellen.

17 Das Grundbuchamt hat am 25.3.2020 eine Zwischenverfügung erlassen. Die Bescheinigung der Vertretungsbefugnis durch einen auf den British Virgin Islands zugelassenen Notar müsse den Anforderungen in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Jena entsprechen. Vorgelegt worden sei eine Bestätigung des Urkundsnotars, dass das Dokument eine vollständige Kopie und die Beteiligte zu 2 eine eingetragene Firma sei. Ein Vertretungsnachweis werde lediglich durch die certification geführt, wonach X.X. director der Firma sei. Diese Bescheinigung sei nicht ausreichend. Es werde um die Einreichung einer Bescheinigung des registered agent gemäß dem gerichtlichen Schreiben vom 17.2.2020 oder eines notary public, die den in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Jena aufgeführten Anforderungen genügt, gebeten.

18 Der Urkundsnotar hat mit Schreiben vom 14.4.2020 bezugnehmend auf die Zwischenverfügung vom 25.3.2020 und den vorhergehenden Schriftverkehr wiederum Beschwerde eingelegt und auf die Beschwerde vom 21.2.2020 verwiesen.

19 Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 8.5.2020 erklärt, der Beschwerde vom 14.4.2020 nicht abzuweichen. Die vorgelegte Bescheinigung sei nach der Entscheidung des Oberlandesgerichts Jena zum Nachweis der Vertretungsberechtigung nicht ausreichend.

20 Der mittlerweile bevollmächtigte Anwalt der Beteiligten zu 2 hat mit Schriftsatz vom 8.7.2020 vorgetragen, dem notariell beglaubigten und mit Apostille versehenen Registerauszug sei zu entnehmen, dass X.X. als – einzige – Direktorin zeichnungsberechtigt sei. Den Einwand, dass eine neue Bescheinigung bezüglich der Vertretungsberechtigung vorzulegen sei, teile er nicht. Die Eintragung sei unter dem 26.9.2016 erfolgt, der Registerauszug am 14.11.2019 gefertigt. Einer Beschäftigung mit dem secretary der Gesellschaft bedürfe es hier nicht. In dem vom Oberlandesgericht Jena entschiedenen Sachverhalt sei alleine das certificate of incumbency vorgelegt worden und eben nicht der Auszug aus dem Unternehmensregister, der dort als ausreichend angesehen worden wäre.

21 Auf einen Hinweis des Senats hin hat der Urkundsnotar mit Schreiben vom 1.9.2020 die Beschwerde vom 21.2.2020 zurückgenommen.

II. Aus den Gründen:

22 Die Beschwerde vom 14.4.2020, über die allein noch zu entscheiden war, ist zulässig, aber unbegründet.

23 1. Die Beschwerde vom 21.2.2020 konnte ohne Weiteres zurückgenommen werden (vgl. *Budde* in *Bauer/Schaub* GBO 4. Aufl. § 73 Rn. 17; *Demharter* GBO 31. Aufl. § 73 Rn. 11; *Hügel/Kramer* GBO 4. Aufl. § 73 Rn. 36; *Sternal* in *Keller/Munzig* GBR 8. Aufl. § 73 Rn. 24; *Meikel/Schmidt-Räntsch* GBO 11. Aufl. § 73 Rn. 21; *Schöner/Stöber* GBR 16. Aufl. Rn. 501). Über sie hatte daher in der Hauptsache keine Entscheidung mehr zu ergehen.

24 2. Die Beschwerde vom 14.4.2020 ist zulässig.

25 a) Sie ist insbesondere statthaft gemäß § 71 Abs. 1 GBO. Entscheidungen des Grundbuchamts i. S. dieser Bestimmung sind auch Zwischenverfügungen nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO (OLG Hamm FGPrax 2010, 177; *Budde* in *Bauer/Schaub* § 71 Rn. 6; *Demharter* § 71 Rn. 1; *Hügel/Kramer* § 71 Rn. 68; *Sternal* in *Keller/Munzig* § 71 Rn. 20; *Meikel/Schmidt-Räntsch* § 71 Rn. 18; *Schöner/Stöber* Rn. 473).

26 b) Die Beteiligten können sich gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG durch einen Notar vertreten lassen. Da der im Grundbuchverfahren ausdrücklich bevollmächtigte Urkundsnotar den Eintragungsantrag gestellt hat, gilt er nach § 15 Abs. 2 GBO auch als ermächtigt, Beschwerde einzulegen (vgl. *Demharter* § 15 Rn. 20; *Hügel/Kramer* § 71 Rn. 226). Der Rechtsmittelführer ist nicht näher bezeichnet; daher ist anzunehmen, dass die Beschwerde für beide Beteiligte eingelegt ist (vgl. BGH NJW 1985, 3070/3071; *Wilke* in *Bauer/Schaub* § 15 Rn. 30; *Demharter* § 15 Rn. 20; *Hügel/Kramer* § 71 Rn. 227; *Meikel/Böttcher* § 15 Rn. 38). Eine Vertretung der Beteiligten zu 2 darüber

hinaus durch einen Rechtsanwalt ist gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG ebenfalls zulässig. Ob X.X. ihrerseits zur Vertretung der Beteiligten zu 2 berechtigt war, ist als doppelrelevante Tatsache im Rahmen der Prüfung der Begründetheit der Beschwerde zu klären. Für die Annahme der Vertretungsberechtigung im Verfahren vor dem Grundbuchamt und vor dem Beschwerdegericht genügt die entsprechende Behauptung, die hier vorliegt (vgl. Senat vom 27.7.2020, 34 Wx 212/20 = FGPrax 2020, 247/248).

27 3. Die Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

28 a) Auch im Falle der Beteiligung einer ausländischen Gesellschaft richtet sich das Eintragsverfahren nach deutschem Recht als der *lex fori* (Senat vom 14.10.2015, 34 Wx 187/14 = NZG 2015, 1437/1438; OLG Düsseldorf FGPrax 2015, 12; OLG Naumburg BeckRS 2014, 14966; OLG Köln FGPrax 2013, 18/19; *Demharter* § 1 Rn. 29; Hügél/Holzer § 1 Rn. 37; *Sieghörner/Nicht* in Keller/Munzig § 8 Einl. Rn. 359), hier also nach den Bestimmungen der GBO.

29 b) Gemäß § 20 GBO darf im Falle der Auflassung eines Grundstücks die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist. Die Übertragung von Wohnungs- und Teileigentum stellt inhaltlich einen Erwerb eines Miteigentumsanteils dar, der gemäß § 1 Abs. 2 und 3 WEG mit dem Sondereigentum an bestimmten Räumen verbunden ist. Das Sondereigentum kann nach § 6 Abs. 1 WEG ohne den dazugehörigen Miteigentumsbruchteil nicht übertragen werden. Deshalb gelten für die Übertragung von Wohnungs- und Teileigentum die §§ 873, 925 BGB unmittelbar. Es bedarf somit der Auflassung, die dem Grundbuchamt nach § 20 GBO nachzuweisen ist (*Kössinger* in Bauer/Schaub § 20 Rn. 64; *Demharter* § 20 Rn. 4; Hügél/Hügél § 20 Rn. 29; *Munzig* in Keller/Munzig § 20 Rn. 14; Meikel/Böttcher § 20 Rn. 30).

30 c) Wird die Auflassung durch einen Vertreter erklärt, ist dessen diesbezügliche Berechtigung als andere Voraussetzung der Eintragung i.S. von § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO, also durch öffentliche Urkunden nachzuweisen (OLG Jena FGPrax 2018, 104/105; OLG Brandenburg MittBayNot 2011, 222/223; *Demharter* § 29 Rn. 15; Hügél/Otto § 32 Rn. 1; *Sieghörner/Nicht* in Keller/Munzig § 8 Einl. Rn. 360; Meikel/Hertel § 29 Rn. 121; *Bausback* DNotZ 1996, 254/265; a.A. OLG Nürnberg FGPrax 2014, 156/157). § 32 GBO gewährt zwar insofern eine Erleichterung, als der Nachweis einer in einem Register eingetragenen Vertretungsberechtigung durch eine Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 BNotO erbracht werden kann. Diese Erleichterung ist aber grundsätzlich beschränkt auf Eintragungen in einem deutschen Register (OLG Düsseldorf FGPrax 2015, 12 f.; OLG Nürnberg FGPrax 2014, 156/157; OLG Naumburg BeckRS 2014, 14966; OLG Brandenburg MittBayNot

2011, 222/223; OLG Hamm NJOZ 2011, 2021/2022; NJW-RR 1995, 469/470; *Schaub* in Bauer/Schaub § 32 Rn. 10; Hügél/Otto § 32 Rn. 29; Meikel/Hertel Einl. G Rn. 78; *Bausback* DNotZ 1996, 254/265; a.A. *Volmer* in Keller/Munzig § 32 Rn. 51; *Schöner/Stöber* Rn. 3636h; *Heckschen* BB 2015, 592). Ausnahmsweise genügt die von einem deutschen Notar aufgrund einer Einsicht in ein ausländisches Register ausgestellte Bescheinigung, wenn feststeht, dass dieses Register dem deutschen entspricht (Senat vom 14.10.2015, 34 Wx 187/14 = NZG 2015, 1437/1438; OLG Düsseldorf FGPrax 2015, 12/13; OLG Schleswig FGPrax 2008, 217; *Schaub* in Bauer/Schaub § 32 Rn. 11; *Demharter* § 32 Rn. 8; *Heckschen* BB 2015, 592). Kennt indes das einschlägige ausländische Recht kein beweiskräftiges Handelsregister und gibt es nach dessen Vorschriften auch sonst keinen vollständigen Beweis für die Vertretungsberechtigung, dann kann und muss das Grundbuchamt den nach dem ausländischen Recht möglichen Nachweis verlangen, dieser reicht dann aber aus (OLG Jena FGPrax 2018, 104/105; KG FGPrax 2012, 236; Hügél/Zeiser IPR Rn. 107; Meikel/Hertel Einl. G Rn. 79; *Bausback* DNotZ 1996, 254/265 f.).

31 d) Die Frage der Bestellung ihrer Organe und deren Vertretungsmacht ist im Falle einer ausländischen Gesellschaft nach dem Gesellschaftsstatut zu beurteilen (OLG Jena FGPrax 2018, 104/105; Senat vom 14.10.2015, 34 Wx 187/14 = NZG 2015, 1437/1438; OLG Naumburg BeckRS 2014, 14966; KG DNotZ 2012, 604; *Schaub* in Bauer/Schaub AT K Rn. 111; Hügél/Zeiser IPR Rn. 99; *Bausback* DNotZ 1996, 254/261). Zur Vertretung einer nach dem Recht der British Virgin Islands gegründeten Limited sind gemäß section 129 subsection 2 BVI Business Companies Act 2004 ihre directors berechtigt.

32 aa) Der Nachweis, dass die handelnde Person director i.S. dieser Bestimmung und damit vertretungsberechtigt ist, kann durch eine Bescheinigung des registered agent der Gesellschaft geführt werden. Gemäß section 96 subsection 1 BVI Companies Act 2004 bewahrt er die Unterlagen der Gesellschaft auf, darunter gemäß lit. c das register of directors; Änderungen sind ihm gemäß subsection 2 lit. a innerhalb von 15 Tagen mitzuteilen. Der registered agent ist daher in der Lage, Bescheinigungen für die Gesellschaft auszustellen. Gemäß section 107 BVI Companies Act 2004 ist er hierzu auch berechtigt.

33 Allerdings handelt es sich bei diesen Bescheinigungen nicht um – ausländische – öffentliche Urkunden, da der registered agent als Organ der Gesellschaft fungiert und ihm hoheitliche Aufgaben nicht übertragen sind. Können demnach die Anforderungen des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO wegen des Inhalts des ausländischen Rechts nicht vollständig erfüllt werden, muss sich das Grundbuchamt zwar mit den danach möglichen Nachweisen begnügen,

darf aber im Interesse der Sicherheit des Grundstücksverkehrs und der Gewährleistung der Richtigkeit des Grundbuchs verlangen, dass der Antragsteller sämtliche nach dem ausländischen Recht bestehenden Möglichkeiten ausschöpft, mögen sie in dem jeweiligen Staat im inländischen Rechtsverkehr auch unüblich sein.

34 Die Bescheinigung des registered agent ist daher im Original vorzulegen, muss mit seinem Siegel versehen sein und bedarf der Unterschriftsbeglaubigung durch einen auf den British Virgin Islands zugelassenen notary public.

35 Das Grundbuchamt fordert zudem mit Recht, dass die Bescheinigung mit einer besonderen Versicherung der Richtigkeit der bestätigten Tatsache versehen ist.

36 Darüber hinaus muss sichergestellt sein, dass der Aussteller der Bestätigung tatsächlich der registered agent der Gesellschaft ist. Hierzu ist eine gemäß section 233 subsection 1 lit. c BVI Companies Act 2004 ausgestellte Bescheinigung des von der BVI Financial Services Commission eingesetzten Registrar of Corporate Affairs – ebenfalls im Original – vorzulegen.

37 Sämtliche Dokumente sind mit der Apostille und in beglaubigter deutscher Übersetzung einzureichen, soweit der Grundbuchrechtspfleger hiervon nicht absieht, weil er der englischen Sprache hinreichend mächtig ist.

38 Handelt es sich bei dem registered agent seinerseits um eine juristische Person, bedarf es darüber hinaus des Nachweises, dass die Person, die die Bestätigung unterschrieben hat, hierzu für den registered agent berechtigt war, sei es als gesetzlicher Vertreter, sei es durch rechtsgeschäftliche Vollmachtserteilung. Auch für den Nachweis dieser Berechtigung gelten die zuvor dargestellten Grundsätze (OLG Jena FGPrax 2018, 104/105).

39 bb) Weiter kommt zum Nachweis der Stellung als director und damit der Vertretungsberechtigung die Bescheinigung eines auf den British Virgin Islands zugelassenen public notary in Betracht.

40 Es ist anerkannt, dass ein britischer notary public mit einem deutschen Notar vergleichbar ist (OLG Nürnberg FGPrax 2014, 156/157; Meikel/Hertel Einl. G. Rn. 89). In Bezug auf den Nachweis der Vertretungsberechtigung entspricht die Bestätigung eines notary public allerdings nicht ohne Weiteres der Bestätigung nach § 21 BNotO, da letztere auf einer eigenen Prüfung der Dokumente der Gesellschaft beruht und somit auch eine gutachterliche Äußerung beinhaltet. Daher genügt die Bestätigung durch einen britischen notary public nicht, wenn sie allein auf einer Einsichtnahme in das Companies House beruht; aus der Bescheinigung müssen vielmehr die tatsächlichen Grundlagen – etwa Einsicht in die Unterlagen der Gesellschaft wie Gesellschaftsvertrag, Protokollbuch – der notariellen Feststellungen hervorgehen (OLG Düssel-

dorf FGPrax 2015, 12/13; OLG Nürnberg FGPrax 2014, 156/157; OLG Köln FGPrax 2013, 18/19; KG DNotZ 2012, 604/606; *Schöner/Stöber* Rn. 3636j), da sonst eine Beweiswürdigung durch das Grundbuchamt nicht möglich ist. Denn das britische Companies House ist im Hinblick auf die Beweiskraft der Eintragungen dem deutschen Handelsregister nicht vergleichbar (OLG Düsseldorf FGPrax 2015, 12/13; OLG Nürnberg FGPrax 2014, 156/157; OLG Köln FGPrax 2013, 18/19; KG DNotZ 2012, 604/606; *Schöner/Stöber* Rn. 3636j). Bezüglich Eintragungen in letzteres kommt dem Registergericht eine materielle Prüfungskompetenz zu (*Hopt* in Baumbach/Hopt HGB 39. Aufl. § 8 Rn. 8; MüKoHGB/Krafka, 4. Aufl. § 8 Rn. 60), die dem Companies House fehlt (OLG Düsseldorf FGPrax 2015, 12/13; KG DNotZ 2012, 604/605; *Heckschen* BB 2015, 592).

41 Wegen der grundsätzlichen Übereinstimmung des Rechtssystems der British Virgin Islands mit dem britischen (OLG Jena FGPrax 2018, 104/105; Meikel/Hertel Einl. G. Rn. 109) gilt all dies auch für einen dort zugelassenen public notary und das Register of Companies. Insbesondere fehlt einer Eintragung in letzteres die erforderliche Beweiskraft. Denn section 231 subsection 1 lit. b BVI Companies Act 2004 stellt die Mitteilung des register of directors an den Registrar of Corporate Affairs frei. Auch kann die Gesellschaft diesem selbst im Falle einer solchen Mitteilung gemäß subsection 3 anzeigen, dass sie künftige Änderungen nicht mitteilen wird. Eine materielle Prüfungskompetenz sieht der BVI Companies Act 2004 an keiner Stelle vor. Zum Nachweis der Vertretungsberechtigung ist also eine den oben genannten Vorgaben entsprechende Bescheinigung eines public notary erforderlich.

42 Die Bescheinigung des public notary ist im Original, versehen mit der Apostille und mit beglaubigter deutscher Übersetzung vorzulegen, soweit der Grundbuchrechtspfleger hiervon nicht absieht (OLG Jena FGPrax 2018, 104/105).

43 cc) Weitere, in der angegriffenen Zwischenverfügung nicht aufgeführte Möglichkeiten, die Stellung der X.X. als director und damit ihre Vertretungsberechtigung nachzuweisen, bestehen nicht.

44 Insbesondere reicht eine Bescheinigung eines deutschen Notars nicht aus. Der Bereich, in dem eine solche zum Nachweis der Vertretungsberechtigung genügt, wurde bereits unter c) beschrieben. Eine darüber hinausgehende Kompetenz, tragfähige gutachtliche Feststellungen i. S. der Ausführungen unter bb) zu treffen, hat ein deutscher Notar nicht. Denn die Gewähr für die zur Ausstellung der Erklärung erforderliche weitreichende und tiefgehende Kenntnis der einschlägigen Rechtsordnung bietet nur ein in dem betreffenden Staat zugelassener Notar (OLG Düsseldorf FGPrax 2015, 12/13; *Heckschen*

BB 2015, 592), hier also ein notary public mit Zulassung auf den British Virgin Islands.

45 Auch eine Bestätigung der BVI Financial Commission über den Inhalt des Register of Companies genügt nicht. Zwar dürfte es sich bei dieser auf der Grundlage des Financial Services Commission Act 2001 errichteten Institution um eine öffentliche, mit Hoheitsgewalt ausgestattete Behörde handeln. Diese kann jedoch nur Auskunft über den Registerinhalt als solchen geben. Sie bietet aber keine Richtigkeitsgewähr, da, wie bereits unter bb) ausgeführt, mangels materieller Prüfungskompetenz des Registrar of Corporate Affairs nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass die Eintragung die materielle Rechtslage korrekt wiedergibt.

46 e) Nach diesen Maßstäben ist die Zwischenverfügung vom 25.3.2020 nicht zu beanstanden. Zutreffend sieht das Grundbuchamt bezüglich X.X. den Nachweis der Stellung als director und damit der Vertretungsberechtigung als bisher nicht erbracht, eine Beseitigung dieses 34 Wx 235/20 – Seite 10 – Eintragungshindernisses durch die genannten Mittel aber als möglich an.

47 aa) Dass die X.X.- Ltd. der registered agent der Beteiligten zu 2 ist, ist bislang nicht entsprechend den unter d aa) erläuterten Erfordernissen durch eine Originalbescheinigung des Registrar of Corporate Affairs nachgewiesen. Gleiches gilt für den Nachweis der Vertretungsbefugnis der für die X.X. Ltd. Unterzeichnenden. Außerdem ist die durch die X.X. Ltd. ausgestellte Bescheinigung nicht gesiegelt.

48 bb) Auch eine den unter d bb) dargestellten Anforderungen genügende Bestätigung der Berechtigung der X.X., die Beteiligte zu 2 zu vertreten, durch einen auf den British Virgin Islands zugelassenen notary public liegt nicht vor. Die eingereichten Bescheinigungen attestieren lediglich die Echtheit von Unterschriften bzw. die Eigenschaft der X.X. Ltd. als registered agent der Beteiligten zu 2, Letzteres zudem ohne Erläuterung der Grundlage dieser Feststellung.

