

BW NotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

6 | 2020

Dezember 2020

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

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

ABHANDLUNGEN

- Verwendung eines Unschädlichkeitszeugnisses im
Grundstücksverkehr in Baden-Württemberg
von Prof. Walter Böhringer Notar a.D. Heidenheim/Brenz 376
- Die Bestellung des Wohnungseigentumsverwalters
in der Gemeinschaftsordnung
von Michael Drasdo, Rechtsanwalt, Neuss 387

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

- BGH (Senat für Notarsachen),
Beschluss vom 20.07.2020 – NotZ(Brfg) 2/20
Anfechtung des Verlangens nach Entlassung aus
dem Amt des Notars BNotO § 48; BGB §§ 119 ff. 390
- BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 10.09.2020 – V ZB 141/18
Notarkosten und Bearbeitungsgebühren für die
Erteilung der Verwalterzustimmung 394

LIEGENSCHAFTSRECHT

- BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 13.02.2020 – V ZB 3/16
Auflassungserklärung bedarf Anwesenheit
aller Beteiligten und inländisch bestelltem Notar 416
- BGH (VII. Zivilsenat), Beschluss vom 07.10.2020 – VII ZB 2/20
Rechtmäßigkeit der Erteilung einer einfachen
vollstreckbare Ausfertigung einer Urkunde durch Notar 421
- BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 01.10.2020 – V ZB 51/20
Zum Erfordernis einer Eintragung der Bedingung oder Befristung
des dinglichen Rechts an einem Grundstück im Grundbuch 424
- BGH (VII. Zivilsenat), Beschluss vom 07.10.2020 – VII ZB 56/18
Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde 428

86. BAND

BWNotZ**AUSGABE 6|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 Prof. Walter Böhlinger Notar a.D. Heidenheim/Brenz

Verwendung eines Unschädlichkeitszeugnisses im Grundstücksverkehr in Baden-Württemberg 376

Von Michael Drasdo, Rechtsanwalt, Neuss

Die Bestellung des Wohnungseigentumsverwalters in der Gemeinschaftsordnung 387

RECHTSPRECHUNG**BERUFS- UND KOSTENRECHT**

BGH (Senat für Notarsachen), Beschluss vom 20.07.2020 – NotZ(Brfg) 2/20 390

BGH (IV. Zivilsenat), Beschluss vom 09.09.2020 – IV ZB 9/20 391

BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 10.09.2020 – V ZB 141/18 394

ERBRECHT

OLG Bamberg (3. Zivilsenat), Beschluss vom 09.10.2020 – 3 W 43/20 399

OLG Bremen (5. Zivilsenat), Beschluss vom 28.10.2020 – 5 W 15/20 405

OLG Celle (6. Zivilsenat), Urteil vom 29.10.2020 – 6 U 34/20 407

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 14.10.2020 – I-3 Wx 158/20 410

OLG München (31. Zivilsenat), Beschluss vom 05.11.2020 – 31 Wx 415/17 412

LIEGENSCHAFTSRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 13.02.2020 – V ZB 3/16 416

BGH (VII. Zivilsenat), Beschluss vom 07.10.2020 – VII ZB 2/20 421

BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 01.10.2020 – V ZB 51/20 424

BGH (VII. Zivilsenat), Beschluss vom 07.10.2020 – VII ZB 56/18 428

KG (17. Zivilsenat), Urteil vom 02.10.2020 – 17 U 18/18 431

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 28.10.2020 – I-3 Wx 103/20 434

OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 27.10.2020 – 34 Wx 568/19 437

OLG Nürnberg (15. Zivilsenat), Beschluss vom 06.10.2020 – 15 W 2130/19 440

BUCHBESPRECHUNGEN

1. Münchner Handbuch Aktienrecht, 3. Auflage
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 443

2. Palandt, 80. Auflage
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 444

3. Wohnungseigentumsgesetz, 3. Auflage
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 445

4. WEG-Recht 2021
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 446

5. Beurkundungsgesetz, 19. Auflage
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 447

7. Jauerling BGB, 18. Auflage
(Besprechung von 7. Notarassessor Dr. Wendelin Mayer, Friedrichshafen) 448

6. Keidel, FamFG, 20. Auflage
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 450

ABHANDLUNGEN

Verwendung eines Unschädlichkeitszeugnisses im Grundstücksverkehr in Baden-Württemberg

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

Oftmals will ein Käufer einer Grundstücksteilfläche diese lastenfrei erwerben. Eine Möglichkeit zur Löschung von Grundbuchbelastungen bildet dann das sog. Unschädlichkeitszeugnis. Vor allem beim massenhaften Teilflächenenerwerb für Straßenbaumaßnahmen kann das Unschädlichkeitszeugnis zum Einsatz kommen. Aber auch dann, wenn Rechtsänderungen beim Wohnungs- und Teileigentum durchgeführt werden sollen, kann das Unschädlichkeitszeugnis hilfreich sein. Ist die Beschaffung der ersten Rangstelle bei einem Erbbaurecht schwierig, kann das Verfahren zur Erteilung des Zeugnisses beantragt werden. Diese Möglichkeiten des Zeugnisses erleichtern den Rechtsverkehr. Ein erteiltes Unschädlichkeitszeugnis stellt keine „Umgehung“ des im Grundstücksverkehr geltenden Konsensprinzips dar. Das Verfahren nach dem Landesrecht von Baden-Württemberg soll dargestellt werden.

A. Unschädlichkeitszeugnis bei Grundstücken und Wohnungseigentum

I. Sachenrechtliche Grundsätze

Nach §§ 873 ff. BGB kann ein dingliches Recht nur unter Mitwirkung des Rechtsinhabers verändert werden; dies gilt auch bei an sich wirtschaftlich unbedeutenden oder geringfügigen Änderungen. Bei Massengeschäften, insbesondere bei Straßenplatzabtretungen oder bei Rechtsveränderungen an einer Wohnungseigentumsanlage, kann es bei Anwendung des sog. materiellen Konsensprinzips wegen der oft vorhandenen Vielzahl von dinglich Berechtigten (z. B. viele Erben, viele Wohnungseigentumseinheiten mit vielen Belastungen) zu Erschwernissen beim Vollzug der dinglichen Rechtsänderung kommen.