Zustimmung zur Veräußerung eines Erbbaurechts

Erbbaurechtsgesetz § 5 Abs. 1, § 7; BGB § 137, § 305, § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1; FamFG § 10 Abs. 2 S. 1, § 59 Abs. 1, § 63 Abs. 1, Abs. 3, § 64 Abs. 1, Abs. 2

Amtliche Leitsätze:

1. Die Vereinbarung einer Gemeinde mit einem Erbbauberechtigten in einem formularmäßigen Erbbaurechtsver-

trag, wonach die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts verweigert werden kann, wenn der Kaufpreis den Verkehrswert des Gebäudes erheblich übersteigt, kann der Inhaltskontrolle des § 307 BGB standhalten, wenn die Vergabe der Grundstücke an sozial Schwächere erfolgt ist und außer den nach sozialen Gesichtspunkten bemessenen Erbbauzinsen und einem Betrag für Grundstücksnebenkosten nichts für die Einräumung des Erbbaurechts an die Gemeinde zu zahlen war.

2. Es liegt im Wesen des Erbbaurechts, dass die Regelung im Vertrag über die Zustimmung zu einer Veräußerung und deren Kriterien durchgehend bis zum zeitlichen Ablauf des Rechts gelten.

OLG München (34. Zivilsenat),

Beschluss vom 18.11.2020 – 34 Wx 315/19

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligte zu 3, eine bayerische Gemeinde, ist als Eigentümerin eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Sie räumte Mitte der 80er Jahre in einem Bereich des Gemeindegebiets mehreren Erwerbern Erbbaurechte ein.

2 Am 28.10.1986 hatte die Eigentümerin auf dem streitgegenständlichen Grundstück in diesem Gebiet für die Beteiligten zu 1 und 2 ein Erbbaurecht nach den Bestimmungen der Verordnung über das Erbbaurecht bestellt.

3 Der Vertrag hat unter anderem folgenden Inhalt:

II. Bestellung des Erbbaurechts ...

2. Bauwerk

Der Erbbauberechtigte ist berechtigt, auf dem Erbbaugelände ein Reihenhaus als Wohngebäude samt Nebengebäude (Garage) zu haben, zu dessen Errichtung ist er auch verpflichtet ...

3. Instandsetzung des Bauwerks

Der Erbbauberechtigte ist verpflichtet, die Gebäude stets in gutem Zustand zu erhalten. Werden Bauwerke ganz oder teilweise zerstört, hat der Erbbauberechtigte sie unverzüglich wiederherzustellen.

4. Verwendung des Bauwerks

Das Reihenhaus ist als eigengenutztes Wohnhaus zu verwenden. Die Änderung der Zweckbestimmung des Wohnens bedarf der Zustimmung des Grundstückseigentümers. ...

7. Zustimmung zur Veräußerung und Belastung:

Der Erbbauberechtigte bedarf der Zustimmung des Grundstückseigentümers

a) zur Veräußerung des Erbbaurechts: Dies gilt nicht für die Veräußerung an Verwandte ...; die Zustimmung zur Veräußerung kann insbesondere verweigert werden,

wenn der Kaufpreis den Verkehrswert des Gebäudes erheblich übersteigt;

8. Heimfall

Der Erbbauberechtigte ist verpflichtet, das Erbbaurecht dem Grundstückseigentümer oder einem von diesem zu bestimmenden Dritten auf Verlangen kostenfrei zu übertragen (Heimfallanspruch, wenn a) ...

e) wahrheitswidrige Angaben des Erbbauberechtigten hinsichtlich seiner wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse zur Bestellung des Erbbaurechts führten.

9. Vergütung beim Heimfall

Macht der Grundstückseigentümer von dem Heimfallanspruch Gebrauch, hat er dem Erbbauberechtigten den Verkehrswert der Bauwerke und der mit Grund und Boden verbundenen Anlagen des Erbbauberechtigten zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Heimfallanspruchs zu vergüten

10. Entschädigung nach Zeitablauf

Nach Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung zu leisten in Höhe des Verkehrswerts der Bauwerke und Anlagen im Zeitpunkt der Beendigung des Erbbaurechts

III. Einigung

Die Beteiligten sind einig über die Bestellung des Erbbaurechts gemäß Abschnitt II. dieser Urkunde.

4 Ein Kaufpreis für das Erbbaurecht war nicht zu zahlen. Außer dem jährlichen Erbbauzins, der mit 3,5% des Grundstückswertes von 183 DM/m² ermittelt wurde, war nur vereinbart, dass die Beteiligten zu 1 und 2 an die Beteiligte zu 3 die Grundstücksnebenkosten für die Erschließungsanlagen, Herstellungskosten der Wohn- bzw. Eigentümerwege, des Kinderspielplatzes, der Wasser- und Abwasserversorgung, der Breitbandkabelverlegung sowie Beleuchtungskosten für Gemeinschaftsanlagen, Hausanschlusskosten für Strom- und Gasversorgung in Höhe von 140 DM/m² zahlen.

5 Das Erbbaurecht wurde am 19.3.1987 in dem dafür angelegten Erbbaugrundbuch im Bestandsverzeichnis eingetragen wie folgt:

„Erbbaurecht an Grundstück ... eingetragen in Abt. II/28; bis zum 31.12.2086;

Zustimmung des Grundstückseigentümers ist erforderlich zur

– Veräußerung;

Ausnahme: Veräußerung an Verwandte in gerader Linie und Ehegatten sowie für die Erteilung des Zuschlags bei Zwangsversteigerung des Erbbaurechts, die aus einem Grundpfandrecht betrieben wird, das mit Zustimmung des Eigentümers eingetragen wurde;

– Belastung mit Grundpfandrechten, ...

Eigentümer: Gemeinde X.“

gem. Bew. vom 28.10.1986; ...

6 Mit Vertrag vom 28.9.2018 verkauften die Beteiligten zu 1 und 2 das Erbbaurecht für 605.000,- € an ein Paar. Die Käufer verpflichteten sich in dem Vertrag vom Tage des Lastenübergangs in sämtliche Rechte und Pflichten der Beteiligten zu 1 und 2 aus dem Erbbaurechtsvertrag einzutreten. Eine Übergabe war für den 15.3.2019 vorgesehen.

7 Die Urkunde des Notars wurde der Beteiligten zu 3 zur Abgabe der Zustimmungserklärung zur Veräußerung übersandt. Daraufhin forderte die Beteiligte zu 3 als Voraussetzung der Entscheidung im Gemeinderat über die Zustimmungserklärung die Vorlage eines Verkehrswertgutachtens zum Gebäudewert.

8 Am 30.10.2018 legten die Beteiligten zu 1 und 2 ein mit „Detailreport zum PH-Immocheck“ überschriebenes Schreiben, „erstellt durch X. X.“ vor, nach dem der Zeitwert der baulichen Anlagen mit 291.437 € zu bemessen sei, der Bodenwert mit 167.335 €. Von diesem Betrag für den Grund seien allerdings Abschläge wegen des Erbbaurechts in Höhe von 87.601 € veranlasst. Der so zu errechnende Betrag von 371.171,00 € sei allerdings noch aufgrund einer vorzunehmenden Marktanpassung um 70% zu erhöhen und ein Abschlag von 31.035 € für die Belastung mit der Erbbauzinsreallast vorzunehmen. Damit belaufe sich der Marktpreis des Erbbaurechts auf Basis der Sachwertermittlung auf 661.276 €. Der indikative Marktpreis werde auf 661.000 € bestimmt.

9 Mit Schreiben vom 13.11.2018 verlangten die Beteiligten zu 1 und 2 erneut die Zustimmung der Beteiligten zu 3 zur Veräußerung des Erbbaurechts. Wiederum zur formgerechten Zustimmung wurde die Beteiligte zu 3 mit Schreiben des Anwalts der Beteiligten zu 1 und 2 vom 5.12.2018 aufgefordert.

10 Mit Schreiben vom 3.12.2018 erklärte die Beteiligte zu 3, der Gemeinderat habe der Veräußerung nicht zugestimmt. Es liege kein Verkehrswertgutachten eines Sachverständigen vor, der Kaufpreis liege jedoch auch erheblich über dem in dem nicht akzeptierten „Detailreport“ ermittelten Gebäudewert. In einem Telefonat mit den Beteiligten zu 1 und 2 regte der Sachbearbeiter der Beteiligten zu 3 an, den Kaufpreis zu reduzieren.

11 Da die Zustimmung nicht erteilt wurde, beantragten die Beteiligten zu 1 und 2 mit Anwaltsschreiben vom 21.12.2018 beim Amtsgericht die Ersetzung der Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts gemäß § 7 ErbbauRG. Dagegen wandte sich die Beteiligte zu 3, da der vereinbarte Kaufpreis von 605.000 € den Wert des Gebäudes um mehr als 100% überschreite.

12 Mit Beschluss vom 28.5.2018 hat das Amtsgericht die Zustimmung der Beteiligten zu 3 ersetzt. Die erweiterte Bedingung der Zustimmungsbedürftigkeit zur Veräußerung sei nicht im Grundbuch eingetragen und entfalte

damit keine dingliche Wirkung. Die Voraussetzungen für die Ersetzung der Zustimmung nach § 7 ErbbauRG lägen vor.

13 Dagegen wandte sich die Beteiligte zu 3 mit der Beschwerde, der das Amtsgericht mit der Begründung nicht abgeholfen hat, dass die Regelung im Vertrag, wonach die Verkaufszustimmung verweigert werden könne, nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nichtig sei.

14 Die Beteiligte zu 3 hat zusammengefasst folgendes vorgetragen:

15 Ziel der Gemeinde bei der Entwicklung des Baugebiets sei gewesen, weniger vermögenden Bevölkerungskreisen Zugang zu preisgünstigen Wohnungen zu verschaffen. Deshalb seien die Grundstücke in dem Baugebiet, in dem das Erbbaurecht der Beteiligten zu 1 und 2 belegen ist, nicht zu Eigentum verkauft worden. Vielmehr seien aus diesem Grund Erbbaurechte verbunden mit der Klausel, dass die Gemeinde die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts versagen könne, wenn der Preis für den Verkauf den Verkehrswert des darauf errichteten Gebäudes wesentlich übersteige. Die Erwerber, mithin auch die Beteiligten zu 1 und 2, seien damals nach bestimmten Kriterien in einem Auswahlverfahren ausgesucht worden. Entsprechendes sei schon im Gemeindeentwicklungsprogramm aus dem Jahr 1975 aufgenommen worden. Aus diesem Grund sei auch nur ein Erbbauzins von 6,40 €/m² jährlich vereinbart worden. Soweit einem Verkauf durch andere Erbbauberechtigte zugestimmt worden sei, sei dies deswegen erfolgt, da dort der vereinbarte Preis den des errichteten Gebäudes nicht wesentlich überstiegen habe. Das Ziel, preisgünstigen Wohnraum für weniger vermögende Bevölkerungskreise zu schaffen, ergebe sich aus eidesstattlichen Versicherungen von Zeugen.

16 Ergänzend haben die Beteiligten zu 1 und 2 zusammengefasst vorgetragen:

17 Der Zweck der Vergabe des Erbbaurechts für verschiedene Einkommensgruppen werde durch die Käufer nicht gefährdet. Diese zählten ebenfalls zu dem wenig vermögenden Bevölkerungskreis, da sie den Kaufpreis aus dem Verkauf einer Eigentumswohnung hätten finanzieren müssen. Im einem späteren Schriftsatz tragen die Beteiligten zu 1 und 2 allerdings vor, der Beteiligten zu 3 gehe es nur darum, den Kaufpreis für die Käufer zu reduzieren, obwohl diese nicht minderbemittelt seien. Im Übrigen werde die soziale Zielsetzung durch die Beteiligte zu 3 nur konstruiert. Dies sei nie Vertragsinhalt oder Geschäftsgrundlage gewesen. Eine Sozialbindung ergebe sich aus der Urkunde vom 28.10.1986 nicht. Einziges Kriterium der Vergabe sei gewesen, dass die Bewerber in Eching wohnen oder arbeiten. Öffentlichrechtliche Binde-fristen für ein Rückkaufrecht könnten längstens 15 bis 25 Jahre bestehen; nichts anderes könne für das Erbbau-

recht gelten. Soziale Verpflichtungen seien jedenfalls nach nunmehr über 32 Jahren abgelaufen, weshalb auch keine Verwendungsbeschränkungen und Heimfallrechte für die gesamte Dauer des Erbbaurechts vereinbart werden könnten. Zudem sei zu berücksichtigen, dass ein Immobilienkredit trotz entgegenstehender vertraglicher Abreden außerordentlich gekündigt werden könne, wenn ein berechtigtes Interesse dazu bestehe.

18 Die Klausel zur Zustimmung verstoße gegen §§ 307 ff BGB. Insbesondere sei diese unklar, da der Zweck des Erbbaurechts darin bestanden habe, ein Reihenhause samt Nebengebäude (Garage) zu haben und damit nicht nur ein „Gebäude“. Diese Unklarheit gehe zu Lasten der Verwenderin. Der Anspruch auf Zustimmung könne nicht durch vertragliche Abreden eingeschränkt werden, was die angesprochene Klausel im Erbbaurechtsvertrag jedoch mache. Zudem sei anderen damaligen Erwerbern der Weiterverkauf gestattet worden.

19 Im Übrigen schließe die Klausel die freie Veräußerlichkeit des Erbbaurechts aus und enge den Erbbauberechtigten in seiner Freizügigkeit und wirtschaftlichen Freiheit ein. Die Veräußerung sei nicht zu Spekulationszwecken erfolgt, sondern im Rahmen der Planung des Altersruhesitzes und der damit verbundenen Rückkehr in die alte Heimat. Der Verkauf des Gebäudes zu welchem Preis auch immer könne daher nicht verweigert werden.

20 Das Erbbaurecht sei das Recht, das Erbbaugrundstück mit einem eigenen Gebäude für die Laufzeit des Vertrags zu nutzen. Das Gebäude könne daher nicht isoliert vom Erbbaurecht bewertet werden. Der vereinbarte Preis setze sich zusammen aus dem Wert des Gebäudes und dem Wert des Erbbaurechts. Der Wert dessen sei dann hoch, wenn der Bodenrichtwert hoch und der Erbbauzins gering sei. Aus diesem Grund sei der Kaufpreis für Erbbau-recht / Gebäude mit Garage mit 605.000 € nicht erheblich zu hoch bemessen, insbesondere wenn man die derzeitigen Grundstückspreise von 1.200 €/m² berücksichtige und die Laufzeit von noch 68 Jahren. Ein Gutachten eines Sachverständigen für die Bewertung von Immobilien ergebe den Bodenwert von 224.018 € und einen Gebäudewert mit 266.000 €. In Anbetracht der Lage auf dem Wohnungsmarkt sei der Betrag allerdings um 18% zu erhöhen, so dass die Immobilie mit 577.000 € zu bewerten sei.

21 Unzutreffend sei, dass das teure Erbbaurecht preisver-günstigt gewesen sei. Die Beteiligten zu 1 und 2 hätten Grundstücksnebenkosten von 34.300 DM zu tragen gehabt, zudem seien 1.505,32 € pro Jahr an Erbbauzinsen zu zahlen gewesen, mithin insgesamt 54.191,52 €. Mit Grundsteuer, wertsteigernder Grundstückspflege hätten die Beteiligten zu 1 bis 2 seit Beginn des Erbbaurechtsver-trags 125.341,52 € an die Beteiligte zu 3 gezahlt oder zu deren Entlastung übernommen.

22 Im Übrigen gehe die Beteiligte zu 3 selbst davon aus, dass die Übertragung des Erbbaurechts auf die Erwerber wirksam sei, da diese schon zu den Grundabgaben herangezogen würden.

23 Die vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen der benannten Zeugen seien anwaltlich vorformuliert, textlich identisch und enthielten nur Meinungsäußerungen über die Vorstellungen des Gemeinderats und des Bauausschusses.

24 Das Gericht hat die Zeugen X. und X. einvernommen zum Vortrag, dass Ziel der Gemeinde bei der Entwicklung des Baugebiets gewesen sei, weniger vermögenden Bevölkerungskreisen Zugang zu preisgünstigen Wohnungen zu verschaffen, weshalb die Grundstücke in dem Baugebiet, in dem das Erbbaurecht der Beteiligten zu 1 und 2 belegen ist, nicht zu Eigentum verkauft worden, sondern in Erbbaupacht vergeben worden seien mit der Klausel, dass die Gemeinde die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts versagen könne, wenn der Preis für den Verkauf den Verkehrswert des darauf errichteten Gebäudes wesentlich übersteige. Die Erwerber, mithin auch die Beteiligten zu 1 und 2, seien folglich damals nach bestimmten Kriterien in einem Auswahlverfahren ausgesucht worden.

25 Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll vom 30.9.2020 verwiesen.

26 Nach Ablauf der den Beteiligten gesetzten Schriftsatzfrist ging am 9.11.2020 noch ein Schriftsatz der Beteiligten zu 3 ein.

► **II. Aus den Gründen:**

27 Das Rechtsmittel ist zulässig und begründet.

28 1. Da § 7 Abs. 3 Satz 2 ErbbauRG für das Zustimmungsverfahren auf die Vorschriften des FamFG verweist, ist gegen die Entscheidung des Amtsgerichts die Beschwerde nach § 58 FamFG statthaft. Die Beteiligte zu 3 ist als Eigentümerin gemäß § 59 Abs. 1 FamFG beschwerdeberechtigt; denn es besteht die Möglichkeit, dass sie durch die Entscheidung des Amtsgerichts, die ihre Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts ersetzt, in ihren Rechten beeinträchtigt ist.

29 Die Beschwerde ist form- und fristgerecht durch den verfahrensbevollmächtigten Rechtsanwalt erhoben (§ 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG, § 63 Abs. 1 und 3, § 64 Abs. 1 und 2 FamFG).

30 2. Das OLG München ist nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) GVG zur Entscheidung über die Beschwerde zuständig.

31 3. Das Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg, da das Zustimmungserfordernis wirksam vereinbart war und die Voraussetzungen einer Ersetzung der Zustimmung nicht

vorliegen. Zu diesem Ergebnis kam der Senat ohne Berücksichtigung der Ausführungen im Schriftsatz der Beteiligten zu 3 vom 9.11.2020.

32 a) Nach § 7 Abs. 3 Satz 1 ErbbauRG kann, wenn die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts ohne ausreichenden Grund verweigert wird, diese auf Antrag des Erbbauberechtigten durch das Gericht ersetzt werden, wenn ein Zustimmungsanspruch nach § 7 Abs. 1 oder Abs. 2 ErbbauRG besteht (OLG Hamm NJW-RR 2008, 605; Palandt/Bassenge BGB 79. Aufl. § 7 ErbbauRG Rn. 6 und § 8 ErbbauRG Rn. 4).

33 Der Anspruch auf eine Zustimmung trägt dem in § 1 Abs. 1 ErbbauG normierten, nicht ausschließbaren oder einschränkenden Grundsatz der freien Veräußerlichkeit des Erbbaurechts Rechnung (OLG Frankfurt NJW-RR 2006, 387/388; OLG Hamm FGPrax 2008, 8). Die Vereinbarung eines Zustimmungserfordernisses als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts ist zum Schutz des Grundstückseigentümers vor einer Verschlechterung seiner Rechtsposition in § 5 ErbbauRG vorgesehen. Damit darf jedoch die Freizügigkeit und wirtschaftliche Freiheit des Berechtigten durch eine willkürliche Verweigerung nicht beeinträchtigt werden (OLG Hamm NJW-RR 2006, 658). Denn die Veräußerlichkeit des Erbbaurechts ist unabdingbarer Inhalt des Rechts, § 137 BGB (*von Oefele/Winkler/Schlögel* Handbuch des Erbbaurechts, 6. Aufl. § 4 Rn. 184). Das Gesetz erlaubt allerdings in § 5 Abs. 1, § 7 ErbbauRG eine sachlich begründete Modifizierung dieser Veräußerungsbefugnis, die nicht in ihrer Substanz angetastet, aber aus sachlichen Gründen begrenzt werden darf (*von Oefele/Winkler/Schlögel* § 4 Rn. 190).