Ein in einem rechtsstaatlichen Verfahren erteiltes landesrechtliches Unschädlichkeitszeugnis¹ (künftig: UZ) kann Ausnahmen von dem Konsensprinzip statuieren und den Vollzug ohne die Mitwirkung der dinglich Berechtigten ermöglichen.²

II. Rechtsgrundlagen

Das BGB verweist wegen der Möglichkeit der Erteilung von Unschädlichkeitszeugnissen auf Landesrecht. Nach Art. 120 Abs. 1 EGBGB wird die lastenfreie Abschreibung von Grundstücksteilen mit einem UZ anstelle der nach §§ 875, 876, 1175 Abs. 1 S. 2 BGB erforderlichen Mitwirkung der dinglich Berechtigten und der an deren Rechten berechtigten Dritten ermöglicht. Damit kann der Veräußerer der Grundstücksteilfläche seiner Pflicht zur Lastenfreistellung nachkommen.³ Die einzelnen Bundesländer haben die Möglichkeit, Erleichterungen zur Löschung beschränkter dinglicher Rechte im Grundbuch bei geringer Bedeutung der Rechtsänderung zu schaffen. Mit den Regelungen zum Unschädlichkeitszeugnis in den §§ 22

¹ Demharter, MittBayNot 2004, 17 bezeichnet das Unschädlichkeitszeugnis als segensreiche Einrichtung. Es vermag oft nicht nur die Arbeit des Grundbuchamts zu beschleunigen und zu erleichtern, sondern kann auch den Beteiligten erhebliche Kosten sparen.

² Literatur zum Unschädlichkeitszeugnis: Staudinger/Mittelstädt (2018) EGBGB Art. 120; Böttcher, in: Meikel, GBO, 11. Aufl. 2015, § 27 Rn. 97 ff.; Schäfer, in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 27 Rn. 44; Munzig, in: KEHE, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, Keller, in: KEHE, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, § 48 Rn. 6; Demharter, GBO, 32. Aufl. 2021, § 19 Rn. 11; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 739; Sigl, in: Handbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Baden-Württemberg, Abschn. 11.1.63; Panz, BWNotZ 1998, 16 zum Unschädlichkeitszeugnis in Baden-Württemberg; Kirchmayer, Rpfleger 2004, 203, Demharter, Rpfleger 2004, 406; ders., MittBayNot 2004, 17, ders., MittBayNot 2013, 104 jeweils zum Landesrecht in Bayern; Schaal, RNotZ 569 zum Landesrecht in Nordrhein-Westfalen; Thomas/Schlüter, VIZ 1998, 183 zum sächsischen Unschädlichkeitszeugnis; Wudy, NotBZ 1998, 132 und 178 zum Unschädlichkeitszeugnis in den neuen Bundesländern; Gutachten DNotI-Report 2003, 55; Gutachten DNotI v. 15.9.2017 Abruf-Nr. 156481, v. 28.7.2014 Abruf-Nr. 135708, v. 18.8.2000 Abruf-Nr. 11157.

³ OLG München BeckRS 2013, 1169 = NJOZ 2013, 1170; OLG München MittBayNot 2013, 82 = BeckRS 2012, 21812.

bis 28 AGBGB BW macht das Land Baden-Württemberg vom Regelungsvorbehalt der Länder aus Art. 120 EGBGB Gebrauch. Es durfte das Verfahren und den Rechtsweg eigenständig und abweichend von bundesrechtlichen Materien regeln.⁴

► III. Normzweck des Unschädlichkeitszeugnisses

Nach dem Sachenrecht des BGB bleiben Grundstücksbelastungen auch nach Abtrennung einer Teilfläche an dieser neben der Restfläche als Gesamtbelastung bestehen, was z. B. beim Grunderwerb für öffentliche Vorhaben, insbesondere bei Straßenplatzabtretungen nicht gewollt ist. Zur lastenfreien Abschreibung der verkauften Teilfläche ist eine Aufhebungserklärung des dinglich Berechtigten nach § 875 BGB/Verzichtserklärung nach § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB und ggf. auch eine Zustimmung Drittberechtigter nach § 876 BGB erforderlich. Diese notwendige Mitwirkung der dinglich Berechtigten ist manchmal nicht zu erreichen oder kann erhebliche tatsächliche Schwierigkeiten bereiten, die unter Umständen in keinem Verhältnis zur lediglich geringfügigen Wertminderung des verbleibenden Grundstücks stehen. Beim Unschädlichkeitszeugnis liegt eine besondere Ausprägung des Schikaneverbots (§ 226 BGB) vor; die Verweigerung der Zustimmung ist dann schikanös, wenn ihre Erteilung für den dinglich Berechtigten keinen ermittelbaren wirtschaftlichen Nachteil bedeutet.⁵ Kann ein Nießbraucher wegen seiner Geschäftsunfähigkeit keine Freigabe der veräußerten Teilfläche erklären, müsste für ihn eine Betreuung angeordnet und ein Betreuer mit betreuungsgerichtlicher Genehmigung handeln. Manchmal verweigert sich auch ein dinglich Berechtigter.