34 Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG kann der Erbbauberechtigte von dem Grundstückseigentümer die Erteilung der Zustimmung dann verlangen, wenn nicht nur die Persönlichkeit des Erwerbers Gewähr für eine ordnungsgemäße Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen bietet. Weitere Voraussetzung ist, dass durch die Veräußerung der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird. Dieser Zweck bestimmt sich aus dem Inhalt des Erbbaurechtsvertrags, den Umständen seines Zustandkommens und seiner Handhabung durch die Beteiligten. So kann sich aus dem Vertrag oder den Umständen des Abschlusses ergeben, dass das Erbbaurecht aus sozialen Gründen bestellt ist (*Hustedt/Ingenstau* Erbbaurecht 11. Aufl. § 7 Rn. 9 f.; *von Oefele/Winkler/Schlögel* § 4 Rn. 198). Dies kommt in Betracht, wenn das Erbbaurecht aus sozialer Fürsorge für bestimmte minderbemittelte Kreise gedacht ist (*von Oefele/Winkler/Schlögel* § 4 Rn. 199). So hat der BGH etwa zu Einheimischenmodellen entschieden, dass die Gemeinden, die den Erwerb von Bauland zu bezahlbaren Preisen ermöglichen, wegen des Gebots der

sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel sogar dazu verpflichtet sind, sicherzustellen, dass die bevorzugten Erwerber das jeweilige Grundstück selbst nutzen und nicht auf Kosten der Allgemeinheit Gewinne erzielen (BGH DNotZ 2011, 121). Wird das Grundstück nicht verkauft, sondern in Erbpacht vergeben, kann daher ein günstiger Erbpachtzins vereinbart und mit vertraglichen Abreden sichergestellt werden, dass nicht auf Kosten der Allgemeinheit Gewinne erzielt werden. Erzielt der Veräußerer aus der Tatsache eines aus sozialen Gründen niedriger vereinbarten Erbbauzinses seinerseits einen Preis, der den Verkehrswert deutlich übersteigt, mithin einen spekulativen Gewinn, muss die Zustimmung nicht erteilt werden (BGH NJW-RR 1998, 1387; *Hustedt/Ingenstau* § 7 Rn. 11). In einem solchen Fall kann sich der Erwerber eines Erbbaurechts bei der Weiterveräußerung auch nicht auf sein Verhandlungsgeschick und den Markt berufen. Ein entsprechender Vortrag spricht vielmehr gerade dafür, dass entgegen dem Zweck bei Einräumung des Erbbaurechts auf Kosten der Allgemeinheit Gewinne erzielt werden.

35 b) Vorliegend haben die Vertragsparteien im Erbbaupvertrag vom 28.10.1986 (Ziff. II. 7.) vereinbart, dass die Veräußerung und Übertragung des Erbbaurechts der schriftlichen Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Dabei wurde in Ziff. II. 7. a) des Vertrags bestimmt, dass die Zustimmung zu einer Veräußerung verweigert werden kann, wenn der Kaufpreis den Verkehrswert des Gebäudes erheblich übersteigt. Dies diene dazu, das Erbbaurecht für sozial schwächere Schichten zugänglich zu machen, die ihrerseits nicht mit hohen Grundstückspreisen und hohen Erbbauzinsen belastet werden sollten, wie den Beteiligten auch bekannt war.

36 Davon ist der Senat aufgrund der Aussagen der Zeugen X. und Dr. X. sowie der Formulierung des Erbbaurechtsvertrags vom 28.10.1986 überzeugt.

37 aa) Die Aussagen sind verwertbar. Der Zeuge X. war im Zeitraum der Bestellung des Erbbaurechts als Bauamtsleiter der Beteiligten zu 3 tätig, der Zeuge Dr. X. Bürgermeister der Gemeinde. Soweit nach § 376 ZPO eine Aussagegenehmigung des Dienstvorgesetzten Zeugen, die schon im Ruhestand sind, erforderlich ist, war diese schon durch das Beweisangebot der Beteiligten zu 3, ehemalige Dienstvorgesetzte der Zeugen, erteilt. Im Übrigen würde jedoch auch bei genehmigungslos gemachten Aussagen ein Verwertungsverbot nicht bestehen (*Berger* in Stein/Jonas ZPO 23. Aufl. § 376 Rn. 10 m.w.Nachw.).

38 bb) Der Zeuge X. hat ausgesagt, dass es Ziel der Vergabe der Grundstücke als Erbbaurecht war, Ortsansässigen bzw. Leuten mit einem Arbeitsplatz in Eching, die nicht so viel Geld haben, Wohnungsbau zu ermöglichen. Wegen großer Nachfrage sei dies schon das dritte Baugebiet gewesen, in dem dies so gemacht worden sei.

Relevant für die Vergabe sei neben der Ortsansässigkeit oder dem Arbeiten in Eching das Einkommen sowie die Vermögensverhältnisse gewesen, zudem Kinder und eigener Grundbesitz. Es sei in der öffentlichen Wahrnehmung, insbesondere aus der Presse, der Ausschreibung und der Erörterung im Gemeinderat bekannt gewesen, dass die Flächen für sozial Schwächere gedacht gewesen seien. Daher sei der Erbbauzins auch aus einem geringer angesetzten Verkehrswert berechnet worden. Dies sei den Bewerbern auch noch einmal in einem persönlichen Gespräch gesagt worden. Ob dies auch bei den Beteiligten zu 1 und 2 so gewesen sei, könne er allerdings nicht mehr sagen. Bezüglich des Einkommens habe es interne Grenzen für die Vergabe gegeben, damit nicht jemand ein Erbbaurecht erwirbt und gleich wieder weiterveräußert. Er meine, dass im Erbbaupvertrag zutreffend von Gebäude und nicht von Erbbaurecht gesprochen wurde, sei sich diesbezüglich jedoch nicht sicher.

39 Der Zeuge Dr. X. bestätigte, dass es ein Modell gegeben habe, nach dem Baugrund für Familien mit kleinem und mittlerem Einkommen vergeben wurde. Er gehe davon aus, dass die Kriterien für die Vergabe bekanntgemacht wurden. Ob sie im Amtsblatt veröffentlicht worden seien, wisse er nicht. Diese seien jedenfalls in einem Fragebogen abgefragt worden, den die Bewerber auszufüllen hatten. Es sei zutreffend im Erbbaupvertrag von Gebäude und nicht Erbbaurecht gesprochen worden. Nur für das Gebäude und die Erschließungskosten sollten die Erwerber bei einem Weiterverkauf einen Kaufpreis erhalten, die Wertsteigerung des Grundstücks sollte hingegen keinen Einfluss auf den Kaufpreis haben. Dies sei so gewollt gewesen.

40 cc) Die Zeugen sind glaubwürdig, da sie kein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens haben. Beide Zeugen sind im Ruhestand, weshalb nichts dafür spricht, dass sie aus Gefälligkeit zugunsten der Gemeinde aussagen würden. Zudem haben die Zeugen jeweils eindeutig kenntlich gemacht, wenn sie in Anbetracht des Zeitablaufs Erinnerungslücken hatten. Ihre Aussagen sind im Übrigen auch glaubhaft, denn sie werden gestützt durch den Inhalt des Erbbaurechtsvertrags. Aus diesem ergibt sich ebenfalls, dass gerade die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse der Erwerber für den Vertrag maßgeblich waren. So ist in Ziffer II. 8. bestimmt, dass die Gemeinde einen Heimfallanspruch hat, wenn die Erwerber über diese Umstände unrichtige Angaben gemacht haben sollten. Auch der nach den Aussagen geringe Erbbauzins bestätigt sich im Vertrag, wonach jährlich nur 1.568 DM, zu zahlen in zwei Raten, anfielen (Ziff. V.). Ein Preis für die Einräumung des Erbbaurechts ist im Vertrag hingegen nicht vereinbart.

41 Soweit die Beteiligten zu 1 und 2 darauf hinweisen, der Erbbauzins von 1.568 DM, mithin 801,71 € jährlich würde dazu führen, dass die Beteiligte zu 3 sogar Gewinne mache, zumal auch Erschließungskosten geltend gemacht worden seien, wogegen der Zeuge X. davon gesprochen habe, dass das Ziel gewesen sei weder Verlust noch Gewinn zu machen, steht dies dem Ergebnis eines subventionierten Erbbaurechts nicht entgegen. Der Zeuge X. konnte sich erkennbar nicht genau an die Berechnung hinsichtlich des konkreten Baugebietes erinnern. Er hat allerdings deutlich gemacht, dass nicht nur der Quadratmeterpreis für das konkrete Grundstück, sondern auch die Kosten des Erwerbs des Bodens für die Erschließungsanlagen mit in die Kalkulation aufgenommen werden mussten. Der Erwerb der Fläche für die Erschließungsanlagen ist allerdings ausweislich des Vertrags nicht in den zusätzlich berechneten Erschließungskosten nach Ziff. IX des Vertrags enthalten. Zudem übersehen die Beteiligten zu 1 und 2, dass bei einer kostendeckenden Berechnung nicht nur der gezahlte Betrag für die Grundstücke, sondern auch eine Verzinsung über die Laufzeit des Erbbaurechts mit einzurechnen wäre. Auch diesen erheblichen Faktor lassen die Beteiligten zu 1 und 2 in ihrer Berechnung allerdings unberücksichtigt.

42 Dafür, dass der Erwerb von bezahlbarem Bauland aus sozialen Gesichtspunkten ermöglicht wurde, spricht des Weiteren die Klausel II. 4. des Vertrags, wonach das Reihnhaus als eigengenutztes Wohnhaus zu verwenden war und eine Änderung der Zweckbestimmung der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedurfte.

43 Auch von der Tatsache, dass das gesamte Baugebiet nach diesen Grundsätzen vergeben wurde, ist schon nach dem Vortrag der Beteiligten zu 1 und 2 auszugehen. Diese tragen unbestritten vor, dass alle Erbbaurechtsverträge entsprechend gestaltet wurden und daher Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen. Auch die nach dem Vertrag vorgesehene einheitliche Gestaltung des Gebiets bei Absprechen der jeweiligen Baumaßnahmen mit der Eigentümerin spricht für diesen Umstand.

44 Der Senat geht aufgrund der Zeugenaussagen davon aus, dass ein konkretes Gespräch der Zeugen mit den Beteiligten zu 1 und 2 nicht nachgewiesen ist, so dass es auf die angebotenen Gegenzeugen nicht ankommt. Allerdings steht fest, dass es aus den von den Zeugen bestätigten Veröffentlichungen und Ausschreibungsunterlagen allgemein und damit auch den Beteiligten 1 und 2 bekannt war, dass die Grundstücke für sozial Schwächere vergeben werden. Das wird außer durch die Zeugen auch durch den Umstand belegt, dass eine Ausschreibung ohne Angabe, unter welchen Gesichtspunkten die Grundstücke vergeben werden, lebensfremd wäre. Dies würde nicht nur dazu führen, dass sich auch Personen mit hohen

Einkommen bewerben, die nicht unter die Kriterien fallen; vor allem wären die Entscheidungen der Gemeinde bei der Vergabe angreifbar gewesen, wenn es einzig um die Ortsansässigkeit gegangen wäre, da folglich wohlhabende langjährig Ortsansässige denen hätten vorgezogen werden müssen, die zwar nur geringe Einkommen hatten, aber nicht so lange in der Gemeinde lebten.

45 Auch die Tatsache, dass die Beteiligten zu 1 und 2 keine Kinder hatten und haben, widerspricht nicht der Darstellung der Zeugen, dass Kinder eines von mehreren Kriterien der Vergabe war.

46 dd) Nach alledem ergibt sich somit die Zielsetzung, das Erbbaurecht für sozial schwächere Schichten zugänglich zu machen, nicht nur aus den Umständen der Vergabe, so dass den Interessenten – mithin auch den Beteiligten zu 1 und 2 – bei ihrer Bewerbung die soziale Zielsetzung bekannt war. Nicht nur in Anbetracht ihrer Kenntnis von der Zwecksetzung, sondern gerade auch durch die zitierten Passagen war die soziale Zielsetzung in den Erbbaurechtsvertrag zwischen den Beteiligten zu 1, 2 und 3 aufgenommen.

47 Dagegen spricht auch nicht der Vortrag, die Beteiligten hätten Kosten von über 125.000 € für das Grundstück aufgewendet. Auch wenn die Beteiligte zu 3 den Betrag nicht ausdrücklich angegriffen hat, ist er schon ersichtlich unzutreffend errechnet. Die Beteiligten zu 1 und 2 rechnen nämlich die vereinbarten DM-Beträge nicht in Euro-Beträge für die Erbbauzinsen um. Zudem ist zu berücksichtigen, dass sie etliche der unstrittigen Kosten auch als Eigentümer oder auch Mieter des Grundstücks zu tragen gehabt hätten, wie etwa die Grundsteuer und die Aufwendungen für den Erhalt. Als Mieter hätten Sie hierfür allerdings keinen Ausgleich erhalten können.

48 ee) Zudem steht insbesondere aufgrund der glaubhaften Aussage des Zeugen Dr. X. fest, dass es sich bei der Formulierung, wonach der Kaufpreis den Verkehrswert des Gebäudes nicht erheblich übersteigen darf, nicht um ein Schreibversehen handelte, sondern so gewollt war, um die festgestellte Zielsetzung zu erreichen.

49 c) Die Vereinbarung zum Zustimmungserfordernis ist auch wirksam erfolgt.

50 Nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Eine unangemessene Benach-

teilung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

51 aa) Nachdem das Erbbaugrundstück in einem Gebiet liegt, in dem an einer Vielzahl von Grundstücken im gleichen Zeitraum an verschiedene Personen Erbbaurechte vergeben wurden (vgl. Ziff. IX. des Vertrags, in dem von Erbbauberechtigten der Nachbargrundstücke die Rede ist), sind in der für diese Erbbaurechtsbestellungen vorformulierten Verträgen Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 BGB zu sehen.

52 bb) Die Vereinbarung ist allerdings nicht schon nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, da die Bestimmung im Vertrag hinreichend klar ist.

53 Das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 BGB verpflichtet den Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen, Rechte und Pflichten des Vertragspartners darin möglichst klar, einfach und präzise darzustellen (BGH NJW 2016, 1575). Die Anforderungen dürfen jedoch nicht überspannt werden (Palandt/Grüneberg § 307 Rn. 22).

54 Soweit die Beteiligten zu 1 und 2 geltend machen, der Begriff des Gebäudes sei unklar, da Ziffer II. 2. des Vertrags von Reihenhäusern und Nebengebäuden spreche, folgt der Senat dieser Ansicht nicht. Ziffer II. 2. spricht in der Überschrift ebenfalls im Singular von Bauwerk und definiert dies dann als Reihenhäuser und Nebengebäude. Mithin ergibt sich aus dem Vertrag hinreichend klar, dass mit Gebäuden alle von den Beteiligten zu 1 und 2 danach zu errichtenden Bauwerke gemeint sind.

55 cc) Eine unangemessene Benachteiligung der Beteiligten zu 1 und 2 ist nicht festzustellen.

56 § 307 Abs. 2 BGB enthält gesetzliche Beispiele für eine unangemessene Benachteiligung und begründet die widerlegliche Vermutung der Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

57 Eine mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen unvereinbare Abweichung einer Vertragsklausel wird angenommen, wenn die abbedungene Norm des dispositiven Rechts einem wesentlichen Schutzbedürfnis des Vertragspartners dient (Palandt/Grüneberg § 307 Rn. 30). Eine Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegt jedoch nicht vor, wenn die Abweichung vom Leitbild sachlich gerechtfertigt ist und der gesetzliche Schutzzweck auf andere Weise sichergestellt ist (Palandt/Grüneberg § 307 Rn. 28).

58 (1) Eine unangemessene Benachteiligung ergibt sich nicht schon daraus, dass die Bestimmung das erhebliche Überschreiten des Gebäudewertes nicht definiert und daher nicht klar und verständlich wäre. Auch der Gesetzgeber nutzt den unbestimmten Rechtsbegriff des erheblichen Übersteigens in Gesetzen (z.B. § 74 VVG).

59 (2) Allerdings ist schon die Anwendbarkeit des § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB im vorliegenden Fall fraglich. So

hat die Rechtsprechung die AGB-Kontrolle für ausgeschlossen erachtet, wenn es sich um städtebauliche Verträge, wie bei der Durchführung eines Einheimischenmodells handelt (BayVGH DNotZ 1999, 639). Wenn auch Verträge, mit denen Grundstücke zur Deckung des Wohnbedarfs für Ortsansässige veräußert werden (Einheimischenmodelle), nicht der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegen (BGHZ 153, 93), so sind sie doch an dem in § 11 Abs. 2 BauGB geregelten Gebot der angemessenen Vertragsgestaltung zu messen. Hier wurde das Erbbaurecht in einem Gebiet bestellt, für das die Gemeinde Personen unter sozialen Gesichtspunkten die Möglichkeit zu bauen einräumte, so dass die Intention der Beteiligten zu 3 entsprechend der bei Verträgen zur Durchführung eines Einheimischenmodells sein könnte. Indes ist dies nicht weiter aufzuklären, da die Klausel der Prüfung sowohl nach § 307 BGB als auch nach § 11 Abs. 2 BauGB standhält.

60 (3) Eine Abweichung von einem gesetzlichen Leitbild durch die Vertragsklausel in Ziff. II. 7 a) des Vertrags liegt nicht vor. Die Möglichkeit der Vereinbarung eines Zustimmungserfordernisses bei Veräußerung des Erbbaurechts sieht § 5 Abs. 1 ErbbauRG (zur Zeit der Bestellung des Erbbaurechts: § 5 Abs. 1 ErbbauRVO) ausdrücklich vor. Soweit die Beteiligten zu 1 und 2 in dem Zustimmungserfordernis daher eine Beschränkung der Veräußerlichkeit des Erbbaurechts sehen, entspricht dies dem Leitbild des Gesetzes.

61 Auch schränkt die Definition von Zustimmungsvoraussetzungen, hier die Klausel, dass die Zustimmung insbesondere verweigert werden darf, wenn der Kaufpreis den Verkehrswert des Gebäudes erheblich übersteigt, die grundsätzliche Veräußerlichkeit und damit wirtschaftliche Nutzung und dispositives Recht, das einem wesentlichen Schutzbedürfnis der Erbbauberechtigten dient, nicht ein. Es ist den Erbbauberechtigten nach der umstrittenen Vertragsklausel nicht verwehrt, das von ihnen errichtete Gebäude mit dem Erbbaurecht zu einem Preis, der allerdings nicht erheblich über dem Verkehrswert des Gebäudes liegen darf, zu veräußern. Da von den Erbbauberechtigten für das Grundstück kein Preis zu zahlen war, sondern nur gewisse Nebenkosten, haben die Beteiligten zu 1 und 2 damit die Möglichkeit, auch von der Steigerung des Werts des von ihnen errichteten Gebäudes zu profitieren und etwa auch die geleisteten Grundstücksnebenkosten dadurch kompensiert zu erhalten. Die Klausel verwehrt ihnen nur, für das Erbbaurecht selbst, für das sie selbst keinen Kaufpreis zu leisten hatten, ihrerseits ein Entgelt zu verlangen. Dies ist zulässig, denn das Zustimmungserfordernis soll den Eigentümer auch vor spekulativer Ausnutzung des Erbbaurechts schützen (BGH NJW-RR 1998, 1387; OLG Stuttgart NJW 1958, 1098). Dies

gilt erst recht, wenn die Erwerber des Erbbaurechts für dieses keinen Kaufpreis zu entrichten hatten und die Vergabe des Erbbaurechts sozialen Zwecken diene. Die Rechtsprechung hat entsprechend auch die Abschöpfung der Wertsteigerung des Grundstücks ohne Gebäude bei einem Einheimischenmodell nicht als unangemessen erachtet, wenn gegen die Einheimischenbindung verstoßen wurde (LG Traunstein MittBayNot 1998, 465).

62 (3) Aus diesen Erwägungen folgt auch, dass der Vertrag dem Gebot der angemessenen Vertragsgestaltung nach § 11 Abs. 2 BauGB entspricht.

63 (4) Ob eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild tatsächlich vorliegt, muss allerdings nicht abschließend geklärt werden. Jedenfalls ist die fragliche Klausel sachlich gerechtfertigt und die Erreichung des gesetzlichen Schutzzwecks hinreichend sichergestellt.