Sinn und Zweck eines UZ ist es, Härten und Verzögerungen, die durch die Beschaffung von Löschungsbewilligungen oder Freigabeerklärungen verursacht werden können, in den Fällen zu vermeiden, in denen der dinglich Berechtigte nur geringfügig betroffen ist (Bagatellfälle).⁶ Besonders beim Straßengrunderwerb durch die öffentliche Hand liegt die Erteilung eines UZ auch im öffentlichen Interesse.⁷

Fraglich ist, ob die Lastenfreistellung mit einem UZ im Wege einer extensiven Interpretation des Normzwecks möglich ist für die Abschreibung von Trennflächen im ei-

genen Besitz,⁸ ohne dass eine Veränderung in der eigentumsrechtlichen Zuordnung stattgefunden hat. Aus dem Gesetzeszweck (Vornahme einer veräußerungsbedingten Rechtsänderung) ergibt sich auch, dass für die Erteilung eines UZ kein Raum mehr ist, wenn das Trennstück bereits abgeschrieben und der Eigentumswechsel im Grundbuch vollzogen ist, auch wenn ein UZ vorher zulässig gewesen wäre;⁹ es fehlt das Rechtsschutzinteresse.¹⁰

► IV. Anwendungsbereich des Zeugnisses

1. Art des Grundbesitzes

Das Landesrecht von Baden-Württemberg nimmt keine Unterscheidung nach der Art des Grundbesitzes vor. So kann das UZ erteilt werden bei Abschreibung von Flächen für öffentliche Zwecke für Bauland, in der Flurbereinigung und bei rein privatnütziger Veräußerung; der Rechtsgrund hierzu ist unerheblich, z. B. Kauf, Tausch, Schenkung, Vermächtnis, Einbringung in eine Gesellschaft. Auch bei großen Wohnungseigentumsanlagen kann das UZ zur Abwicklung kleiner Veräußerungen aus verfahrensökonomischen Gründen zum Einsatz kommen.

2. Gegenstand einer Freistellung

Zu beachten ist, dass jede Falllage stets eine Rechtsgrundlage haben muss, weil sonst in das eigentumsrechtlich geschützte Recht des dinglich Berechtigten eingegriffen würde.

a. Veräußerung einer Grundstücksteilfläche

Hauptanwendungsfall für die Erteilung eines UZ ist die Veräußerung einer Grundstücksteilfläche. Zulässig ist das UZ für reale Teilflächen eines Grundbuchgrundstücks, bei Veräußerung eines ideellen Miteigentumsanteils¹¹, von Trennstücken eines Erbbaurechts¹² oder Gebäudeeigentums (Art. 233 §§ 2b, 4, 8 EGBGB) oder eines sonstigen grundstücksgleichen Rechts. Insbesondere in Bagatellfällen und bei geringfügigen Grenzkorrekturen (Tausch von vielleicht 2 m² zwischen zwei Grundstücken) wird das UZ den Bedürfnissen der Praxis gerecht.¹³ Im Rahmen eines vereinfachten Umlegungsverfahrens sind UZ nicht erforderlich (§ 83 Abs. 3 S. 1 BauGB).

⁸ Dazu BayObLG DNotZ 1990, 294 = MittBayNot 1989, 311; Meikel/Böhringer (Fußn. 2), § 46 Rn. 108; Thomas/Schlüter, NotBZ 1998, 183. Bei engem zeitlichem Zusammenhang zu einer Veräußerung kann das Zeugnis gleichwohl möglich sein, so BayObLG DNotZ 2003, 938 = FGPrax 2003, 200 = MittBayNot 2004, 45 = NJW-RR 2003, 1668 und Staudinger/Mittelstädt (Fußn. 2), Art. 120 Rn. 17 m. w. N.

⁹ OLG München BeckRS 2013, 1169 = NJOZ 2013, 1170; OLG München MittBayNot 2013, 82; BayObLG MittBayNot 1978, 152 = Rpfleger 1978, 317; Meikel/Böttcher (Fußn. 2), § 27 Rn. 100.

¹⁰ Thomas/Schlüter, NotBZ 1998, 183, 187.

¹¹ BayObLG DNotZ 1966, 609 = NJW 1966, 1034 = Rpfleger 1966, 335.

¹² BayObLG BayObLGZ 1962, 396 = Rpfleger 1963, 87; LG Lübeck SchlHA 1965, 216.

¹³ Ebenso LG Kassel BeckRS 2008, 17024 = Rpfleger 2007, 464.

⁴ Dazu OLG München BeckRS 2015, 12875 = NJOZ 2016, 1192.

⁵ Rapp, DNotZ 2003, 940.

⁶ Ebenso Schaaf, RNotZ 2009, 569, 595.

⁷ Thomas/Schlüter, VIZ 1998, 183.

b. Freistellung eines selbstständigen Grundstücks/ Miteigentumsanteils

Das Freistellungsverfahren erfasst nicht nur die lastenfreie Abschreibung einer Teilfläche, sondern auch die lastenfreie Abschreibung selbstständiger Grundstücke. Voraussetzung ist nach § 22 Abs. 1 AGBGB BW, dass die Belastung sich auch noch auf andere Grundstücke desselben Eigentümers erstreckt. Der Begriff des Grundstücks in § 22 AGBGB BW geht im Interesse der Erleichterung des Rechtsverkehrs von einem eigenen, vom allgemeinen Recht abweichenden, wesentlich durch das Merkmal der Mitbelastung geprägten Grundstücksbegriff aus. Der Grundstücksbegriff ist nicht im grundbuchrechtlichen Sinne, sondern wirtschaftlich zu verstehen, d. h. er umfasst die Gesamtheit aller für eine einheitliche Belastung haftenden Vermögensgegenstände.¹⁴ Besteht der Verband mehrerer dinglich haftender Objekte auch aus belasteten Miteigentumsanteilen, so ist ein UZ ebenfalls möglich.¹⁵

Prototyp der Gesamtbelastung im haftungsrechtlichen Sinne sind die Verwertungsrechte des BGB, nämlich Grundpfandrechte (§ 1132 BGB) und Reallasten,¹⁶ obwohl im BGB dies bei Reallasten nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Gesamtbelastung ist beim Dauerwohnrecht zulässig, wenn sich die eine Einheit bildenden Räume, die der Ausübung des Dauerwohnrechts unterliegen, auf den mehreren Grundstücken befinden.¹⁷ Soweit sich die Ausübung einer Dienstbarkeit (Grunddienstbarkeit, beschränkte persönliche Dienstbarkeit) auf die belasteten Grundstücke erstreckt und eine gleiche Art der Nutzung der Grundstücke vorliegt, ist eine Gesamtbelastung insoweit zulässig.¹⁸ Gesamtbelastung mehrerer Grundstücke mit einem Nießbrauch ist nicht zulässig.¹⁹ Gegenstand eines dinglichen Vorkaufsrechts kann nur jeweils ein einzelnes Grundstück sein; unzulässig ist die Eintragung eines Gesamtvorkaufsrechts.²⁰

c. Veränderungen bei einer Wohnungseigentumsanlage

Der Gesetzgeber des Landes Baden-Württemberg hat sich angesichts der Bedürfnisse der Rechtspraxis dafür entschieden, die Anwendung der Regelungen über das UZ auf bestimmte Vorgänge in einer Wohnungseigentümergemeinschaft ausdrücklich in § 23a AGBGB BW zu regeln. Das UZ vereinfacht die lastenfreie Veräußerung einer realen Teilfläche eines in Wohnungs-/Teileigentum aufgeteilten Grundstücks (§ 23a Abs. 1 Nr. 1 AGBGB BW).²¹ Zum Anwendungsbereich eines UZ gehört auch die Übertragung von ideellen Miteigentumsanteilen mit oder ohne gleichzeitige Übertragung eines Teils des Sondereigentums und die Änderung der unterschiedlich belasteten Miteigentumsquoten (beides ist wie eine Veräußerung einer Teilfläche zu behandeln).²² Für die Praxis besonders wichtig ist, dass aufgrund eines UZ ein Teil des gemeinschaftlichen Gemeinschaftseigentums in Sondereigentum oder ein Teil des Sondereigentums in Gemeinschaftseigentum mit oder ohne Übertragung eines Teils des Miteigentumsanteils frei von Belastungen überführt werden kann (§ 23a Abs. 1 Nr. 2 AGBGB BW). Ein Beispiel wäre der Kellertausch.²³ Gemäß § 23a Abs. 1 Nr. 3 AGBGB BW können die Vorschriften über das UZ auch angewandt werden für Vereinbarungen der Wohnungseigentümer über ihr Verhältnis untereinander i. S. von § 10 Abs. 1 S. 2 WEG, die nur bei Grundbucheintragung gegen einen Sondernachfolger wirken, so die Begründung, Aufhebung oder Inhaltsänderung von Sondernutzungsrechten (soweit nicht § 5 Abs. 4 WEG eingreift), vgl. § 23a Abs. 1 Nr. 3 AGBGB BW. Bei allen Rechtsänderungen wird allerdings nur die Mitwirkung der dinglich Berechtigten ersetzt, nicht aber der betroffenen Wohnungs-/Teileigentümer.²⁴ Die Unschädlichkeit kann einheitlich – schon aus Gründen der Kostenersparnis – in einem einzigen Verfahren für alle Berechtigten festgestellt werden.²⁵ Das BayObLG²⁶ hat für Bayern die Erteilung eines UZ auch für andere Vereinbarungen der Wohnungseigentümer als die Begründung oder Übertragung eines Sondernutzungsrechts für zulässig erachtet (z. B. Änderung des Kostenverteilungsschlüssels).

Nicht einsetzbar ist das UZ bei Änderungen der Vereinbarungen über Instandhaltung und Instandsetzung, Zweckbestimmung, Stimmrecht usw.²⁷ § 23a Abs. 1 Nr. 3

14 BGH DNotZ 1956, 36 = NJW 1955, 1878 = Rpfleger 1955, 140 und 347.

15 BayObLG BayObLGZ 1965, 466 = DNotZ 1966, 609 = Rpfleger 1966, 335.

16 Ganz h. M.; BGH DNotZ 2017, 795 = NJW-RR 2017, 1227; BGH DNotZ 1972, 487 = NJW 1972, 487 = Rpfleger 1972, 89;

17 LG Hildesheim NJW 1960, 49 = DNotZ 1960, 421; *Demharter* (Fußn. 2), § 48 Rn. 8; *KEHE/Keller* (Fußn. 2), § 48 Rn. 6; *Schöner/Stöber* (Fußn. 2), Rn. 3003; *Böttcher*, Mitt-BayNot 1993, 129; a. A. BayObLG BayObLGZ 1957, 110 = NJW 1957, 1814; wohl auch LG München I DNotZ 1973, 417 m. Anm. *Walberer* = MittBayNot 1973, 97 = Rpfleger 1973, 141; *Ebeling*, RpfStud. 1979, 63; *Böhringer*, BWNotZ 1988, 97. Dazu auch OLG Frankfurt NJW 1959, 1977.

18 BGH DNotZ 2019, 41 = MittBayNot 2019, 336 m. Anm. *Kanzleiter* = NJW-RR 2019, 273 = Rpfleger 2019, 72; *Böhringer*, RpfStud. 2016, 149. Für strikte Ablehnung *Böttcher*, in: *Lemke*, Immobilienrecht, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 22.

19 Ganz h. M.; *Meikel/Böhringer* (Fußn. 2), § 48 Rn. 39; *KEHE/Keller* (Fußn. 2), § 48 Rn. 6; *Schöner/Stöber* (Fußn. 2), Rn. 1368; *Böhringer*, RpfStud. 2016, 149; *Ebeling*, RpfStud. 1979, 61; *Faber*, BWNotZ 1978, 155; *Hampel*, Rpfleger 1962, 126; *Böttcher*, MittBayNot 1993, 129, 132.

20 *Meikel/Böhringer* (Fußn. 2), § 48 Rn. 42.

21 Erfasst sind alle Belastungen, die in den einzelnen Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern eingetragen sind.

22 Ebenso *Wudy*, NotBZ 1998, 132, 137.

23 OLG Hamburg DNotI-Report 2002, 93 = MittBayNot 2002, 399 = NZM 2003, 999.

24 Vgl. BayObLG MittBayNot 1993, 368 = WuM 1993, 689 = ZWE 1994, 250; *Wudy*, NotBZ 1998, 132, 137; *Thomas/Schlüter*, VIZ 1998, 193.