64 Nach Art. 103 Abs. 2 BV haben Eigentumsordnung und Eigentumsgebrauch dem Gemeinwohl zu dienen. Daraus ergeben sich auch für Kommunen Vorgaben zum Umgang mit ihrem Eigentum, für das nicht die Erzielung von Gewinn im Vordergrund steht. Aus diesem Grund sollen die Gemeinden eine dem Wohl der Allgemeinheit dienende sozialgerechte Bodennutzung gewährleisten. So ist etwa nach § 180 BauGB ein Sozialplan aufzustellen, wenn sich Bebauungspläne oder städtebauliche Sanierungsmaßnahmen voraussichtlich nachteilig auf in der Gemeinde wohnende Menschen auswirken. Auch wenn diese Regelung im BauGB vor allem Belastungen aus Bebauungsplänen betrifft, ist die Befugnis der Gemeinde zur sozialgerechten Bodennutzung nicht auf diesen Anwendungsfall beschränkt. Es kommen auch Hilfen nach anderen Vorschriften in Betracht (Cholewa/David/Dyong/von der Heide BauGB 2. Aufl. S. 531 ff.). So kann bzw. muss die Gemeinde sogar auch bei der Vergabe von Baugrund entsprechende Vorgaben machen (vgl. BGH DNotZ 2011, 121/123; OLG Schleswig NJW-Spezial 2014, 515).

65 Nachdem das Erbbaurecht in einem Gebiet bestellt wurde, für das die Gemeinde Personen unter sozialen Gesichtspunkten die Möglichkeit zu bauen einräumte (s. oben b)), ist diese Intention bei der Bewertung der Klausel zu berücksichtigen. Da das Erbbaurecht für einen längeren Zeitraum bestellt wird und veräußerlich ist, ist es gerechtfertigt, die Wahrung der sozialen Gesichtspunkte auch für die Veräußerung an spätere Erwerber im Vertrag abzusichern. Dies erscheint auch deswegen gerechtfertigt, da die Beteiligten zu 1 und 2 selbst keinen Preis für das Erbbaurecht bezahlen mussten.

66 Die Veräußerbarkeit des Erbbaurechts ist ebenfalls sichergestellt. In der Klausel ist hinreichend klar bestimmt, dass die Zustimmung nur verweigert werden darf, wenn der Kaufpreis den Verkehrswert des Gebäudes erheblich übersteigt. Damit ist sowohl den Interessen der Veräuße-

rer Rechnung getragen, die nicht nur den Verkehrswert des Gebäudes selbst erhalten können, wie dies etwa beim Heimfall der Fall wäre. Sie sind daher nicht gehindert, bei einem entsprechenden Zustand des Hauses mehr als die von ihnen geleisteten Zahlungen für das Bauwerk zu verlangen und auch etwa die geleisteten Anschlusskosten kompensiert zu erhalten. So können sie sogar in einem gewissen Umfang an der Wertsteigerung des von ihnen errichteten Anwesens profitieren. Sie sind nur daran gehindert, das Erbbaurecht zu Spekulationszwecken zu nutzen.

67 dd) Soweit die Beteiligten zu 1 und 2 sowie das Amtsgericht einen Verstoß gegen § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB damit begründen, dass eine Klausel, wonach die Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers nach § 27 Abs. 3 ErbbauRG schuldrechtlich oder als Inhalt des Erbbaurechts ausgeschlossen ist, unwirksam ist, trägt dies die Ersetzung der Zustimmung nicht. Der Erbbaurechtsvertrag regelt in II. 7. a) nicht die Beendigung des Erbbaurechts. Die Vertragsparteien haben vielmehr in den Erbbaurechtsvertrag ausdrücklich aufgenommen, dass bei Beendigung des Erbbaurechts, wie auch bei Heimfall der Verkehrswert der errichteten Bauwerke und Anlagen zu zahlen ist (II. 9. und 10. des Vertrags).

68 d) Auch das von den Beteiligten zu 1 und 2 angeführte Argument, dass die Rechtsprechung bei Einheimischenmodellen öffentlichrechtliche Bindefristen für ein Rückkaufsrecht von längstens 15 bis 25 Jahre gelten lassen würden, liegt in Bezug auf das Erbbaurecht neben der Sache. So hindert nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 2015, 3436) das Gebot einer angemessenen Vertragsgestaltung gerade nicht daran, in einem Erbbaurechtsvertrag Verwendungsbeschränkungen und Heimfallrechte für die gesamte Dauer des Erbbaurechts und somit für einen Zeitraum von mehr als 30 Jahren zu vereinbaren. Allerdings sind mit der Durchsetzung des Heimfallanspruchs verbundene Härten zu vermeiden, wenn dies unter Wahrung des mit der Ausgabe des Erbbaurechts verfolgten Zweckes möglich ist. Schon dies erscheint bei einem Erbbaurecht, das gerade sozial schwächeren Mitbürgern eingeräumt werden soll, fraglich, wenn dies dazu führen sollte, dass es sich sozial Schwächere nicht mehr leisten können, das Recht zu erwerben.

69 Letztlich kommt es auf diese Rechtsprechung aber nicht an. Denn § 5 ErbbauRG sieht gerade keine zeitliche Befristung der Vereinbarung vor. Es liegt im Wesen des Erbbaurechts, dass im zivilrechtlichen Vertrag die Zustimmung zu einer Veräußerung und deren Kriterien durchgehend bis zum zeitlichen Ablauf des Rechts geregelt sind (OLG Schleswig NJW-Spezial 2014, 515).

70 Eine unangemessene Härte ist im Übrigen in einer solchen Klausel auch nicht zu sehen, wenn die Beteiligten für das Grundstück selbst keinen Preis gezahlt haben und

daher auch beim Weiterverkauf des Rechts nicht von einer Wertsteigerung des Grundstücks profitieren.

71 e) Auch unter Berücksichtigung der weiteren Klauseln schränkt der Erbbaurechtsvertrag die Erwerber nicht unverhältnismäßig ein. So war zwar zudem eine Vermietung in den ersten fünfzehn Jahren seit der Bezugsfertigkeit des Wohngebäudes von der Zustimmung der Gemeinde abhängig. Schon durch die Möglichkeit der Zustimmung war dem Übermaßverbot Rechnung getragen (BGH DNotZ 2011, 121/124).

72 f) Auch die von den Beteiligten zu 1 und 2 angeführte Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung eines Immobilienkredits spricht nicht gegen dieses Ergebnis. Eine Vergleichbarkeit eines Erbbaurechts mit einem Kreditgeschäft ist schon nicht gegeben. Auch in Anbetracht der grundsätzlichen Veräußerlichkeit des Erbbaurechts im Rahmen der vertraglichen Regelungen ist keine nicht ersichtlich, warum die Grundsätze der außerordentlichen Kündigung von Kreditgeschäften heranzuziehen seien.

73 g) Nach alledem ist die freie Veräußerlichkeit des Erbbaurechts im Vertrag vom 19.3.1987 nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt worden.

74 h) Die Vereinbarung zum Zustimmungsvorbehalt entfaltet auch dingliche Wirkungen, da dies wirksam im Grundbuch eingetragen war.

75 Ist ein Grundstück oder Erbbaurecht mit Rechten belastet, kann gemäß § 874 BGB zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Das in Bezug Genommene wirkt dann als vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs erfasste Grundbucheintragung. Der Eintragungsvermerk und das zulässigerweise in Bezug Genommene bilden nämlich insgesamt den maßgeblichen Grundbuchinhalt; beides kann nur zusammen sowie einheitlich gelesen und gewürdigt werden (Senat vom 9.5.2008, 34 Wx 139/07 = RNotZ 2008, 495; Demharter GBO 31. Aufl. § 44 Rn. 15).

76 Die Vereinbarung einer erweiterten Zustimmungsbefähigung im Sinne von § 5 ErbbauRG nach Ziff. II.7. des Vertrags entfaltet daher dingliche Wirkung. Denn die Eintragung nimmt Bezug auf die Bewilligung in Ziffer III. der Urkunde, die wiederum hinsichtlich des Inhalts des Rechts auf Ziffer II. der Urkunde verweist. Diese Bezugnahme im Grundbuch auf die Eintragungsbewilligung ist auch hinsichtlich des Zustimmungserfordernisses materiellrechtlich wirksam, zumal § 56 Abs. 2 GBV nur formellrechtlich gilt (vgl. BayObLG Rpfleger 1979, 384; Palandt/Wicke § 5 ErbbauRG Rn. 1).

77 i) Die vereinbarten Voraussetzungen der Zustimmung liegen hier nicht vor, da der vereinbarte Kaufpreis den Wert des von den Beteiligten zu 1 und 2 errichteten Gebäudes erheblich übersteigt.

78 Nach dem vorgelegten Schreiben des X. X. liegt der Kaufpreis nämlich immerhin ca. 25.000 € über dem doppelten Wert des Gebäudes, wobei das Gericht insofern zu berücksichtigen hat, dass das Schreiben offensichtlich nicht von einem vereidigten Gutachter erstellt wurde. Gegen diese Bewertung spricht vor allem das von den Beteiligten zu 1 und 2 selbst vorgelegte Gutachten eines vereidigten Sachverständigen, das den Verkehrswert des Erbbaurechts mit dem Gebäude weit geringer ansetzt. Dieses kommt nämlich insgesamt auch unter Berücksichtigung der Lage auf dem Immobilienmarkt zum Ergebnis, dass der Verkehrswert des Erbbaurechts zusammen mit dem Reihenhause mit 577.000 € unter dem vereinbarten Preis von 605.000 € liegt.

79 Soweit geltend gemacht wird, dass erhebliche Beträge für Nebenkosten, Grundsteuer, Erbbauzins und Kosten des Erhalts des Grundstücks gezahlt worden sind, kann dies zwar als Maßstab für den Mindestaufschlag auf den Gebäudewert herangezogen werden. Der errechnete Betrag liegt allerdings unter dem von den Gutachten errechneten Wert des Erbbaurechts.

80 j) Gegen dieses Ergebnis spricht auch nicht, dass die Erwerber als Schuldner von der Beteiligten zu 3 zu Grundabgaben herangezogen wurden. Dies macht sie nicht zu den Erbbauberechtigten.

81 Die Beteiligte zu 3 hat im Verfahren durchgehend geltend gemacht, dass der Veräußerung die erforderliche, jedoch zu Recht nicht erteilte Zustimmung der Gemeinde entgegenstehe. Eine wirksame Übertragung des Erbbaurechts ist auch bisher nicht erfolgt, da es an einer Eintragung im Grundbuch fehlt, § 873 BGB.

Nachweis gesellschaftsrechtlicher Nachfolgeregelung bei Antrag auf Löschung verstorbener Gesellschafter im Grundbuch

BGB § 398, § 401 Abs. 1, § 727 Abs. 1, § 857, § 891 Abs. 1, § 894, § 1922 Abs. 1; GBO § 19, § 22, § 29 Abs. 1, § 47 Abs. 2

Amtliche Leitsätze:

1. Nach dem Tod eines GbR-Gesellschafters kann das Grundbuch auf Bewilligung seines Erben nebst Tatsachenangaben berichtigt werden, aus denen sich ergibt, dass es durch die bewilligte Eintragung richtig wird („schlüssige Darlegung der Unrichtigkeit“). Die Buchposition des verstorbenen GbR-Gesellschafters geht immer auf den Erben über (Fortführung von Senat, NZG 2016,

555). Soll der Verstorbene ersatzlos gelöscht werden, bedarf es keiner Bewilligung der weiteren eingetragenen Gesellschafter (Fortführung von Senat FGPrax 2011, 217; 2015, 153). (Rn. 14, 17 und 22)

2. Das Grundbuch kann nicht auf Grund privatschriftlicher Erklärungen berichtigt werden, wenn diese ohne weiteres in der Form des § 29 Abs. 1 GBO abgegeben werden könnten (entgegen OLG München, NZG 2020, 191). (Rn. 12 und 19 – 21)

KG (1. Zivilsenat),
Beschluss vom 08.07.2020 – 1 W 35/20

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligte, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ist in Abt. I mit 8 Gesellschaftern gebucht. Hierzu befindet sich in den Grundakten ein zwischen den eingetragenen Gesellschaftern zu f) bis h) am 7. März 2001 geschlossener Gesellschaftsvertrag (UR-Nr. 668/2001 des Notars ...), in dem es u.a. heißt:

2 8. Tod eines Gesellschafters

3 Durch den Tod eines Gesellschafters wird die Gesellschaft nicht aufgelöst. Sie wird mit den Erben fortgesetzt, soweit es sich um Abkömmlinge des Verstorbenen, um andere Gesellschafter oder um Abkömmlinge anderer Gesellschafter handelt. Ist keiner der Erben nach Satz 2 dieses Absatzes nachfolgeberechtigt, scheidet der Gesellschafter mit seinem Tod aus der Gesellschaft aus. ...

4 11. Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages

5 Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Beschlussfassungen über Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrags bedürfen einer Mehrheit von 75% der Anteile. ... Ferner erklärten die eingetragenen Gesellschafter in notarieller Verhandlung vom 30. März 2001 (UR-Nr. 1064/2001 des Notars ...) unter Bezugnahme auf die UR-Nr. 668/2001, die eingetragenen Gesellschafter zu a) bis e), Kinder der Gründungsgesellschafter, seien durch privatschriftliche Vereinbarung vom 12. März 2001 als weitere Gesellschafter aufgenommen worden.

6 Mit Schreiben vom 29. April 2019 hat der eingetragene Gesellschafter zu h) im Namen der Beteiligten beantragt, den am 9. Mai 2017 verstorbenen Gesellschafter zu g) und den am 28. August 2017 verstorbenen Gesellschafter zu f) im Grundbuch zu löschen. Beigefügt waren u.a. die Kopie einer privatschriftlichen „Änderung des Gesellschaftsvertrags“ vom März / April 2001 sowie eine Kopie der Sterbeurkunde für den Gesellschafter zu f), in der als Ehefrau H... aufgenommen ist. Auf eine Zwischenverfügung des

Grundbuchamts hat die Beteiligte Erbscheine jeweils in beglaubigter Abschrift der Ausfertigung vorgelegt. Danach ist der eingetragene Gesellschafter zu g) von den Gesellschaftern zu f) und h) zu je 1/2 beerbt worden. Erben des eingetragenen Gesellschafters zu f) sind H... zu 1/2 und die Gesellschafter zu c) und d) zu je 1/4.

7 Mit der angefochtenen Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt der Beteiligten aufgegeben, die Erbscheine in Ausfertigung sowie eine Berichtigungsbewilligung der H... vorzulegen. Auf die Beschwerde der Beteiligten hat es ergänzt: Anstelle der Bewilligung könne auch eine Personenstandsurkunde in der Form des § 29 GBO eingereicht werden, aus der sich das Verwandtschaftsverhältnis der H... zum Erblasser ergebe, z.B. eine Abstammungs- oder Heiratsurkunde.

II. Aus den Gründen:

8 Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Das den Erbnachweis betreffende Hindernis besteht zum maßgeblichen Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung (§ 74 GBO) nicht mehr; es liegen nunmehr Ausfertigungen der Erbscheine vor. Die Zwischenverfügung im Übrigen ist nicht gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO veranlasst. Die aufgegebene Berichtigungsbewilligung kann – jedenfalls isoliert – nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein. Die erst noch zu erklärende Bewilligung eines unmittelbar Betroffenen nach § 19 GBO ist mangels Rückwirkung des Beseitigungsmittels kein zulässiger Inhalt einer solchen Verfügung (BGH, FGPrax 2014, 192 Rn. 6; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 18 Rn. 12). Die alternativ aufgegebene Personenstandsurkunde ist kein geeignetes Mittel zur Hebung des Hindernisses.

9 Dabei kommt es nicht darauf an, ob mit einer Geburtsurkunde der H... (i.V.m. den Geburtsdaten) gemäß § 54 Abs. 1 und 2, § 55 Abs. 1 Nr. 4, § 59 PStG zu beweisen ist, dass sie nicht von einem der eingetragenen Gesellschafter abstammt. Das könnte nur für einen Unrichtigkeitsnachweis gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 GBO erheblich sein, der mit der UR-Nr. 668/2001 nicht erbracht werden kann. An den Unrichtigkeitsnachweis, der in der Form des § 29 Abs. 1 GBO zu führen ist, sind strenge Anforderungen zu stellen, da sonst am Verfahren nicht beteiligte Personen geschädigt werden könnten und das Grundbuchverfahren zur Klärung von streitigen Tatsachen weder geeignet noch bestimmt ist. Es sind alle Möglichkeiten, bis auf ganz entfernte, auszuräumen, die der Richtigkeit der begehrten Eintragung entgegenstehen können (BGH, NJW 2016, 3242 Rn. 9; *Demharter*, a.a.O., § 22 Rn. 37, 42).

10 Unter Beachtung dieser Grundsätze genügt der (formgerechte) Gesellschaftsvertrag vom 7. März 2001 nicht,

um nachzuweisen, welche Nachfolgeregelungen zwischen den Gesellschaftern am 9. Mai bzw. 28. August 2017 vereinbart waren. Ein mehrere Jahre alter Gesellschaftsvertrag ist dafür nicht geeignet, weil die nicht nur theoretische Möglichkeit besteht, dass dieser (hier erneut) geändert worden ist (Senat, NZG 2016, 555 Rn. 4; OLG München, NZG 2020, 191 Rn. 21; vgl. auch zum Nachweis der Vertretungsberechtigung BGH, NJW 2006, 2189 Rn. 14; Senat, FGPrax 2018, 2; OLG München, Rpfleger 2011, 75; 2012, 70).

11 Das gilt umso mehr, als im Berichtigungsantrag ausgeführt ist, die Anteile des Gesellschafters zu g) seien seinem oft geäußerten Wunsch entsprechend auf sämtliche verbliebenen Gesellschafter verteilt worden. Für die Grundbucheintragung ist es zwar unerheblich, ob der Gesellschaftsanteil des Verstorbenen nur einzelnen oder allen weiteren Gesellschaftern angewachsen ist. In beiden Fällen wäre lediglich der durch seinen Tod Ausgeschiedene zu löschen, denn die Höhe der Gesellschaftsanteile wird im Grundbuch nicht verlautbart (Senat, FGPrax 2011, 217; *Demharter*, a.a.O., § 47 Rn. 31.2). Es ist aber nicht auszuschließen, dass der Gesellschaftsvertrag (auch) in anderen Punkten geändert wurde, z.B. dahin, dass alle Erben oder jedenfalls Ehegatten als Erben nachfolgeberechtigt seien. Dann könnte der Gesellschafter zu f) nur gelöscht werden, wenn gleichzeitig H... gemäß § 47 Abs. 2 GBO als Gesellschafterin im Grundbuch eingetragen würde; nur durch eine solche Eintragung würde das Grundbuch – wie erforderlich (vgl. Senat, FGPrax 2019, 196) – richtig. Den Gesellschaftern der Beteiligten ist es jederzeit möglich, die Regelungen unter Nr. 8 und 11 der UR-Nr. 668/2001 durch mündliche Absprachen oder sonstige Vereinbarungen zu ändern.

12 Es kann offen bleiben, ob den Mitteilungen des Gesellschafters zu h) zu entnehmen ist, Nr. 8 des Gesellschaftsvertrags sei nicht geändert worden. Die privatschriftlichen Erklärungen sind kein Nachweis in der gebotenen Form des § 29 Abs. 1 GBO. Nachweiserleichterungen kommen nicht in Betracht (a.A. OLG München, NZG 2020, 191 Rn. 17 ff.). Die Anforderungen an den Unrichtigkeitsnachweis sind nicht zu reduzieren, wenn eine Berichtigung des Grundbuchs auf Grund einer Berichtigungsbewilligung (§ 19 GBO) möglich ist (BGH, NJW 2017, 3715 Rn. 21 ff.; *Demharter*, a.a.O., § 22 Rn. 42; *Paulus*, EWiR 2020, 393 Rn. 3.4).

13 Wird der Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs durch einen Vertrag – die Übertragung eines Gesellschaftsanteils, eines durch eine Vormerkung gesicherten Anspruchs, einer Briefgrundschuld oder eines Erbteils – bewirkt, der nicht der Form des § 29 Abs. 1 GBO genügt oder unter einer Bedingung – der vollständigen Zahlung des Kaufpreises o.ä. – steht, die mit grundbuchlichen Mitteln

nicht nachzuweisen ist, bedarf es zur Berichtigung des Grundbuchs der Bewilligung nach § 19 GBO. Der Anspruch auf Abgabe der Berichtigungsbewilligung (§ 894 BGB) ist ggf. im Prozessweg durchzusetzen. Die Erfordernisse des § 29 Abs. 1 GBO entfallen nur, wenn es weder möglich ist, die Unrichtigkeit formgerecht nachzuweisen, noch eine Berichtigungsbewilligung zu beschaffen (vgl. zu einem solchen Sachverhalt Senat, NJW-RR 1998, 447).