25 Ebenso *Demharter*, MittBayNot 2013, 104.

26 BayObLG DNotZ 2003, 936 m. Anm. *Rapp* = MittBayNot 2004, 43 = NJW-RR 2003, 1523 = Rpfleger 2003, 576.

27 So auch *Wudy*, NotBZ 1998, 132, 137.

AGBGB BW nennt den Tatbestand der Übertragung eines Sondernutzungsrechts nicht; eine entsprechende Anwendbarkeit erscheint bedenklich.²⁸

d. Änderungen im eigenen Bestand

Die Anwendung eines UZ kommt nicht in Betracht bei Teilung eines Grundstücks ohne Veräußerung, wenn ein Eigentümer von einem Grundstück eine Teilfläche lastenfrei abschreiben lassen will, um sie einem anderen Grundstück in seinem Eigentum zuschreiben zu lassen.²⁹

► V. Betroffene Belastungen

Belastungen i. S. v. Art. 120 Abs. 1 EGBGB und § 22 Abs. 1 AGBGB BW sind alle beschränkte dingliche Rechte in Abt. II und III des Grundbuchs (subjektiv persönliche Rechte und subjektiv-dingliche Rechte), also Grunddienstbarkeiten, Nießbrauchsrechte, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten³⁰, dingliche Vorkaufsrechte³¹, Reallasten und Grundpfandrechte³² (privatrechtliche Belastungen), Vormerkungen für die vorbezeichneten Rechte. Kann bei Dienstbarkeiten der Eintritt der gesetzlichen Befreiung gemäß § 1026 BGB gegenüber dem Grundbuchamt nicht zweifelsfrei durch öffentliche Urkunde³³ in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nachgewiesen werden, so kann für die Trennstückveräußerung ein UZ eingesetzt werden kann.³⁴ Gleiches gilt für den Fall, dass der Untergang eines nur für den ersten Verkaufsfall bestellten Vorkaufsrechts nur beschwerlich bewiesen werden kann.³⁵ Zulässig ist das Zeugnis auch zur Feststellung, dass ein abzuschreibendes Trennstück von einer Eigentumserwerbsvormerkung nicht betroffen ist, z. B. bei einer Vormerkung, die den Eigentumsverschaf-

fungsanspruch für einen anderen, noch abzutrennenden Grundstücksteil sichert.³⁶ Das UZ kann sich auch auf nicht eingetragene Belastungen beziehen.³⁷ Nach § 24 Abs. 1 AGBGB BW erstreckt sich das UZ nicht auf Lasten des öffentlichen Rechts wie z. B. Baulasten oder Beiträge nach dem Kommunalabgabengesetz. Die Voreintragung des Umstellungsbetrags bei Grundpfandrechten ist nicht erforderlich.³⁸

Nacherbenvermerke (§ 51 GBO) und sonstige Verfügungsbeschränkungen (z. B. § 52 GBO) stellen keine Belastungen dar und können nicht mit einem UZ freigestellt werden.³⁹ Gleiches gilt auch bei Widersprüchen (§ 899 BGB).⁴⁰

Nach materiellem Recht bedarf es zur Aufhebung eines subjektiv-dinglichen Rechts (Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB, dingliches Vorkaufsrecht nach § 1094 Abs. 2 BGB, Reallast nach § 1105 Abs. 2 BGB) keiner Zustimmung des am herrschenden Grundstück Berechtigten, wenn dessen Recht von der Aufhebung nicht berührt wird (§ 876 S. 2 BGB). Bejahendenfalls kann ein UZ nach § 22 Abs. 2 AGBGB BW erteilt werden, wenn ein Nachteil nicht zu besorgen ist, weil das Recht nur geringfügig betroffen wird (§ 23 Nr. 2 AGBGB BW). Grundbuchverfahrensrechtlich ist in allen Fällen eine Löschungsbewilligung des Betroffenen nach § 19 GBO nur erforderlich, wenn das aufzuhebende subjektiv-dingliche Rechte auf dem Grundbuchblatt des herrschenden Grundstücks vermerkt war (§§ 9, 21 GBO); ein UZ ersetzt die Zustimmung des Drittberechtigten. Es sollte ein UZ angestrebt werden, damit eine Diskrepanz zwischen materiellem und formellem Grundbuchrecht überwunden wird, denn eine materiell-rechtlich notwendige, aber fehlende Zustimmung macht sonst bei der Löschung des Rechts das Grundbuch unrichtig.⁴¹

► VI. Verfahren zur Zeugniserteilung

1. Zuständigkeit

Die Landesgesetzgeber können festlegen, wer das UZ erteilt. In Baden-Württemberg sind zwei Verfahrensweisen

28 Vgl. Gutachten DNotI v. 18.8.2000 DNotI Abruf-Nr. 11157. Großzügig BayObLG DNotZ 2003, 936 = MittBayNot 2004, 43 = NJW-RR 2003, 1523 = Rpfleger 2003, 576.

29 BayObLG DNotZ 1990, 294 = MittBayNot 1989, 311; KG DNotZ 1943, 260. Großzügig BayObLG DNotZ 2003, 936 = MittBayNot 2004, 43 = NJW-RR 2003, 1523 = Rpfleger 2003, 576 bei einem Bauträger, der einzelne Grundstücksflächen verkauft hat und für Grenzberichtigungen ein UZ beantragt hat.

30 LG Augsburg MittBayNot 1979, 116 = Rpfleger 1979, 338.

31 Öffentlich-rechtliche Vorkaufsrechte nach Bundes- oder Landesrecht werden vom Anwendungsbereich eines UZ nicht erfasst.

32 Bei im Grundbuch eingetragenen Eigentümergrundschulden scheidet die Anwendung des UZ mangels Rechtsschutzbedürfnisses aus, so Wudy, NotBZ 1998, 132, 138.

33 Vgl. Gutachten DNotI-Report 2003, 55. Zur Anwendung von § 1026 BGB auch BayObLG DNotZ 1984, 565 = Rpfleger 1993, 143; LG Augsburg MittBayNot 1979, 116 = Rpfleger 1979, 338.

34 Ebenso BayObLG MittBayNot 1981, 136 = Rpfleger 1981, 283; Schaal, RNotZ 2008, 569, 595. A. A. Thomas/Schlüter, NotBZ 1998, 183.

35 Zur Problematik eines Vorkaufsrechts für mehrere/alle Verkaufsfälle Wudy, NotBZ 1998, 132, 181.

36 Ebenso Sigl (Fußn. 2).

37 LG Freiburg BeckRS 2003, 17298; LG Hildesheim NdsRpfl 1962, 176; Staudinger/Mittelstädt (Fußn. 2), Art. 120 Rn. 19; Meikel/Böttcher (Fußn. 2), § 27 Rn. 100; Bauer/Schaub/Schäfer, (Fußn. 2), § 27 Rn. 46.

38 BGH DNotZ 1956, 36 = NJW 1955, 1878 = Rpfleger 1955, 140 und 347; BayObLG BayObLGZ 1956, 103 = DNotZ 1957, 29 = Rpfleger 1956, 242.

39 KG KGJ 42, 199; LG Frankfurt Rpfleger 1986, 472; KEHE/Munzig (Fußn. 2), § 27 Rn. 28.

40 Staudinger/Mittelstädt (Fußn. 2), Art. 120 Rn. 18.

41 Meikel/Böttcher (Fußn. 2), § 21 Rn. 22.

verwirklicht. Zuständig ist nach § 26 Abs. 2 AGBGB BW das Grundbuchamt, in dessen Bezirk das Grundstück liegt.⁴² Wird das UZ im Rahmen eines Flurbereinigungsverfahrens erteilt, so ist das Flurbereinigungsamt zuständig. Liegen die Grundstücke in Bezirken mehrerer Ämter, so ist das Amt zuständig, in dessen Bezirk sich der größere Teil befindet. Der Landesgesetzgeber hat sich nicht für ein Verfahren ausgesprochen, auf das die Grundbuchordnung anwendbar ist, auch wenn er die Zuständigkeit des Grundbuchamts für die Erteilung des UZ anordnet; es ist ein landesrechtlich geregeltes Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.⁴³

Eine aufgrund § 37 RpflG erlassene ausdrückliche landesrechtliche Bestimmung, wer beim „Grundbuchamt“ funktionell zuständig ist, fehlt. Ich halte funktionell den Rechtspfleger beim Grundbuchamt für zuständig. Diese Zuständigkeit lässt sich damit begründen, dass die Verwendung des Begriffs „Grundbuchamt“ in § 26 Abs. 2 AGBGB BW eine stillschweigende Verweisung auf das RpflG beinhaltet.⁴⁴ Anders fällt die Beurteilung in anderen Bundesländern aus. So hat z. B. Bayern in § 73 Abs. 2 AGBGB BY geregelt, dass das „Amtsgericht“ als solches zuständig ist, also die „allgemeine Abteilung“, was dann die Zuständigkeit des Amtsrichters begründet.⁴⁵ Hamburg bestimmt in § 35 Abs. 1 HmbAGBGB das „Amtsgericht“ als Entscheidungsträger und überträgt in § 1 HmbRpflG das vom Richter wahrzunehmende Geschäft dem Rechtspfleger. In Sachsen wird in § 47 SächsJG das „Amtsgericht“ als Entscheidungsträger genannt und das Verfahren ausdrücklich dem Rechtspfleger übertragen. In Baden-Württemberg stammt die Bestimmung des Grundbuchamts als Entscheidungsträger aus der Zeit vor der am 1.1.2018 in Kraft getretenen Grundbuchamtsreform; damals war derjenige zuständig, der das Grundbuch führte (§ 1 Abs. 3, §§ 26, 29 LFGG BW).

2. Verfahrensgrundsätze

In Baden-Württemberg enthält § 27 AGBGB BW eigene Verfahrensgrundsätze für das Freistellungsverfahren. Ergänzend gilt für das Grundbuchamt als zuständige Stelle das FamFG, für das Flurbereinigungsamt ergänzend das allgemeine Verwaltungsverfahren des Landes Baden-Württemberg.

3. Antrag

Eingeleitet wird das Verfahren zur Erteilung des UZ nicht von Amts wegen, vielmehr ist ein Antrag erforderlich. Antragsberechtigt ist nach § 26 Abs. 1 AGBGB BW jeder, der an der Feststellung der Unschädlichkeit ein rechtliches Interesse hat, also der Eigentümer, der Erwerber des Trennstücks/Grundstücks und die Inhaber der freizustellenden Rechte. Ein rein wirtschaftliches Interesse genügt nicht, da der Begriff des „rechtlichen“ Interesses enger ist als derjenige des „berechtigten“ Interesses, wie er z. B. in § 12 GBO enthalten ist. Fraglich ist, ob der Urkundsnotar im Rahmen des § 15 GBO den Antrag stellen kann.⁴⁶

Ein bestimmter Inhalt oder eine bestimmte Form für den Antrag sind in § 26 Abs. 1 AGBGB BW nicht vorgeschrieben. Zu empfehlen ist dem Antragsteller, dass eine Vertragsabschrift zur vorgesehenen Veräußerung oder Überführung des Grundstücksteils bzw. der Rechtsänderung sowie eine Adressenliste samt Aktenzeichen der betroffenen Rechtsinhaber und Informationen zur Beurteilung der Unschädlichkeit dem Antrag beigelegt werden. Ein Trennstück ist eindeutig zu bezeichnen.

Zusätzliches Erfordernis für den Antrag ist die Darlegung, dass die Eintragungsbewilligung des oder der Berechtigten nicht oder nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erlangen ist (z. B. Kostenaufwand für formgerechte Löschungsbewilligungen ist höher als der Wert des lastenfrei abzuschreibenden Grundbesitzes).