14 Nach dem Tod eines Gesellschafters kann das Grundbuch auf Grund einer Bewilligung seiner Erben (und ggf. der weiteren Gesellschafter) berichtigt werden (Senat, NZG 2016, 555). Denn die Buchposition des Verstorbenen geht als gesonderte Rechtsposition auf seine Erben über. Es kann dahin stehen, ob dies unmittelbar aus § 1922 Abs. 1 BGB (Senat, a.a.O., Rn. 3), aus §§ 1922, 857 BGB analog (*Staudinger/Picker*, BGB, Bearb. 2019, § 894 Rn. 96) oder aus dem Umstand folgt, dass der Gesellschaftsanteil nach der gesetzlichen Grundregel (§ 727 Abs. 1 BGB, vgl. dazu BGH, NJW 2017, 3715 Rn. 16) auf die Erben übergeht (*Weber*, ZEV 2016, 339, 340). Jedenfalls ist die Buchberichtigung eine von der materiellen Berechtigung zu trennende, vermögenswerte und dem Besitz ähnliche Position, in die der Erbe nachfolgt (*Ertl*, MittBayNot, 1992, 11, 16 f.).

15 Tritt z.B. der eingetragene Berechtigte einer Vormerkung den gesicherten Anspruch ab, geht die Vormerkung zwar entsprechend § 401 Abs. 1 BGB auf den Zessionar über, nicht aber die Buchposition. Nach dem Tod des Zedenten ist allein sein Erbe berechtigt (§ 19 GBO) und verpflichtet (§ 894 BGB), die Berichtigung des Grundbuchs zu bewilligen. Gleiches gilt für die Übertragung eines Gesellschaftsanteils, auch wenn die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB bzw. § 899a S. 1 BGB für den noch Eingetragenen durch seinen Tod widerlegt ist. Hat ein Gesellschafter seinen Anteil (z.B. durch privatschriftlichen oder mündlichen Vertrag) wirksam auf einen Dritten übertragen und stirbt er vor Abgabe der Berichtigungsbewilligung, ist diese unabhängig von der materiellen Nachfolgeberechtigung durch seine Erben (und die gemäß § 19 GBO ebenfalls betroffenen sonstigen Gesellschafter) zu erklären (*Schöner*, DNotZ 1998, 811, 819). Für die Nachfolge des Erben in die Buchposition ist es auch unerheblich, ob die Änderung der materiellen Rechtslage schon vor dem Tod des Gesellschafters oder aufschiebend bedingt erst mit diesem eingetreten ist.

16 Die sog. rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel ist konstruktiv eine Anteilsübertragung unter Lebenden nach §§ 398, 413 BGB, aufschiebend bedingt (§ 158 Abs. 1 BGB) durch den Tod des Verfügenden, die dem Übergang der Buchposition auf den Erben nicht entgegensteht (*Weber*, ZEV 2017, 656, 657; *Reymann*, FGPrax 2017, 250, *Goslich*, MittBayNot 2018, 141, 143). Sie kann unter Mitwirkung des Dritten bereits im Gesellschaftsvertrag, aber – unter Zustimmung der übrigen Gesellschafter – auch zu jedem spä-

teren Zeitpunkt vereinbart werden. Die Zustimmung der Gesellschafter kann vorab erteilt werden. So kann – insbesondere bei Publikumsgesellschaften – im Gesellschaftsvertrag die Übertragung des Anteils auf Dritte, auch „von Todes wegen“ (vgl. den Sachverhalt DNotI-Report 2001, 80), einschränkungslos oder abhängig von bestimmten Voraussetzungen zugelassen werden (Palandt/*Sprau*, BGB, 79. Aufl., § 736 Rn. 1). Eine Grundbuchberichtigung an Hand des Gesellschaftsvertrags scheidet in einem solchen Fall aus (vgl. zu weiteren praktischen Schwierigkeiten *Egerland*, NotBZ 2001, 34, 35 f.). Schuldrechtliche Ansprüche sind für die Grundbuchberichtigung ohnehin nicht erheblich (*Weber*, ZEV 2016, 339, 340).

17 Aus § 22 Abs. 2 GBO (i.V.m. § 47 Abs. 2 S. 2 GBO) folgt nicht, dass dem Grundbuchamt auch für die Bewilligungsberechtigung nachzuweisen ist, auf wen der Gesellschaftsanteil des Verstorbenen überging (so aber wohl OLG München, a.a.O., Rn. 19). Die Zustimmung gemäß § 22 Abs. 2 GBO ist durch denjenigen zu erklären, der nach dem Inhalt der Bewilligung gemäß § 19 GBO berichtend als Eigentümer eingetragen werden soll. Die Rechtsstellung des Einzutragenden muss dafür nicht nachgewiesen werden, wie sich schon aus der zweiten Ausnahme der Vorschrift ergibt („sofern nicht die Unrichtigkeit nachgewiesen wird“). Es genügt, dass die Eigentümer- bzw. hier Gesellschafterstellung in der Berichtungsbewilligung schlüssig dargelegt ist. Dafür muss der Bewilligende die Tatsachen, aus denen sich die Rechtsstellung des Einzutragenden ergibt, lediglich nachvollziehbar schildern. Die Vorlage bestätigender Urkunden o.ä. ist nicht erforderlich (Senat, Beschluss vom 5. Juli 2012 – 1 W 432/11 – juris Rn. 8 und 12 m.w.N.; a.A. zum Gesellschaftsvertrag *Demharter*, a.a.O., § 22 Rn. 41).

18 Der Erbe hat die Grundbuchberichtigung unter Nachweis der Erbfolge gemäß § 35 Abs. 1 GBO auch dann in der Form des § 29 Abs. 1 GBO zu bewilligen, wenn der Gesellschaftsanteil des Verstorbenen auf ihn übergegangen ist und der Erbe bereits zuvor gemäß § 47 Abs. 2 GBO als Gesellschafter im Grundbuch eingetragen war. Mit der ersatzlosen Aufgabe der Buchposition des Verstorbenen ist der Nachlass rechtlich nachteilig betroffen i.S.v. § 19 GBO. Bewilligt der (bislang nicht gebuchte) Erbe seine eigene Eintragung, liegt darin zugleich die Zustimmung nach § 22 Abs. 2 GBO. Abweichend von dem allgemeinen Grundsatz, dass der durch einen Erbschein Legitimierte gemäß § 22 Abs. 1 S. 1, § 35 Abs. 1 GBO als Rechtsnachfolger des Verstorbenen eingetragen werden kann, bedarf es auch hier der Bewilligung des Erben (und der weiteren Gesellschafter) nach § 19 GBO. Das folgt aus den Gestaltungsmöglichkeiten des Gesellschaftsrechts, von denen häufig Gebrauch gemacht wird. Dass der Erbe in der Berichtungsbewilligung den Lebenssachverhalt darlegen muss, aus dem sich seine Gesellschafterstellung ergibt, erhöht

die Richtigkeitsgewähr des Grundbuchs und kann auch den Interessen Dritter dienen, die nicht am Verfahren beteiligt sind.

19 Die Probleme, die sich bei der Berichtigung des Grundbuchs nach dem Tod eines Gesellschafters ergeben, stehen nicht im Zusammenhang mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (a.A. *Holzer*, FGPrax 2020, 65). Das Bayerische Oberste Landesgericht hat seine Rechtsprechung vor dem grundlegenden Urteil des Bundesgerichtshofs (NJW 2001, 1056) entwickelt. Es hat die Vorlage des Gesellschaftsvertrags oder den anderweitigen Nachweis seines Inhalts – zuletzt (DNotZ 1993, 394; DNotZ 1998, 811; NZG 2001, 124; vgl. aber auch DNotZ 1992, 157) – für den Nachweis der Bewilligungsberechtigung verlangt, für die Bewilligungserklärung bzw. die Erklärung zum Inhalt des Gesellschaftsvertrags aber an den Formerfordernissen des § 29 Abs. 1 GBO festgehalten. Nach der Fortschreibung durch das Oberlandesgericht München (a.a.O., Rn. 22) soll es für die Grundbuchberichtigung ausreichen, dass dem Grundbuchamt (neben Erbnachweisen) der privatschriftliche Gesellschaftsvertrag und privatschriftliche Erklärungen über dessen Fortbestand oder auch nur privatschriftliche Erklärungen über den aktuellen Inhalt des Gesellschaftsvertrags vorgelegt werden. Dem kann sich der Senat nicht anschließen.

20 Es ist nicht ersichtlich, warum die Erklärungen zum Inhalt des Gesellschaftsvertrags oder die – nach Ansicht des Senats erforderlichen – Bewilligungserklärungen der Erben (und ggf. der übrigen Gesellschafter) nicht der Form des § 29 Abs. 1 GBO entsprechen müssen. Ohne Unterschriftsbeglaubigung (§ 129 Abs. 1 BGB) ist für das Grundbuchamt nicht zuverlässig festzustellen, von wem eine schriftliche Erklärung herrührt. Die Interessen nachteilig Betroffener – hier insbesondere H... – werden durch eine bloß privatschriftliche Erklärung zum Inhalt des Gesellschaftsvertrags nicht effektiver geschützt, als durch das Erfordernis ihrer Bewilligungserklärung in der gesetzlich vorgeschriebenen Form. Zur schlüssigen Darlegung der Unrichtigkeit sind in der Bewilligung – wie ausgeführt – auch die Regelungen des Gesellschaftsvertrags darzustellen, die für den Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs erheblich sind.

21 Die Nachweisanforderungen des Grundbuchverfahrens sollen verlässliche Eintragungsgrundlagen sicherstellen und die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen in standardisierten Verfahren ohne einzelfallbezogene Beweiswürdigung ermöglichen. Damit stünde es nicht im Einklang, wenn ohne zwingenden sachlichen Grund ein vom Gesetz nicht vorgesehenes Beweismittel in das Verfahren eingeführt werden dürfte. Eine Ausnahme von der Formenstrenge des Grundbuchverfahrens ist nur anzunehmen, wenn andernfalls der verfahrens-

rechtliche Vollzug der materiellen Rechtslage dauerhaft ausgeschlossen wäre (Senat, Rpfleger 2014, 253, 255; ebenso im Ergebnis BGH, NJOZ 2015, 725 unter Verweis auf *Böttcher*, ZfIR 2014, 191). Davon kann hier keine Rede sein. Die Erben der Gesellschafter zu f) und g) sind in der Lage, Erklärungen in der Form des § 29 Abs. 1 GBO abzugeben.

22 Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist allenfalls für die Frage erheblich, ob für die Grundbuchberichtigung auch die Bewilligungen der übrigen Gesellschafter erforderlich sind. Für die bloße Löschung eines nach § 47 Abs. 2 GBO gebuchten Gesellschafters bedarfes neben der formgerechten Bewilligung des Ausgeschiedenen (oder seiner Erben) keiner Bewilligung der weiteren im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter gemäß §§ 19, 22 Abs. 2 GBO, weil diese rechtlich nicht nachteilig berührt werden (Senat, FGPrax 2011, 217; 2015, 153; OLG München, NJW-RR 2013, 589; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl., § 22 Rn. 107; Böhringer, MittBayNot 2012, 219; a.A. OLG München, Rpfleger 2016, 14). Aus der Rechtsfähigkeit nebst organschaftlicher Vertretung könnte geschlossen werden, dass die Gesellschaft als solche durch jede Änderung zum Gesellschaftereintrag rechtlich nachteilig i.S.v. § 19 GBO betroffen ist und – gemäß §§ 709 Abs. 1, 714 BGB regelmäßig vertreten durch sämtliche Gesellschafter – die Eintragung bewilligen muss. Das ist zu verneinen. Zum einen steht bis zur Grundbuchberichtigung nicht fest, welche Personen nach der Vermutung des § 899a S. 1 BGB insgesamt befugt sind, die Gesellschaft zu vertreten. Zum anderen betrifft die Löschung eines Gesellschafters, solange mindestens zwei Gesellschafter verbleiben, nur die Ebene des § 47 Abs. 2 S. 1 GBO und damit das Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Der Gesetzgeber wollte mit § 47 Abs. 2 S. 2 GBO ermöglichen, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts grundbuchverfahrensrechtlich im Wesentlichen weiterhin so behandelt werden kann, wie vor der Rechtsprechungsänderung (BT-Drucks. 16/13437 S. 24).

23 Die Rechtsbeschwerde nach § 78 GBO kann mangels Beschwer nicht zugelassen werden. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist nur die Beanstandung des Grundbuchamts, nicht die Entscheidung über den Eintragungsantrag selbst (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 71 Rn. 34, § 77 Rn. 12 ff., § 78 Rn. 6.1).

24 Wegweisend und ohne Bindungswirkung weist der Senat darauf hin, dass für die Löschung der Gesellschafter zu f) und g) Berichtigungsbewilligungen ihrer Erben in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO erforderlich sind. Die Bewilligungserklärung ist durch einen Notar zu beurkunden oder die Unterschrift durch einen Notar zu beglaubigen. In der Bewilligung ist, ggf. unter Bezugnahme auf Nr. 8 der

UR-Nr. 668/2001, darzulegen, auf Grund welcher Vorgänge und vertraglicher Regelungen die Anteile der Gesellschafter zu f) und g) ausschließlich auf Personen übergegangen sind, die bereits als Gesellschafter im Grundbuch eingetragen sind. Die Bewilligungen sind durch die Gesellschafter zu h), c) und d) sowie H... zu erklären. Der Gesellschafter zu h) hat unter dem 20. Mai 2019 mitgeteilt, er verfüge über notariell beglaubigte Vollmachten aller Gesellschafter. Sind die Vollmachten der Gesellschafter zu f) und g) über den Tod hinaus erteilt, kann der Gesellschafter zu h) die Bewilligungserklärungen unter Vorlage der Originalvollmachten als Vertreter der Erben gemäß §§ 164 Abs. 1, 167 Abs. 1 BGB mit Wirkung für und gegen die Gesellschafter zu c), d) und H... abgeben.

Zur Erforderlichkeit einer Voreintragung des Erben bei Belastung des Grundstücks ohne gleichzeitige Auflassung

GBO § 39, § 40; BGB § 168, § 891, § 1191, § 1821, § 1822

Amtliche Leitsätze:

1. Die Voreintragung des Berechtigten ist nicht gemäß § 40 GBO entbehrlich, wenn der Erbe ohne gleichzeitigen Eigentumsübergang eine Belastung des Grundstücks eintragen lassen will. (Rn. 8 und 14)
2. Anderes gilt, wenn nicht der Erbe, sondern ein Bevollmächtigter aufgrund einer von dem noch als Eigentümer eingetragenen Erblasser erteilten transmortalen Vollmacht über das Grundstück verfügt (Fortführung von Senat, Beschluss vom 2. August 2011, – 1 W 243/11 – FGPrax 2011, 270). (Rn. 9 und 14)

Redaktionelle Leitsätze:

1. Die Voreintragung des Erben analog § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO ist entbehrlich, wenn statt der Übertragung des Rechts zunächst nur eine Eigentumsvormerkung eingetragen werden soll, weil sich deren Bedeutung in der Sicherung des Übertragungsanspruchs erschöpft und sie sowohl nach Durchführung der Eigentumsübertragung als auch bei Scheitern des darauf gerichteten Vertrages bei entsprechendem Nachweis im Grundbuch im Wege der Berichtigung zu löschen ist. (Rn. 7)
2. Bei einem Antrag auf Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld besteht keine vergleichbare Rechts- und Interessenlage. (Rn. 8)

KG (1. Zivilsenat),

Beschluss vom 22.10.2020 – 1 W 1357/20

I. Tatbestand:

1 Die eingetragene Eigentümerin des im Beschlusseingang bezeichneten Wohnungseigentums ist am 29. Dezember 2019 verstorben. Sie hatte zu notarieller Urkunde vom 16. Mai 2014 (UR-Nr. X/2014 des Notars W.) ihrer Schwiegertochter B.G. umfassende Vollmacht erteilt, sie in allen vermögensrechtlichen Angelegenheiten zu vertreten. Die Vollmacht sollte nach Ziffer I der Urkunde nicht durch den Tod der Vollmachtgeberin erlöschen.

2 B. G. verkaufte mit notariell beurkundetem Vertrag vom 22. Mai 2020 (UR-Nr. X/2020 des Notars W...) unter Bezugnahme auf die Vollmacht vom 16. Mai 2014 das Wohnungseigentum an den Beteiligten zu 2. Sie bewilligte die Eintragung einer Eigentumsvormerkung zugunsten des Beteiligten zu 2 und erteilte diesem die Vollmacht, das Wohnungseigentum schon vor seiner Eintragung als Eigentümer mit Grundpfandrechten zu belasten. Zu notarieller Urkunde desselben Tages (UR-Nr. X2/2020 des Notars W...) bewilligte der Beteiligte zu 2 unter Bezugnahme auf die Belastungsvollmacht die Eintragung einer Grundschuld zugunsten der Beteiligten zu 3. Die Eigentumsvormerkung ist am 9. Juni 2020 im Grundbuch eingetragen worden. Nunmehr beantragen die Beteiligten die Eintragung der Grundschuld.

3 Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 13. Juli 2020 darauf hingewiesen, dass vor der Eintragung der Grundschuld zunächst die Erben nach der eingetragenen Eigentümerin im Grundbuch eingetragen werden müssten, wofür es eines entsprechenden Antrags der Erben und des Nachweises der Erbfolge bedürfe.

4 Die Beteiligten sind unter Bezugnahme auf die Entscheidungen des OLG Celle vom 16. August 2019 (FamRZ 2020, 131) und des OLG Stuttgart vom 2. November 2018 (Rpfler 2019, 189) der Ansicht, die Erben müssten nicht voreingetragen werden. Ihrer Beschwerde vom 30. Juli 2020 hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen.

II. Aus den Gründen:

5 Das Rechtsmittel ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Für den Vollzug der beantragten Eintragung ist die Voreintragung der Erben nicht erforderlich.

6 Gemäß § 39 GBO soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Die Vorschrift soll einerseits dem Grundbuchamt die Legitimationsprüfung erleichtern, andererseits den eingetragenen Berechtigten dagegen sichern, dass ungeachtet der Vermutungswirkung des § 891 BGB ein anderer unbefugt über das Recht verfügt (*Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den

Reichs-Justizgesetzen, Band 5, S. 163). Gemäß § 40 Abs. 1 GBO ist § 39 GBO nicht anzuwenden, wenn die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist und die Übertragung oder die Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll oder wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlasspflegers begründet wird. Das gleiche gilt gemäß § 40 Abs. 2 GBO für eine Eintragung auf Grund der Bewilligung eines Testamentsvollstreckers, sofern die Bewilligung gegen den Erben wirksam ist.

7 1. Zutreffend ist das Grundbuchamt davon ausgegangen, dass keiner der gesetzlich ausdrücklich geregelten Fälle des § 40 GBO erfüllt ist. § 40 Abs. 1, 1. Alt. GBO ist auch nicht deshalb entsprechend anwendbar, weil es sich bei der einzutragenden Grundschuld augenscheinlich um eine Finanzierungsgrundschuld handelt. Allerdings ist nach nahezu allgemeiner Ansicht eine Voreintragung der Erben analog § 40 Abs. 1, 1. Alt. GBO entbehrlich, wenn statt der Übertragung des Rechts zunächst nur eine Eigentumsvormerkung eingetragen werden soll (BGH NJW 2018, 3310; Senat, JFG 7, 328, FGPrax 2011, 270; *Böttcher* in Meikel, GBO, 11. Aufl., § 40 Rdn. 26 *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 40 Rdn. 17; *Zeiser* in Hügel, GBO, 4. Aufl., § 40 Rdn. 20; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdn. 142c). Diese Analogie rechtfertigt sich daraus, dass die Vormerkung allein dazu dient, die endgültige Übertragung vorzubereiten und zu sichern, und sie in ihrem rechtlichen Bestand von dem Bestand des gesicherten Übertragungsanspruchs abhängig ist (Senat, FGPrax 2011, 270). Der historische Gesetzgeber hat befunden, im Falle der Übertragung oder Aufhebung des ererbten Rechts sei die Voreintragung der Erben weder zur Vereinfachung der Buchführung noch durch die Interessen Dritter geboten, weshalb die dem Erben entstehenden Eintragungskosten ohne Zweck seien (*Hahn/Mugdan* a.a.O. S. 164 zum damaligen § 39 GBO). Dies ist bei der Eigentumsvormerkung ebenso zu bewerten, weil sich deren Bedeutung in der Sicherung des Übertragungsanspruchs erschöpft und sie sowohl nach Durchführung der Eigentumsübertragung als auch bei Scheitern des darauf gerichteten Vertrages bei entsprechendem Nachweis im Grundbuch im Wege der Berichtigung zu löschen ist.