Darlegen bedeutet so viel wie Ausführen, tatsächlich begründen, schließt also nicht notwendig das Beweisen in sich. Die Darlegung kann ohne Beweis überzeugend sein, muss es aber nicht. Im Einzelfall kann schon die bloße nähere Angabe der begründenden Tatsachen zur Darlegung genügen. Dies wird namentlich dann zutreffen, wenn der Antragsteller nach seiner Persönlichkeit die Gewähr für die Richtigkeit seiner Darstellung bietet. Zur Darlegung reicht es aus, dass das Grundbuchamt irgendwie greifbaren und überzeugenden Anhalt für die Richtigkeit der Darstellung des Antragstellers erlangt; es darf insbesondere kein Grund zu dem Verdacht bestehen, dass die gemachten Angaben nicht der Wahrheit entsprechen. Eine über die Darlegungslast hinausgehende Glaubhaftmachung (§ 294 Abs. 2 ZPO) oder ein Nachweis kann nur verlangt werden, wenn begründete Bedenken gegen die Wahrhaftigkeit des Vortrags des Antragstellers bestehen.

⁴² In anderen Bundesländern ist das Amtsgericht als solches (Bayern, Sachsen) oder eine Verwaltungsbehörde wie das Katasteramt zuständig.

⁴³ Dazu LG Freiburg BeckRS 2003, 17298.

⁴⁴ Ausführlich zu Rechtspflegergeschäften nach Landesrecht *Rellermeyer*, Rpfleger 1996, 317.

⁴⁵ *Demharter*, Rpfleger 2004, 406 (für Bayern).

⁴⁶ *Wudy*, NotBZ 1998, 132, 182 empfiehlt, dem Notar in der Veräußerungsurkunde eine ausdrückliche Vollmacht zu erteilen.

Formulierungsvorschlag für den Antrag auf Erteilung des Zeugnisses:

*„An das Grundbuchamt Musterstadt
Mit Urkunde vom ... (UR Nr. ... Notar Mustermann
in Musterstadt) wurde aus dem Grundstück Flst. ...
Gemarkung Musterstadt eine Teilfläche veräußert,
welche nach dem Fortführungsnachweis Nr. ...
des Katasteramts Musterstadt für die Gemarkung
Musterstadt folgenden Beschrieb hat: ...
Als Veräußerer beantrage ich die Erteilung ei-
nes Unschädlichkeitszeugnisses nach §§ 22 ff.
AGBGB BW, wonach die lastenfreie Abschreibung
dieser Teilfläche von folgenden dinglichen Rechten
für dessen Rechtsinhaber unschädlich ist: Grund-
buch von Musterstadt Blatt ... Abt. II Nr. ... und
Abt. III Nr. ...
Durch die Veräußerung der Teilfläche entsteht eine
Wertminderung, die ich mit ... € angebe.
Zu der Voraussetzung, dass die Bewilligung des
Berechtigten nicht oder nur unter unverhältnismä-
ßigen Schwierigkeiten zu erlangen ist, mache ich
gemäß § 26 Abs. 1 AGBGB BW folgende Ausfüh-
rungen: ...
Eine Kopie des og. Fortführungsnachweises liegt
bei, ebenso eine Liste der betroffenen Rechtsinha-
ber mit Postanschrift.
Ich bitte um Übersendung einer Ausfertigung des
Unschädlichkeitszeugnisses an mich. Kosten trage
ich.

Musterstadt, den ...“*

4. Amtswegige Ermittlungen

Das Grundbuchamt bzw. Flurbereinigungsamt hat vor Erlass des Zeugnisses gemäß § 27 Abs. 1 AGBGB BW die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen und alle der Sachaufklärung dienenden Ermittlungen anzustellen (Amtsermittlungsgrundsatz für das Grundbuchamt nach § 26 FamFG bzw. für das Flurbereinigungsamt nach § 24 VwVfG). Im Unschädlichkeitsverfahren sind alle Ermittlungen und Beweismittel zulässig und geboten; sie bedürfen nicht der Form des § 29 GBO. Es kann Augenschein genommen werden, Zeugen können vernommen werden, Sachverständige können zugezogen werden, behördliche Auskünfte eingeholt, Urkundenvorlage kann verlangt und Behörden können im Wege der Amtshilfe um Auskunft ersucht werden, auch können

Schätzungen in Auftrag gegeben werden.⁴⁷ Das Ergebnis ist frei zu würdigen.⁴⁸ Bei Masseverfahren hat der Entscheidungsträger oftmals Probleme, die materiell Betroffenen mit den aktuellen Anschriften ermitteln zu können. Der Entscheidungsträger kann dem Antragsteller aber nicht die Beibringung von Unterlagen aufgeben oder die Anordnung einer Pflegschaft nach § 1911 BGB anregen.⁴⁹ Auch kann der Entscheidungsträger von den Beteiligten nicht verlangen, dass diese dem Inhalt des geplanten UZ in öffentlich beglaubigter Form (§ 129 BGB) zustimmen.