8 Bei einem Antrag auf Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld besteht keine vergleichbare Rechts- und Interessenlage (Senat, FGPrax 2011, 270; OLG Stuttgart, Rpfler 2019, 189, *Ott*, notar 2018, 189, a.A. OLG Frankfurt ZfIR 2017, 833; OLG Köln, FGPrax 2018, 106; OLG Celle, FamRZ 2020, 131; *Böttcher* in Meikel a.a.O. Rdn. 28). Die Finanzierungsgrundschuld wird zwar ebenfalls im sachlichen Zusammenhang mit der (beabsichtigten) Übertragung eines Grundstücks eingetragen, jedoch ist

hier die Eintragung des Berechtigten nicht zwecklos, sondern durch Interessen Dritter geboten. Ebenso wenig wie bei der Eigentumsvormerkung steht bei der Finanzierungsgrundschuld fest, dass die Eintragung des Käufers im Grundbuch überhaupt oder gar „innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit“ nachfolgen wird. Anders als die Eigentumsvormerkung wäre die Grundschuld allerdings weder bei Erfüllung noch bei Scheitern des Übertragungsanspruchs als unrichtig zu löschen. Sie bleibt eingetragen, ohne dass die Berechtigung des Bewilligenden aus dem Grundbuch nachvollzogen werden kann.

9 2. Handelt der Verfügende nicht aufgrund einer – vermeintlichen oder nachgewiesenen – Erbenstellung (so der Sachverhalt zu der Entscheidung des Senats in FGPrax 2011, 270), sondern als Inhaber einer von dem eingetragenen Eigentümer ausgestellten transmortalen Vollmacht, so ist eine Ausnahme von dem Voreintragungsgebot des § 39 GBO jedoch entsprechend § 40 Abs. 1, 2. Alt, Abs. 2 GBO geboten. Diese Analogie knüpft nicht an den Inhalt der einzutragenden Verfügung, sondern an die Person des – wirksam – Verfügenden an (zutreffend *Ott*, a.a.O.).

10 Die für eine Analogie erforderliche Regelungslücke im Gesetz liegt offensichtlich vor. Der Gesetzgeber wollte mit den Regelungen in § 40 GBO, die nicht die Übertragung oder Aufhebung des Rechts (§ 40 Abs. 1, 1. Alt. GBO) betreffen, Fälle erfassen, in denen aus irgendeinem Grunde die Person des Erben noch nicht feststeht, aber die Erklärung des Verfügenden (Erblasser, Nachlasspfleger, Testamentsvollstrecker) für und gegen die Erben bindend ist (*Hahn/Mugdan* a.a.O. S. 164, 165). Für diese Fälle sollte die Lage desjenigen, der eine Eintragung verlangen kann, erleichtert werden (*Hahn/Mugdan* a.a.O.). Dabei hat der Gesetzgeber die gesetzliche Regelung nicht auf den Fall beschränkt, dass tatsächlich die Person des oder der Erben noch nicht bekannt ist, sondern im gesetzlichen Tatbestand solche Fälle aufgeführt, in denen ein anderer als der zur Zeit der Eintragung berechnete Erbe die Bewilligung mit Wirkung für und gegen die Erben unabhängig von deren Ermittlung und deren Willen abgeben konnte. Eine entsprechende Situation liegt aber auch vor, wenn der Erblasser zwar nicht selbst bereits verfügt hat, jedoch transmortal einen Dritten zur Verfügung über sein Vermögen oder – nach seinem Tod seinen Nachlass mit Wirkung für und gegen die Erben bevollmächtigt hat. Dafür, dass der Gesetzgeber diese Konstellation bedacht hat und nicht in gleicher Weise regeln wollte, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich.

11 Die gesetzlich geregelten Fälle und der ungeregelte Fall sind so vergleichbar, dass eine unterschiedliche Behandlung nicht sachgemäß wäre (a.A. *Dressler-Berlin*, FGPrax 2020, 12f). Auch der Erwerber eines Grundstücks oder Rechts an einem Grundstück, der dieses im Vertrauen auf eine notariell beurkundete transmortale Vollmacht des ein-

getragenen Eigentümers erwerben will, hat ein berechtigtes Interesse daran, den Vollzug des Vertrages betreiben zu können, ohne zuvor die Erben ermitteln und eintragen lassen zu müssen. Eine solche einfache und zügige Abwicklung wird häufig aus der Sicht des Erblassers gerade der Sinn der Erteilung einer transmortalen Vollmacht sein.

12 Dem ist nicht entgegenzuhalten, dass im Falle einer transmortalen Vollmacht die Person des Erben ohnehin ermittelt werden müsse, um ausschließen zu können, dass der Bevollmächtigte Alleinerbe geworden und die Vollmacht durch Konfusion erloschen sein könnte (vgl. OLG Hamm, FGPrax 2013, 148, das Konfusion bei Alleinerbenstellung des Bevollmächtigten annimmt, aber eine generelle Nachweispflicht für deren Nichteintritt ablehnt). Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Vollmacht dem Alleinerben auch nach dem Erbfall noch eine über die Erbenstellung hinausgehende Rechtsmacht verleiht, die nicht erlischt (so *Wendt*, ErbR 2017, 19, 23; a.A. *Bestelmeyer*, FGPrax 2018, 107f). Denn jedenfalls für die Prüfung der Wirksamkeit der Bewilligung bedarf es keiner Aufklärung der Erbfolge, weil gerade im Falle des Nachweises der Alleinerbenstellung der Erbe als solcher ebenfalls zur Bewilligung der Eintragung berechnete wäre (*Böttcher*, NJW 2018, 831, 835; argumentierend mit dem Fortbestand der Legitimationswirkung der Vollmacht: OLG München, Rpfleger 2017, 140).

13 Die Person des Erben muss bei Verwendung einer transmortalen Vollmacht auch nicht deshalb ermittelt werden, weil ausgeschlossen werden müsste, dass der Erbe minderjährig ist und zu der Verfügung über das Grundstück eine Genehmigung nach §§ 1821, 1822 BGB erforderlich ist. Die familiengerichtliche Genehmigung ist in diesen Fällen nicht erforderlich (RGZ 106, 185, 186). Der Schutz des minderjährigen Erben vor den vom Erblasser ermöglichten Verfügungen über das ererbte Grundvermögen ist auch nicht geboten. Die Vertretungsmacht aus der transmortalen Vollmacht beschränkt sich auf den Nachlass. Dieser ist dem Erben von vornherein nur mit der Beschränkung angefallen, dass der Bevollmächtigte darüber bis zu einem etwaigen Widerruf der Vollmacht noch verfügen kann. Für den Erben verhält es sich nicht anders, als wenn der Erblasser selbst noch zu Lebzeiten die Eintragung einer Verfügung über das Grundstück bewilligt hätte.

14 3. Die Analogie zu § 40 Abs. 1, 2. Alt., Abs. 2 GBO führt dazu, dass bei einer Belastung des Grundstücks ohne gleichzeitige Auflassung der Erbe voreingetragen werden muss, wenn er (aufgrund seiner Erbenstellung) selbst verfügt, während der im Namen des Erben handelnde Vertreter, der seine Vollmacht von dem Erblasser erhalten hat, ohne eine solche Voreintragung des Erben verfügen kann. Dieser Unterschied ist jedoch durch Sinn und Zweck des Voreintragungsgrundsatzes sachlich gerechtfertigt

(a.A. Böttcher in Meikel a.a.O., § 40 Rdn. 28; Cramer, ZfIR 2017, 834, 835f). Der Erbe wird – außer in den Fällen des § 40 Abs. 1, 1. Alt. GBO – gemäß § 39 GBO voreintragen, um seine Legitimation als neuer Berechtigter grundbuchlich zu dokumentieren und damit das Verfahren des Grundbuchamts zu erleichtern und die Interessen Dritter zu schützen. Die Legitimation eines transmortal Bevollmächtigten leitet sich hingegen gerade nicht von dem noch nicht eingetragenen Erben ab. Sie kann nicht durch die Eintragung des Erben, sondern nur durch die Vollmachtsurkunde nachgewiesen werden. Letztere wird weder für das Grundbuchamt noch für Dritte durch eine Eintragung der Erben besser nachvollziehbar oder sicherer dokumentiert.

15 Die unterschiedliche grundbuchliche Behandlung einer Bewilligung des Erben einerseits und einer Bewilligung des Bevollmächtigten andererseits zwingt auch nicht dazu, für die Frage der Voreintragung Nachweise zu erfordern, dass die Vollmacht nicht durch Konfusion erloschen ist. Die transmortale Vollmacht wird gerade ausgestellt, um dem Bevollmächtigten das Handeln ohne Nachweis der Erbfolge zu ermöglichen. Sie bleibt Eintragungsgrundlage, wenn der Bevollmächtigte sie als solche verwendet, jedenfalls solange nicht der Nachweis, dass er Alleinerbe des eingetragenen Eigentümers geworden ist, in der Form des § 35 GBO bereits vorliegt.

Zu den Voraussetzungen der Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks

BGB § 899; GBO §§ 22, 29, FamFG §§ 49, 51 119

Redaktioneller Leitsatz:

Für die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks ist die Anordnung einer solchen Eintragung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes notwendig. Die Feststellung der Rechtshängigkeit ist nicht ausreichend.

OLG Stuttgart (8. Zivilsenat),

Beschluss vom 30.07.2020 – 8 W 246/19

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten sind getrennt lebende Eheleute. Der Beteiligte Ziff. 1 ist seit dem 31.01.2018 im Grundbuch als alleiniger Eigentümer des im Rubrum genannten Grund-

besitzes eingetragen, zuvor waren er und die Beteiligte Ziff. 2 je mit einem Anteil von 1/2 als Eigentümer eingetragen. Zwischen den Beteiligten ist vor dem Amtsgericht – Familiengericht – ein Verfahren rechtshängig, in welchem die Beteiligte Ziff. 2 gegen den Beteiligten Ziff. 1 Ansprüche auf Rückübertragung des Eigentums geltend macht.

2 Im Verfahren 10 F 1014/19 vor dem Amtsgericht – Familiengericht – hat die Beteiligte Ziff. 2 eine einstweilige Anordnung betreffend die Eintragung eines Widerspruchs im Grundbuch beantragt, hilfsweise eine einstweilige Anordnung betreffend die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks im Grundbuch. Durch Beschluss vom 13.05.2019 hat das Familiengericht wie folgt entschieden:

1. Hinsichtlich des eingetragenen Eigentums des Antragsgegners der Grundstücke

1. (...)

2. (...)

3. das hälftige Eigentum an der Eigentumswohnung ..., Wohnungsgrundbuch

Ist durch Antragserhebung der Antragstellerin ein Rechtsstreit rechtshängig.

2. Im Übrigen wird der Antrag abgewiesen.

3. ...

3 Unter Hinweis auf diesen Beschluss hat die Beteiligte Ziff. 2 mit Schriftsatz vom 15.05.2019 beim Grundbuchamt die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks betreffen den genannten Grundbesitz beantragt.

4 Durch Beschluss vom 29.05.2019 hat das Grundbuchamt den Antrag auf Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks kostenpflichtig zurückgewiesen. Zur Begründung hat das Grundbuchamt ausgeführt, durch den Rechtshängigkeitsvermerk solle im vorliegenden Fall der Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums abgesichert werden, mithin ein schuldrechtlicher Anspruch. Ein Rechtshängigkeitsvermerk könne aber nicht eingetragen werden, wenn mit der zugrunde liegenden Klage lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch geltend gemacht werde.

5 Gegen den Zurückweisungsbeschluss vom 29.05.2019 wendet sich die Beteiligte Ziff. 2 mit ihrer Beschwerde vom 15.07.2019, mit der sie ihr Begehren auf Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks weiterverfolgt. Zugleich beantragt die Beteiligte Ziff. 2 die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren. Zur Begründung ihrer Beschwerde trägt die Beteiligte Ziff. 2 vor, im Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – vom 13.05.2019 sei bestätigt worden, dass zwischen den Beteiligten ein Rechtsstreit bezüglich des Eigentums an dem streitgegenständlichen Grundstück vor dem Familiengericht anhängig sei und dass es sich hierbei um ein rechtshängiges Verfahren handle, das die dingliche

Rechtsposition der Beteiligten Ziff. 2 betreffe. Das Grundbuchamt sei nicht befugt, zu prüfen, ob die einstweilige Anordnung rechtmäßig ist und tatsächlich eine dingliche Rechtsposition streitbefangen ist. Das Grundbuchamt sei an die Entscheidung des Prozessgerichts gebunden, der Rechtshängigkeitsvermerk daher in das Grundbuch einzutragen. Die Beteiligte Ziff. 2 verweist zudem darauf, dass hinsichtlich eines anderen im Beschluss des Familiengerichts vom 13.05.2019 genannten Grundstücks (Wohnung ..., ...) vom Amtsgericht ... antragsgemäß der Rechtshängigkeitsvermerk eingetragen worden ist.

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

► II. Aus den Gründen:

7 Die gemäß §§ 71 ff. GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Beteiligten Ziff. 2 hat in der Sache keinen Erfolg. Das Grundbuchamt hat den Antrag der Beteiligten Ziff. 2 auf Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

8 Die Eintragung eines Vermerks über die Rechtshängigkeit eines Zivilprozesses über das Eigentum oder ein im Grundbuch eingetragenes Recht an einem Grundstück ist zwar im Gesetz nicht vorgesehen. Die Zulässigkeit der Eintragung eines solchen Vermerks ist jedoch im Hinblick auf § 325 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit § 892 Abs. 1 BGB nahezu einhellig anerkannt (vgl. BGH NJW 2013, 2357 mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Die Rechtshängigkeit eines bloß schuldrechtlichen Anspruches in Bezug auf ein dingliches Recht oder das Eigentum, zum Beispiel eines Rückgewähranspruches, rechtfertigt die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks nicht (OLG Stuttgart/Senat, Rpfleger 1997, 15; *Demharter*, Grundbuchordnung, 31. Auflage 2018, Anhang zu § 13 GBO, Rdnr. 34; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Auflage 2014, Rdnr. 1653). Bei fehlender Bewilligung durch den Buchberechtigten kann die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks in das Grundbuch in entsprechender Anwendung von § 899 Abs. 2 BGB (in Verbindung mit §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO) nur im Wege der einstweiligen Verfügung erzwungen werden (BGH NJW 2013, 2357). Wie das Familiengericht in seinem Beschluss vom 13.05.2019 zutreffend ausgeführt hat, ist in Familienstreitsachen insoweit als Rechtsgrundlage die Regelung des § 49 FamFG über die einstweilige Anordnung, anwendbar über § 119 FamFG, heranzuziehen (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 07.03.2011, Az. 15 UF 7/11, zitiert nach JURIS; *Gießler/Soyka*, Vorläufiger Rechtsschutz in Familiensachen, 6. Auflage 2015, Rdnr. 498 ff.).

9 Begründet wird das Erfordernis, wonach bei fehlender Bewilligung des Buchberechtigten eine einstweilige Verfügung betreffend die Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerks vorliegen muss, mit der Erwägung, dass ein solcher Vermerk für den Betroffenen faktisch die gleiche Wirkung wie ein Widerspruch gemäß § 899 BGB hat, da er in aller Regel einer Veräußerung oder einer Belastung des Grundstücks zur Sicherung einer Kreditaufnahme entgegensteht. Dieser schwere Eingriff in Form einer faktischen Grundbuchsperrung zu Lasten des Eingetragenen ist nach der vom Gesetzgeber in § 899 BGB getroffenen Wertung erst dann berechtigt, wenn ein Gericht geprüft und bejaht hat, dass die Begründetheit des Hauptsacheanspruchs jedenfalls glaubhaft gemacht wurde (OLG Köln Rpfleger 2012, 522; OLG Schleswig SchlHA 2012, 348). Diesen Erwägungen hat sich der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 07.03.2013 (NJW 2013, 2357) angeschlossen und damit der Gegenmeinung eine Absage erteilt, wonach in entsprechender Anwendung von § 22 GBO der gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO zu führende Nachweis genüge, dass ein dinglicher Anspruch, der die im Grundbuch verzeichnete Rechtsposition betrifft, rechtshängig geworden ist (siehe zu dieser Gegenmeinung im Überblick die Nachweise in BGH NJW 2013, 2357). Für die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks genügt demnach allein der Nachweis der Rechtshängigkeit nicht. Vielmehr muss angesichts der inhaltlichen Nähe von Rechtshängigkeitsvermerk und Widerspruch die vom Gesetzgeber in § 899 BGB für die Eintragung eines Widerspruchs getroffene Wertung auch für den Rechtshängigkeitsvermerk gelten. Nur die einstweilige Verfügung ist daher geeignet, die Eintragungsbewilligung zu ersetzen. Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung durch das Prozessgericht – ebenso wie gemäß § 51 FamFG für den Erlass einer familiengerichtlichen einstweiligen Anordnung – ist, dass das Bestehen des rechtshängigen Anspruchs glaubhaft gemacht worden ist (BGH NJW 2013, 2357).

10 Im vorliegenden Fall genügt der Beschluss des Familiengerichts vom 13.05.2019 nicht den vorstehenden Anforderungen, weshalb er als Grundlage für die Eintragung des beantragten Rechtshängigkeitsvermerks nicht ausreicht. Zwar ist dieser Beschluss im Verfahren über den Erlass einer einstweiligen Anordnung ergangen, mit ihm wurde jedoch entgegen den oben genannten Anforderungen nicht die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks gerichtlich angeordnet. Zwar wird in der Begründung des Beschlusses ausgeführt, der zulässige Hilfsantrag sei begründet, die Antragstellerin habe einen Anspruch auf Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks im Wege der einstweiligen Anordnung. Eine solche Anordnung wurde jedoch nicht getroffen, vielmehr wurde

ausweislich des Tenors der Entscheidung nur – gleichsam feststellend – ausgesprochen, hinsichtlich des eingetragenen Eigentums des Beteiligten Ziff. 1 sei durch Antragserhebung der Antragstellerin ein Rechtsstreit rechtshängig. Wie ausgeführt ist dies allein nicht ausreichend. Eine Auslegung des Tenors über seinen Wortlaut hinaus ist, unabhängig von dabei ohnehin bestehenden grundsätzlichen Bedenken, jedenfalls auch deshalb nicht möglich, weil in den Beschlussbegründung enthaltenen Feststellungen des Amtsgerichts lediglich ausgeführt wird, die Antragstellerin habe vorliegend die Rechtshängigkeit des Antrags im Verfahren 10 F 1845/18 vor dem Familiengericht glaubhaft gemacht. Dass sie – wie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ebenfalls erforderlich – über die bloße Rechtshängigkeit hinaus auch das Bestehen des rechtshängigen Anspruchs glaubhaft gemacht hat, wird in dem Beschluss des Amtsgerichts nicht festgestellt. Zu der Frage der Glaubhaftmachung des Bestehens des rechtshängigen Anspruches werden in dem Beschluss überhaupt keine Ausführungen gemacht. Sowohl der Beschlusstenor als auch – insoweit mit ihm korrespondierend – die Beschlussbegründung beschränken sich auf die Frage der Rechtshängigkeit des Anspruches auf Rückübertragung des Eigentums, welcher vom Amtsgericht im Übrigen unzutreffend als dinglich qualifiziert

wurde. Die Rechtshängigkeit allein ist aber nach dem Gesagten nicht ausreichend. Eine einstweilige Verfügung/einstweilige Anordnung auf Eintragung des begehrten Rechtshängigkeitsvermerks, wie sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes erforderlich ist, liegt nicht vor.

11 Soweit die Beteiligte Ziff. 2 darauf hinweist, dass das Grundbuchamt ... auf der Grundlage des Beschlusses des Familiengerichts vom 13.05.2019 hinsichtlich des in ... gelegenen Grundstücks einen Rechtshängigkeitsvermerk eingetragen hat, vermag dies an der vorliegend zu treffenden Entscheidung nichts zu ändern.

12 Da es auch an einer Bewilligung durch den Buchberechtigten fehlt, wurde der Antrag auf Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerks jedenfalls im Ergebnis vom Amtsgericht zu Recht zurückgewiesen. Die vom Amtsgericht gegebene Begründung der Zurückweisung, nämlich dass es sich bei dem rechtshängigen Anspruch nicht um einen dinglichen Anspruch handelt, ist für sich genommen zwar zutreffend, begegnet aber im Hinblick auf die grundsätzliche Bindung des Grundbuchamts an eine einstweilige Verfügung/Anordnung des Prozessgerichts Bedenken. Diese wirken sich aber, da die Entscheidung aus anderen Gründen richtig ist, nicht aus.

STEUERRECHT

Erbschaftsteuer: Minderung des Nießbrauchsrechts durch die vom Nießbraucher weiterhin zu tragenden Zins- und Tilgungsleistungen

ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1; ErbStG § 10 Abs. 5; ErbStG § 25

Redaktioneller Leitsatz:

Bei einer Grundstücksübertragung gegen Vorbehaltsnießbrauch mindern die vom Nießbraucher weiterhin zu tragenden Zins- und Tilgungsleistungen den nach § 10 Abs. 5 ErbStG zu berücksichtigenden Wert des Nießbrauchsrechts nicht.

FG Münster (3. Senat),

Urteil vom 27.08.2020 – 3 K 722/16 Erb

► I. Aus den Gründen:

1 Die Beteiligten streiten, wie der Jahreswert eines Nießbrauchsrechts, das gemäß § 10 Abs. 5 Erbschaftsteuergesetz (ErbStG) nachlassmindernd berücksichtigt wird, zu berechnen ist.

2 Durch notariellen Vertrag vom 13.10.2014 übertrug die am 00.00.2014 verstorbene Mutter des Klägers diesem insgesamt 12 Eigentumswohnungen in E und A. Gemäß § 3 des Übertragungsvertrages übernahm der Kläger sämtliche in Abteilung II und III aller Grundbücher eingetragenen Rechte ausschließlich mit dinglicher Wirkung. Ausweislich § 7 Ziffer 2 erhielt die Mutter des Klägers ein lebenslangliches und unentgeltliches Nießbrauchsrecht, wobei sie in Abweichung von den gesetzlichen Bestimmungen auch sämtliche privatrechtlichen Lasten, die zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhen, zu tragen hatte, einschließlich der Tilgung der Hypotheken und Grundschulden. In § 7 Ziffer 3 ist die Einräumung des Nießbrauchsrechts zugunsten des Vaters des Klägers aufschiebend bedingt auf den Tod der Mutter geregelt.

3 Zu den Einzelheiten wird auf den Übertragungsvertrag, Blatt 2 bis 12 der Schenkungsteuerakte, Bezug genommen.

4 Aufgrund der vom Kläger eingereichten Schenkungsteuererklärung setzte der Beklagte die Schenkungsteuer durch Bescheid vom 14.07.2015 unter erwerbsmindernder Berücksichtigung des der Mutter eingeräumten Nießbrauchsrechts zunächst auf X Euro fest. Zu den Einzelheiten wird auf den Schenkungsteuerbescheid, Blatt 111 bis 115 der Schenkungsteuerakte, hingewiesen.

5 Mit dem dagegen am 16.07.2015 erhobenen Einspruch wies der Kläger auf den Tod seiner Mutter am 00.00.2014 hin und vertrat die Auffassung, nunmehr seien die auf dem Grundbesitz lastenden Verbindlichkeiten erwerbsmindernd zu berücksichtigen.

6 Der Beklagte folgte dieser Auffassung nicht, sondern war der Ansicht, dass nunmehr das Nießbrauchsrecht zugunsten des Vaters des Klägers abzuziehen sei. Aufgrund des vom Kläger bereitgestellten Zahlenmaterials berechnete er die durchschnittlichen Jahreswerte der auf den einzelnen Grundbesitzungen lastenden Nießbrauchsrechte mit insgesamt X Euro (vgl. Schreiben des Beklagten vom 21.10.2015, Blatt 162/162 R der Schenkungsteuerakte), wobei er die Zins- und Tilgungsleistungen für die den Grundpfandrechten zugrundeliegenden Verbindlichkeiten als Aufwendungen berücksichtigte. Er setzte dementsprechend und unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich festgestellten Grundbesitzwerte die Schenkungsteuer durch Änderungsbescheid vom 14.12.2015 auf X Euro fest.

7 Den Einspruch wies der Beklagte durch Einspruchsentscheidung vom 12.02.2016 als unbegründet zurück. Eine Berücksichtigung der den Grundpfandrechten zugrunde liegenden Verbindlichkeiten komme nicht in Betracht, da diese wegen des zugunsten des Vaters vereinbarten Nießbrauchs noch nicht auf den Kläger übergegangen seien.

8 Mit der dagegen am 08.03.2016 erhobenen Klage begehrt der Kläger nunmehr eine anderweitige Berechnung des Jahreswerts des gemäß § 10 Abs. 5 ErbStG erwerbsmindernd zu berücksichtigenden Nießbrauchsrechts.

9 Nachdem das Verfahren im Hinblick auf das beim Bundesfinanzhof anhängige Verfahren II R 4/16 geruht hat, vertritt der Kläger unter der Berücksichtigung des Urteils vom 28.05.2019 II R 4/16 (BFHE 265, 408) weiter die Auffassung, dass weder die Zinszahlungen noch die Tilgungsraten bei der Berechnung des Jahreswerts des abzuziehenden Nießbrauchs zu berücksichtigen seien. Die auf dem Grundbesitz lastenden Darlehen seien Bestandteil des Stammrechts Eigentum und aus der Substanz, nicht aber aus den Erträgen zu bedienen.

10 Der Kläger beantragt sinngemäß, den Schenkungsteuerbescheid vom 14.07.2015 in der Fassung vom 14.12.2015 in der Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 12.02.2016 in der Weise zu ändern, dass die von dem Nießbrauchsberechtigten zu zahlenden Zins- und Tilgungsleistungen bei der Ermittlung des Jahreswerts nicht abgezogen werden, hilfsweise für den Fall des Unterliegens, die Revision zuzulassen.

11 Der Beklagte beantragt die Klage abzuweisen.

12 Die Zinsen seien unter Berücksichtigung des Urteils des Bundesfinanzhofs vom 28.05.2019 II R 4/16 (BFHE 265, 408) zu Recht bei der Berechnung des Jahreswerts des Nießbrauchs einbezogen worden. Dadurch dass die Darlehn durch den Nießbraucher zu tilgen seien, gingen nur entsprechend verringerte Verbindlichkeiten auf den Kläger über. Insoweit sei dieser bereichert.

13 Der Senat entscheidet im Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung (§ 90 Abs. 2 Finanzgerichtsordnung – FGO).

► **II. Aus den Gründen:**

14 Die Klage ist begründet. Der angefochtene Bescheid in der Fassung der Einspruchsentscheidung ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1 FGO), soweit der Beklagte bei der Ermittlung des Jahreswerts des gemäß § 10 Abs. 5 ErbStG abzuziehenden Nießbrauchs die weiter von der Mutter bzw. nachfolgend vom Vater des Klägers zu erbringenden Zins- und Tilgungsleistungen für die auf dem Grundbesitz abgesicherten Darlehn abgezogen hat.

15 Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG unterliegt der Schenkungsteuer jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Die notarielle Übertragung der Eigentumswohnungen auf den Kläger vom 13.10.2014 erfüllt diese Voraussetzungen. Denn soweit der mit einem Grundstück unter Vorbehaltsnießbrauch Beschenkte die auf dem Grundbesitz abgesicherten Verbindlichkeiten wie im vorliegenden Fall nur dinglich übernimmt und der Schenker und Vorbehaltsnießbraucher – hier die Mutter und nach deren Tod der Vater des Klägers – für die Dauer des Nießbrauchs verpflichtet ist, Zins und Tilgung zu tragen, liegt in der Übernahme der Verbindlichkeiten keine Gegenleistung; es handelt sich vielmehr um eine reine Schenkung. Die Schuldübernahme durch den Beschenkten steht unter einer aufschiebenden Bedingung und ist daher gemäß § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. §§ 8, 6 Abs. 1 BewG bis zum Eintritt der Bedingung nicht zu berücksichtigen (vgl. BFH, Urteile vom 28.05.2019 II R 4/16, BFHE 265, 408 und vom 17.10.2001 II R 60/99, BStBl. II 2002, 165).

16 Als steuerpflichtiger Erwerb gilt nach § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG die Bereicherung des Erwerbers, soweit sie nicht steuerfrei ist.

17 Bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs sind gemäß § 10 Abs. 5 ErbStG die mit dem Erwerb und seiner Erlangung im Zusammenhang stehenden Verbindlichkeiten abzuziehen. Dazu gehört nach der Aufhebung des § 25 ErbStG zum 01.01.2009 durch das Erbschaftsteuerre-

formgesetz vom 24.12.2008 auch die aus einem Vorbehaltsnießbrauch erwachsende Belastung des Erwerbers.

18 Die Bewertung der den Erwerb des Klägers belastenden Nießbrauchsrechte richtet sich gemäß § 12 Abs. 1 ErbStG nach den Vorschriften des Ersten Teils des Bewertungsgesetzes. Der Kapitalwert lebenslänglicher Nutzungen ist nach § 14 Abs. 1 BewG mit dem Vielfachen des Jahreswerts anzusetzen. Bei Nutzungen oder Leistungen, die in ihrem Betrag ungewiss sind oder schwanken, ist als Jahreswert der Betrag zugrunde zu legen, der in Zukunft im Durchschnitt der Jahre voraussichtlich erzielt wird. Die Bewertung erfordert insoweit eine Schätzung, wobei Anhaltspunkt die in den drei dem Schenkungszeitpunkt vorangegangenen Jahren erzielten Einkünfte sein können. Bei der Ermittlung des Werts von Nießbrauchsrechten an Grundstücken ist dabei von den Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung auszugehen und sind zur Berechnung des Jahreswerts die vom Nießbraucher zu tragenden Aufwendungen abzuziehen. Diesen Rechtsprechungsgrundsätzen zur Ermittlung des Jahreswerts (BFH, Urteil vom 28.05.2019 II R 4/16, BFHE 265, 408 mit weiteren Nachweisen) ist der Beklagte dem Grunde nach zutreffend gefolgt. Der Höhe nach waren jedoch weder Zins- noch Tilgungsleistungen für die mit dem Grundbesitz in Verbindung stehenden Darlehn bei der Ermittlung des Jahreswertes abzuziehen.

19 Zwar gehören nach dem Urteil des Bundesfinanzhofs vom 28.05.2019 II R 4/16 (BFHE 265, 408) zu den bei der Berechnung des Jahreswerts des Nießbrauchs zu berücksichtigenden Aufwendungen auch die vom Nießbraucher nach den Regelungen des Nießbrauchs für die Verbindlichkeiten zu entrichtenden Zinsen, wenn sie während des Bestehens des Nießbrauchs aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung getragen werden. Die Schuldzinsen, die der Bedachte trotz Übernahme der Verbindlichkeiten nicht zu tragen habe, seien im Hinblick auf das bei einer Schenkung maßgebliche Bereicherungsprinzip bei der Ermittlung des Jahreswerts nicht außer Acht zu lassen. Der Bedachte sei dadurch bereichert, dass er die Zinszahlungen für die übernommenen Verbindlichkeiten nicht zu leisten habe.

20 Zur Frage der Einbeziehung von Tilgungsleistungen bei Ermittlung des Jahreswerts musste der Bundesfinanzhof keine Entscheidung treffen.

21 Allerdings hat – anders als in dem der Entscheidung des Bundesfinanzhofs zugrunde liegenden Fall, in dem der dortige Beschenkte die mit dem übertragenen Grundbesitz im Zusammenhang stehenden Verbindlichkeiten auch persönlich übernommen, jedoch aufgrund der Regelungen des Nießbrauchs für dessen Dauer nicht zu bedienen hatte – im vorliegenden Fall der Kläger die Verbindlichkeiten ausschließlich mit dinglicher Wirkung

übernommen. Das bedeutet, dass er nicht persönlich zum Schuldendienst, sondern lediglich zur Duldung einer etwaigen Zwangsvollstreckung verpflichtet war. Daraus und aus den vertraglichen Regelungen des Nießbrauchsrechts ergibt sich, dass der persönliche Schuldübergang auf den Kläger als Beschenkten bis zum Erlöschen des Nießbrauchsrechts aufschiebend bedingt war. Aufgrund dessen war er durch die Verbindlichkeiten und die damit verbundenen Zins- und Tilgungsleistungen im Zeitpunkt der Schenkung des Grundbesitzes weder rechtlich noch tatsächlich belastet und konnte deshalb weder durch die

Zins- noch durch die Tilgungsleistungen seitens der Schenkerin bzw. des nachfolgend Nießbrauchsberechtigten bereits zum Zeitpunkt der Grundbesitzübertragung bereichert sein. Bis dahin bedienten die Nießbraucher nämlich ausschließlich eigene Verbindlichkeiten. Eine Bereicherung des Klägers erfolgt erst bei Bedingungseintritt. Erst zu diesem Zeitpunkt ist der Kläger persönlicher Schuldner des um die bis dahin von den Nießbrauchern erbrachten Tilgungsleistungen geminderten Darlehns und selbst zu Zins- und Tilgungsleistungen verpflichtet.



Wohnungseigentumsgesetz (WEG)

Von Dr. Johannes Bärman (begr.), bearbeitet von Dr. Christian Armbrüster, Dr. Matthias Becker, Dr. Werner Merle, Dr. Gerald Roth, Wolfgang Schneider und Dr. Martin Suilmann,
(– Verlag C.H. Beck, München, 14. Auflage 2018, Hardcover (in Leinen).
149,- €. ISBN 978-3-406-72434-3.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Das Wohnungseigentumsrecht ist mit keinem Namen so stark verbunden wie mit dem von *Johannes Bärman*. Die von *Bärman* begründeten Werke gehören auch fast 30 Jahre nach seinem Tod zur Pflichtlektüre jedes mit dem Wohnungseigentumsrecht befassten Praktikers. Die Autoren des vorliegenden Werks sind allesamt erfahrene Vertreter aus Wissenschaft und Praxis, welche seit Jahren mit der einschlägigen Materie befasst sind. Auf rund 1700 Seiten geben diese sechs Autoren eine umfassende Darstellung eines der wichtigsten Gesetze in der notariellen Praxis.

Es ist kaum möglich, das Werk an dieser Stelle umfassend zu würdigen, daher soll die hohe Qualität des Kommentars anhand einiger weniger Punkte dargestellt werden.

In der Praxis tritt häufig das Problem auf, dass zwingendes Gemeinschaftseigentum sich in Räumen befindet die im Sondereigentum einzelner Wohnungseigentümer stehen. Wenn dies der Fall ist, muss bereits in der Gemeinschaftsordnung klar geregelt werden wie der Zugang zu solchen Räumen ausgestaltet ist und wer die Wartung und deren Kosten übernehmen muss. Fehlen solche Regelungen ist Streit innerhalb der Gemeinschaft vorprogrammiert. Die Abgrenzung im Einzelfall ist aber nicht immer einfach. So ist die Zuordnung zu Gemeinschafts- oder Sondereigentum nicht immer eindeutig und bereitet oft Schwierigkeiten. Rechtsgrundlage dieser Abgrenzung ist der § 5 Abs. 1 und 2 WEG, welche aber zahlreiche un-

bestimmte Rechtsbegriffe enthalten und daher im Einzelfall oftmals nicht weiterhelfen. An diesem Punkt setzt die Kommentierung von *Armbrüster* an. Mit zahlreichen Einzelbeispielen wird die Abgrenzung der beiden Gruppen erleichtert. Die meisten in der Praxis vorkommende Fälle werden abgedeckt und mit hilfreichen Hinweisen versehen.

Für die notarielle Praxis ebenfalls von großer Bedeutung, und auch nach dem Inkrafttreten des WEMoG relevant ist die Kommentierung von § 10 WEG welche von *Suilmann* verantwortet wird. Von besonderem Interesse ist der Abschnitt zum Änderungsvorbehalt bzw. zur Öffnungsklausel (§ 10 Rn. 140 ff.). Hier werden die Zulässigkeit und die Schranken solcher Regelungen detailliert besprochen und auch auf mögliche Zustimmungserfordernisse Drittberechtigter eingegangen. Letzteres ist für den Notar vor allem im Rahmen des Vollzugs der Beschlüsse von Bedeutung.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der *Bärman* weiterhin für jeden mit dem Wohnungseigentumsrecht befassten Praktiker ein Muss ist. Zwar sind Teile der Kommentierung durch das am 01.12.2020 in Kraft getretene WEMoG nur eingeschränkt verwendbar, die in dem Werk dargestellten Grundsätze und die umfangreiche Auswertung der Rechtsprechung bleiben aber bis zum Erscheinen der nächsten Auflage eine enorme Bereicherung.



Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz)

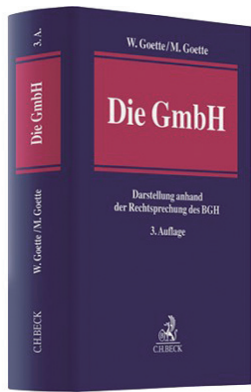
(– Verlag C.H. Beck, München, 1. Auflage 2019, Hardcover.
139,- €. ISBN 978-3-406-72888-4.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Das Wohnungseigentumsgesetz (WEG) stellt in der Systematik des deutschen Zivilrechts eine Besonderheit dar. Es verbindet Aspekte aus dem Sachenrecht mit denen des Gesellschaftsrechts, wobei vieles, wie im Vorwort zum besprochenen Werk treffend ausgeführt, nicht immer eindeutig passt und den Besonderheiten dieser Rechtsmaterie angepasst werden muss. Angesichts der enormen praktischen Bedeutung dieses Gesetzes für die Allgemeinheit (etwa 17 Millionen Eigentumswohnungen bundesweit) sowie daraus folgend für die tägliche notarielle Praxis ist der Bedarf nach einer verlässlichen Kommentierung für den Rechtsanwender umso größer. An diesem Punkt setzt das vorliegend zu besprechende Werk an. Als gedrucktes Extrakt aus dem beck-online.GROSSKOMMENTAR (BeckOGK), bietet es auf rund 1500 Seiten eine umfassende Darstellung des Wohnungseigentumsgesetzes. Die Autoren sind erfahren Vertreter aus Wissenschaft und Praxis und vermitteln einen fundierten Überblick über die gesetzlichen Regelungen und die hierzu ergangene Rechtsprechung, wobei die Darstellung durch zahlreiche Praxishinweise und, vor allem aus notarieller Sicht hilfreiche, Formulierungsvorschläge abgerundet wird.

Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die Kommentierung des § 10 WEG welche von Notarin *Dr. Melanie Falkner* aus Ochsenfurt verantwortet wird. Zwar sind durch das Inkrafttreten des WEMoG große Teile der Kommentierung nur eingeschränkt auf die neuen Regelungen übertragbar, die dargestellten Grundsätze und vor allem die zu den einzelnen Problemen ergangene Rechtsprechung und deren kritische Auswertung können sind aber weiterhin von großer Bedeutung. So ist zum Beispiel die Figur des „werdenden Wohnungseigentümers“ nunmehr in § 8 Abs. 3 WEG n.F. kodifiziert. Die von der Rechtsprechung zur „werdenden Wohnungseigentümergeinschaft“ entwickelten Grundsätze spielen weiterhin eine Rolle und werden von *Falkner* umfassend dargestellt (§ 10 Rn. 63 ff.).

Das Fazit ist demnach eindeutig positiv. Die Kommentierung überzeugt und leistet jedem mit dem WEG befassten Praktiker eine verlässliche Hilfestellung. Es bleibt zu hoffen, dass die zweite Auflage, welche nunmehr die durch das WEMoG eingeführten Änderungen berücksichtigt nicht mehr lange auf sich warten lässt.



Die GmbH

Von Prof. Dr. Wulf Goette und Dr. Maximilian Goette,
(– Verlag C.H. Beck, München, 3. Auflage 2019, Hardcover (in Leinen).
69,- €. ISBN 978-3-406-58366-7.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Siebzehn Jahre nach dem Erscheinen der zweiten Auflage ist das zu besprechende Werk nunmehr in der dritten Auflage erschienen. In dieser Zeit hat das Recht der GmbH vor allem durch das MoMiG 2008 einige grundlegende Änderungen erfahren und entsprechend groß war die Masse der Kasuistik, die in dieser Zeit zur GmbH ergangen ist. Auch personell gab es zwischenzeitlich Veränderungen. Hat der Autor *Wulf Goette* die zweite Auflage noch als Alleinautor verantwortet so ist nunmehr *Maximilian Goette* als weiterer Autor dazugestoßen.

Inhaltlich ist das vorliegende Werk weder ein Hand- noch ein Lehrbuch und erhebt nicht den Anspruch die ohnehin umfassende dogmatische Diskussion zu bereichern. Vielmehr soll das Buch die wesentlichen Fragen des GmbH-Rechts ausschließlich anhand der relevanten Rechtsprechung des II Zivilsenats des BGH darstellen, weswegen auf die einschlägigen Literaturmeinungen, sowie auf die wissenschaftliche Auseinandersetzung weitestgehend verzichtet wird. Für den Notar ist das Werk insoweit hilfreich als die Linie der Rechtsprechung (unabhängig ob diese für richtig gehalten wird oder nicht) schnell und sicher gefunden werden kann. Nach dem Prinzip des sichersten Weges kann das Werk daher eine umfassende Recherche deutlich abkürzen.

Das Werk gliedert sich dabei in zehn Teile welche sich unter anderem der Errichtung der Gesellschaft, der Kapitalaufbringung, der Kapitalerhaltung, dem Geschäftsanteil,

der Gesellschafterversammlung sowie der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft widmen.

Positiv ist vor allem die kurze, prägnante und verständliche Darstellung der einzelnen Entscheidungen und die Darstellung der einschlägigen Erwägungen. Die Autoren schaffen es die relevanten Punkte fundiert darzustellen, ohne dabei ausschweifend zu werden. Leider werden die Auswirkungen der einzelnen Entscheidungen nicht immer diskutiert. So wäre es manchmal wünschenswert, dass die Autoren zu der Übertragbarkeit von bestimmten Entscheidungen auf vergleichbare Sachverhalte Stellung beziehen, da gerade dies in der Praxis oft Schwierigkeiten bereitet. Konkret wird die Entscheidung vom 17.12.2013 (II ZB 6/13) dargestellt, in der die Beurkundung einer Anteilsübertragung vor einem ausländischen Notar grundsätzlich für zulässig erachtet wird. Die für die Praxis sehr wichtige Frage ob dies auch auf die Gründung der GmbH übertragbar ist (so KG Beschluss vom 24.1.2018 – 22 W 25/16) lassen die Autoren in § 1 Rn. 16 aber ausdrücklich offen. Eine klare Stellungnahme wäre in diesem Punkt im Hinblick auf die zukünftige Praxis wünschenswert.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass das Werk dem selbstgesetzten Anspruch mehr als gerecht wird. Die Darstellung der einzelnen Problembereiche anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist trotz der umfassenden Literatur zum GmbH-Recht eine hilfreiche Ergänzung für die Handbibliothek jedes mit der GmbH befassten Praktikers und ist auch jedem Notar wärmstens zu empfehlen.



Beck'sche Kurz-Kommentare Band 20 - Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung)

Von Dr. Adolf Baumbach (begr.) und Dr. Dr. Alfred Hueck (Hrsg.),
(– Verlag C.H. Beck, München, 22. Auflage 2019, Hardcover (in Leinen).
169,- €. ISBN 978-3-406-74039-8.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Drei Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe ist der bewährte Kurzkommentar zum GmbH-Recht nunmehr in der 22. Auflage erschienen. Zwei neue Autoren sind ab dieser Auflage (wieder) hinzugekommen. Prof. Dr. Christian Kersting und Prof. Dr. Wolfgang Servatius. Bedingt durch diese personelle Erweiterung wurde das Werk auch inhaltlich angepasst. Insbesondere der Abschnitt über die Geschäftsführung wurde von Dr. Michael Beurskens neugestaltet.

Ein aus notarieller Sicht besonders interessant ist die Kommentierung von Servatius zu § 40 GmbHG. Auch nach dem Erlass der GesLV sind viele Fragen rund um die Gesellschafterliste noch nicht geklärt. So ist zum Beispiel noch nicht final geklärt wann den Notar die Einreichungspflicht bei solchen Maßnahmen trifft, bei denen die Veränderung nicht durch die Beurkundung eintritt (so in der Regel bei der Anteilsabtretung) sondern erst durch den Vollzug der Maßnahme im Handelsregister (vor allem bei Kapitalerhöhungen). Hier vertritt Servatius richtigerweise die Ansicht, dass die Einreichungspflicht erst mit Wirksamkeit, also mit Eintragung der Maßnahme eintritt (Rn 54). Dies ist auch richtig, denn nur so kann der Notar gegebenenfalls auftretende Zwischeneintragungen in seiner Liste berücksichtigen. Leider folgen viele Gerichte der gegenteiligen Ansicht, und machen die Eintragung

der Kapitalmaßnahme von der Einreichung einer Gesellschafterliste abhängig.

Bedauerlich ist allerdings die ablehnende Ansicht des Autors bezüglich der Zulässigkeit von Zusatzangaben in der Gesellschafterliste zum Beispiel über Nießbrauch oder die Vor- und Nacherbschaft. Diese erfüllen durchaus ein praktisches Bedürfnis, da dadurch gegebenenfalls vorliegende Verfügungsbeschränkungen bereits aus der Gesellschafterliste ersichtlich wären. Oftmals sind solche Beschränkungen auch dem Eigentümer nicht bewusst und daher auch nicht im Transparenzregister vermerkt, sodass eine verpflichtende Eintragung solcher Angaben gerade im Erbfall von großem praktischem Nutzen wäre.

Alles in einem bietet der Kommentar einem mit dem Recht der GmbH befassten Praktiker auf die meisten sich im Alltag stellenden Fragen schnelle und verlässliche Antworten. In den meisten Fällen wird eine weitere Recherche nicht mehr notwendig sein. Sollte dies aber doch der Fall sein, so geben die zahlreichen Nachweise eine fundierte Grundlage für eine gründliche Recherche.

Für die notarielle Praxis ist das Werk ohne Einschränkungen zu empfehlen. Es gehört zur Standardausrüstung für den Alltag und darf in keinem Büro fehlen.



Handbuch Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen

Von Prof. Dr. Gerrit Langenfeld (begr.) fortgeführt von Lutz Milzer,
(– Verlag C.H. Beck, München, 8. Auflage 2019, Hardcover (in Leinen).
69,- €. ISBN 978-3-406-73369-7.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen gehören zum Standardrepertoire eines jeden Notars. Dennoch ist dieser Bereich durch seine hohe Komplexität und viele Detailprobleme gekennzeichnet. Hinzu kommt, dass das Familienrecht in den letzten Jahren sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene Gegenstand umfassender Gesetzesänderungen war, welche ebenfalls bei der Gestaltung der vorgenannten Urkunden zu beachten sind. Auf nationaler Ebene ist hier vor allem die Gleichstellung der gleichgeschlechtlichen Ehe zu nennen auf europäischer Ebene vor allem die Güterrechtsverordnungen. Hinzu kommt die umfassende Kasuistik, welche ebenfalls stets beachtet werden muss.

Dieser Komplexität gerecht zu werden ist das Anliegen des zu besprechenden Werkes, welches eine Kombination aus Hand- und Formularbuch darstellt und daher weitaus mehr bietet als der sehr bescheidene Titel verspricht. Das Werk ist in acht Teile gegliedert. Nach der Einführung mit den Grundlagen zum Ehevertragsrecht werden in den Teilen zwei bis sechs güterrechtliche Vereinbarungen, Vereinbarungen zum nachehelichen Unterhalt, zum Versorgungsausgleich sowie vermögensbezogene und kindsbezogene Vereinbarungen dargestellt. Hierbei werden nicht nur die Rechtsgrundlagen und die einschlägige Rechtsprechung kritisch erörtert und eingeordnet. Vielmehr werden bereits in diesen Abschnitten die einzelnen Punkte durch zahlreiche Formulierungsbeispiele ergänzt, sodass bei einer Recherche nach einem bestimmten Problem nicht nur die inhaltliche Lösung, sondern auch noch der gestalterische Lösungsvorschlag mitgeliefert wird. Für den

Vertragsgestalter besonders hilfreich sind aber die Teile sieben und acht, in denen die einzelnen Fallgruppen von Eheverträgen (Teil 7) und Scheidungsvereinbarungen (Teil 8) vorgestellt werden. In diesen Abschnitten sind umfangreiche Formulierungsbeispiele enthalten, welche die wesentlichen in der Praxis vorkommenden Fälle abdecken. Es finden sich verschiedene Varianten für die Unternehmerehe, eine Variante für die international mobile Ehegatten sowie eine Variante für die in der Praxis häufig vorkommende Diskrepanzehe (hoher Alters- und Vermögensunterschied). Die einzelnen Fallgruppen werden dabei zunächst theoretisch vorgestellt sodann durch ein umfassendes Formulierungsbeispiel plastisch verdeutlicht und schließlich mit Gestaltungshinweisen versehen, sodass keine Fragen offenbleiben. Zwar können die Formulierungsbeispiele selbstverständlich keine allumfassende Lösung für jeden Fall bieten, in Kombination mit der umfassenden theoretischen Darstellung bieten sie dem Vertragsgestalter das nötige Handwerkszeug um jeden Fall rechtssicher zu meistern.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das Werk jedem Vertragsgestalter wärmstens empfohlen werden kann. Die kompakte, übersichtliche, aber auch fundierte Darstellung überzeugt durch hohe Praktikabilität und ist für jeden Praktiker im Familienrecht ein Gewinn. Hervorzuheben ist schließlich das unschlagbare Preis-Leistungs-Verhältnis sowie die (leider immer noch nicht selbstverständliche) Möglichkeit sämtliche Bausteine durch Download schnell und einfach in die eigene Sammlung zu übernehmen.



Beck'sches Formularbuch Erbrecht

Von Prof. Dr. Christopher Keim und Dr. Daniel Lehmann (Hrsg.),
(– Verlag C.H. Beck, München, 4. Auflage 2019, Hardcover (in Leinen).
139,- €. ISBN 978-3-406-71430-6.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Knapp vier Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe erscheint das Beck'sche Formularbuch Erbrecht nunmehr in der vierten Auflage. Das Werk ist im Wesentlichen seinem Konzept treu geblieben, es bietet fundierte Formulare und Formulierungsvorschläge für die notarielle sowie für die anwaltliche Praxis, welche durch prägnante, aber auch verlässliche Erläuterungen komplementiert werden. In personeller Hinsicht sind die beiden Begründer und bisherige Herausgeber des Werks Prof. Dr. Günter Brambring und Dr. Christoph Mutter ausgeschieden. Die neuen Herausgeber sind nun Prof. Dr. Christopher Keim, Notar in Ingelheim am Rhein und Dr. Daniel Lehmann, Rechtsanwalt in München.

Im Vergleich zur Voraufgabe wurde das Werk deutlich erweitert und gliedert sich nunmehr in 12 Abschnitte. In Abschnitt A werden die wesentlichen Punkte bei der Beratung des Erblassers vorgestellt. Dabei werden nicht nur die erbrechtlichen Themen angesprochen, vielmehr gehen die Autoren auch auf steuerliche, kostenrechtliche und internationale Aspekte der Beratung ein. Besonders hilfreich sind hierbei auch die zahlreichen Checklisten, welche am Ende eines jeden Abschnitts diesen nochmal zusammenfassen. Sodann widmet sich Abschnitt B der Form der Verfügungen von Todes wegen, während in Abschnitt C dann die relevanten erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten vorgestellt werden. Dieser Abschnitt bildet das Kernstück des Werks, da hier das Handwerkszeug des Gestalters vorgestellt und erläutert wird. Abschnitt D stellt sodann die unterschiedlichen Möglichkeiten der Gestaltung von Testamenten und Erbverträgen zunächst allgemein vor, während in Abschnitt E dann die typischen Fallgestaltungen vorgestellt werden. Abschnitt F

widmet sich sodann besonderen Fallgestaltungen, namentlich dem Behindertentestament, den Verfügungen zugunsten verschuldeter Erben, sowie den Verfügungen getrenntlebender Ehegatten. Besonderheiten treten ebenfalls häufig bei Beteiligung von Unternehmern und Landwirten auf. Diese werden dann in Abschnitt G adressiert. Stiftungen, welche in den letzten Jahren deutlich an Bedeutung gewonnen haben, werden in Abschnitt H behandelt, während sich Abschnitt I den Rechtsgeschäften unter lebenden widmet. Hier werden neben der lebzeitigen Übertragung auch der Erb- und Pflichtteilsverzicht sowie Verfügungen über Erbteile behandelt. Schließlich wird in Abschnitt J die Beratung nach dem Erbfall vorgestellt insbesondere die Ausschlagung der Erbschaft, das Erbscheinvfahren, die Erbaueinandersetzung sowie die Erfüllung von Vermächtnissen.

Neu hinzugekommen sind die Abschnitte K und L, welche sich mit den internationalen Bezügen und dem digitalen Nachlass beschäftigen. Gerade beim letzteren gab es vor allem durch das Facebook-Urteil (BWNotZ 2018, 122) des BGH entscheidende Entwicklungen, welche von Gloser umfassend dargestellt und in den Gesamtzusammenhang eingeordnet werden.

Die vorstehende Darstellung zeigt, dass das Formularbuch Erbrecht sämtliche Bereiche der erbrechtlichen Beratung abdeckt und dem Vertragsgestalter ein verlässliches Werkzeug liefert, welches bei allen in der Beratung auftretenden Fragestellungen eine Lösung parat hat. Es kann uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.



Münchener Vertragshandbuch Band 1 Gesellschaftsrecht

Von Dr. Nicolas Böhm und Dr. Frank Burmeister (Hrsg.),
(– Verlag C.H. Beck, München, 8. Auflage 2018, Hardcover (in Leinen).
199,- €. ISBN 978-3-406-70491-8.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Das Münchener Vertragshandbuch gehört seit Jahren als verlässlicher Helfer in die Handbibliothek eines jeden mit der Gestaltung von Verträgen befassten Praktikers. Der nunmehr in der achten Auflage erschienene erste Band des Sammelwerks zum Gesellschaftsrecht ist vor allem für die notarielle Praxis von unschätzbarem Wert.

Knapp 600 Formulare mit teils umfassenden Erläuterungen decken sämtliche Bereiche des Gesellschaftsrechts ab. Es werden sämtliche Personen- und Kapitalgesellschaften, sowie der Verein und die Stiftung abgedeckt. Ferner finden sich Muster zur Stillen Beteiligung sowie zu Konzern- und Umwandlungsrechtlichen Themen sowie schließlich zu den europäischen Gesellschaften SE und SCE.

Der wahre Mehrwert des Werks liegt aber in der Fülle der behandelten Einzelfälle. So finden sich nicht nur Muster zu den alltäglichen Gestaltungen wie der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Muster IV 1) und der Anmeldung eines neuen Geschäftsführers (Muster IV 52), sondern auch Formulare für solche Fälle die in der täglichen Praxis nur gelegentlich vorkommen. So finden sich in dem Werk Formulare für einen Gesellschafterbeschluss und die Anmeldung der Fortführung einer aufgelösten GmbH (Muster IV 115 und 116).

Überzeugend ist auch die Fülle der Formulare zu umwandlungsrechtlichen Vorgängen. So werden auch in diesen Abschnitten nicht nur die häufig vorkommenden Fälle besprochen es findet sich auch die in der Praxis häufige Ausgliederung zur Neugründung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns. Auch im Rahmen des Formwechsels finden sich Muster für fast alle erdenklichen Varianten.

Für die notarielle Praxis ist das Werk daher uneingeschränkt zu empfehlen. Einzig das Auslagern der Musterformulierungen auf eine Gesamt-CD-Rom für alle sechs Bänder des Vertragshandbuchs ist aus der Sicht des Praktikers zu kritisieren. Zum einen werden nicht alle Bänder von allen Praktikern erworben, sodass die Investition in alle Muster für viele nicht lohnend ist. Auch die Verwendung einer CD-Rom ist eher veraltet, findet sich in doch in vielen Büros kaum noch ein Rechner mit einem CD-Laufwerk. Besser wäre es, wie bei anderen Formularbüchern bereits üblich, die Muster-texte zum Download anzubieten. Eine eventuelle Preiserhöhung der einzelnen Bände wäre in diesem Fall für den treuen Nutzer des Vertragshandbuchs sicherlich hinnehmbar.



Handbuch der Testamentsgestaltung

Begründet von Dr. Heinrich Nieder bearbeitet von Dr. Reinhard Kössinger, Dr. Winfried Kössinger, Dr. Damian Najdecki und Dr. Josef Zintl, (– Verlag C.H. Beck, München, 6. Auflage 2020, Hardcover (in Leinen). 139,- €. ISBN 978-3-406-74650-5.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Fünf Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe ist das Handbuch der Testamentsgestaltung nunmehr in der sechsten Auflage erschienen. Als Autoren hinzugekommen sind Notar Dr. Josef Zintl und Notar Dr. Damian Najdecki, beides erfahren Praktiker in erbrechtlichen Themen.

In der Zeit seit der Voraufgabe gab es keine umfassenden Gesetzesänderungen, wobei die relevanten Neuerrungen selbstverständlich eingearbeitet wurde (so die Reform des Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes). Vielfältiger waren die Einflüsse der Rechtsprechung auf die erbrechtliche Praxis. So haben vor allem die mittlerweile zahlreichen Entscheidungen des EuGH zur Eu-ErbVO das Grundverständnis des deutschen Erbrechts in einigen Punkten erschüttert. Auch durch zahlreiche relevante Entscheidungen des BGH ist eine Überarbeitung vieler Passagen notwendig geworden.

Ein häufiges Anliegen in der Praxis ist die pflichtteils-wirksame Verringerung des Nachlasses, welche die Autoren ausführlich in § 21 Rn. 142 ff. behandeln. Zu beachten in diesem Zusammenhang ist die Zehnjahresfrist des § 2325 BGB und die hierzu ergangene Rechtsprechung des BGH zu beachten, welche von Reinhard

Kössinger detailliert dargestellt wird. Danach beginnt die Frist nicht zu laufen, wenn eine wirtschaftliche Ausgliederung aus dem Vermögen des Veräußerers nicht erfolgt, was im Falle des Vorbehalts eines Nießbrauchs regelmäßig der Fall sein wird. Bei dem Vorbehalt eines Wohnungsrechts ist danach zu differenzieren, ob dieses dem Veräußerer ein umfassendes Nutzungsrecht gewährt oder ob nur Teile des Gegenstandes betroffen sind.

Für die tägliche Praxis sehr hilfreich sind die zahlreichen Checklisten sowie die vielen teilweise umfassenden Formulierungsvorschläge. Einziger Kritikpunkt in diesem Zusammenhang ist die fehlende Möglichkeit des Downloads. Dies ist bei anderen Werken bereits weit verbreitet und kann als marktüblich bezeichnet werden.

Diese kleine Kritik kann aber nicht darüber hinweg-täuschen, dass das vorliegende Werk jedem mit dem Erbrecht befassten Praktiker und vor allem der notari-ellen Praxis wärmstens zu empfehlen ist. Die Struktur, Tiefe und Übersichtlichkeit sind kaum zu übertreffen und bieten für sämtliche Fragestellungen die richtige Lösung an.

Standesnachrichten

Ernennung:

Frau Ulrike Wilhelm wurde mit Wirkung vom 1. Dezember 2020 zur Notarin mit dem Amtssitz in Vaihingen an der Enz ernannt.

Amtsniederlegung:

Mit Ablauf des 15. November 2020 ist Herr Rechtsanwalt und Notar Richard Neuschwander, Stuttgart, aus dem Notaramt ausgeschieden.