Nach § 27 Abs. 1 AGBGB BW sind die Berechtigten zu hören, soweit dies ohne erhebliche Verzögerung und unverhältnismäßige Kosten möglich ist (rechtliches Gehör, Art. 103 bzw. Art. 20 GG).⁵⁰ Ein dinglich Berechtigter kann bei einer Anhörung in der Lage sein, „Gegengründe dafür anzuführen, dass die Grundstücksveräußerung eben gerade nicht unschädlich ist.“⁵¹ Eine erhebliche Verzögerung kann angenommen werden, wenn trotz der Auskünfte von Meldebehörden, Nachlassgerichten, Standesämtern eine öffentliche Zustellung oder eine Zustellung im Ausland erforderlich wäre. Ein unverhältnismäßiger Aufwand dürfte gegeben sein, wenn die Zahl der Berechtigten hoch, der auf den einzelnen Berechtigten entfallende Nachteil aber nur gering ist und daher eine Beeinträchtigung des Rechts fernliegt, z. B. bei der Veräußerung von wenigen Quadratmetern eines Grundstücks, das in Wohnungseigentum aufgeteilt ist.⁵² Ein Nachteil kann insbesondere dann gegeben sein, wenn eine Vertreterbestellung erforderlich wäre. Der Entscheidungsträger kann demnach nur in engen Grenzen von der Anhörung absehen. Nur wenn schutzwürdige Interessen der Betroffenen nicht berührt werden, kann ausnahmsweise auf die Anhörung verzichtet werden (z. B. bei geringer Größe und geringem Wert des Trennstücks). Ist sowohl die Person eines Berechtigten als auch dessen Aufenthaltsort im Inland bekannt, ist rechtliches Gehör zu gewähren. In „Masseverfahren“ kann es genügen, dass der Entscheidungsträger die beabsichtigte Erteilung des UZ öffentlich bekanntmacht und eine angemessene Äußerungsfrist setzt, wenn der Aufenthalt des Berechtigten nicht bekannt ist, die Zahl der Berechtigten sehr hoch, der auf den Einzelnen treffende Nach-

47 Ebenso Panz, BWNotZ 1998, 16.

48 LG Augsburg MittBayNot 1979, 116 = Rpfleger 1979, 338; Röhl, MittBayNot 1968, 353.

49 Ein Pfleger bedürfte zur Freigabe einer Teilfläche nach §§ 1915, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB der gerichtlichen Genehmigung.

50 BayVerfGH BayVerfGHE 23, 143 = BeckRS 1970, 1381 = MittBayNot 1970, 140. Dazu auch BayObLG DNotZ 1994, 178; BayObLG JurBüro 1989, 1273; AG Augsburg Rpfleger 2008, 70; Wudy, NotBZ 1998, 132, 182; Mayer, MittBayNot 1993, 333, 339.

51 So der BayVerfGH BayVerfGHE 23, 143 = BeckRS 1970, 1381 = MittBayNot 1970, 140.

52 Ebenso Wudy, NotBZ 1998, 132, 182 m. w. N.

teil aber sehr gering ist oder die Erben des verstorbenen Betroffenen nicht bekannt sind.⁵³

5. Geringfügigkeit des Verlusts der dinglichen Sicherheit

Das Zeugnis darf nur unter zwei Voraussetzungen erteilt werden. Im Falle des § 22 Abs. 1 AGBGB BW wird das UZ erteilt, wenn das Grundstück oder Trennstück sowohl im Verhältnis zum Hauptgrundstück als auch an sich von geringem Wert und Umfang ist. Schon das Fehlen auch nur einer Voraussetzung macht die Erteilung des UZ unzulässig. Maßgeblich ist demnach kein fester Wert bzw. keine feste Größe. Der Wert des Restgrundstücks und des Trennstücks ist überschlägig zu ermitteln mit Orientierung am Bodenrichtwert bei unbebauten Grundstücken. Ist das freizustellende dingliche Recht ein Gesamtrecht, so sind alle belastete Grundstücke als ein Grundstück i. S. von § 22 AGBGB BW anzusehen; auszugehen ist daher von der Gesamtfläche der mit dem freizustellenden Recht belasteten Grundstücke.⁵⁴

Nach überwiegender Meinung wird eine Unschädlichkeit angenommen, wenn die Minderung von Wert und Umfang 5 bis 10 % beträgt (Geringfügigkeitsgrenze).⁵⁵ Die Merkmale „Wert“ und „Umfang“ müssen kumulativ erfüllt sein. Bei der Ermittlung der Wertminderung ist nicht auf den Wert des Trennstücks allein abzustellen, sondern auf die Differenz zwischen dem Verkehrswert des Stammgrundstücks vor der Rechtsänderung und dem des verbleibenden Restgrundstücks.⁵⁶ Wird das UZ ohne Vorliegen dieser Voraussetzungen erteilt, ist es gleichwohl wirksam; es können jedoch Amtshaftungsansprüche gegeben sein.⁵⁷

6. Kompensationsmöglichkeit

Regelmäßig sind durch die Änderung oder die Aufhebung eines Rechts Nachteile für den Rechtsinhaber denkbar. Bei freizustellenden Vorkaufsrechten und Nießbrauchsrechten ist mit Nachteilen zu rechnen.⁵⁸ Bei Grundpfand-

rechten ist ein Nachteil oftmals anzunehmen, wenn das Grundstück bereits bis zur Beleihungsgrenze (vgl. die Regelungen in § 14 PfandBG bzw. § 45 AGBGB BW) oder darüber hinaus belastet ist; sind Beleihungswerte nicht bekannt, ist 50 % des Grundstückswerts zur Beurteilung der Unschädlichkeit heranzuziehen. Unschädlich wäre die Rechtsänderung dann, wenn die Lastenfreistellung für die Realisierung der Haftung ohne Bedeutung ist oder durch einen Wertausgleich (z. B. Rechtserstreckung auf ein Ersatzgrundstück, Hinterlegung von Geld oder Geldzahlung) Abhilfe geschaffen werden kann.⁵⁹

Das Landesrecht von Baden-Württemberg enthält keine Bagatellgrenze und auch keine ausdrückliche Bestimmung, durch einen Wertausgleich den durch die Lastenfreistellung entstehenden Nachteil wieder auszugleichen. Jedoch gestattet § 24 Abs. 2 AGBGB BW, dass die Erteilung des UZ von Bedingungen und Auflagen abhängig gemacht wird, etwa von Ausgleichszahlungen oder der Einbeziehung anderer oder hinzuerworbener Grundstücke oder Trennstücke in die Mithaftung. Der Entscheidungsträger hat bei der Feststellung der Unschädlichkeit einen großen Entscheidungsspielraum. Bedingungen und Auflagen müssen allerdings klar und eindeutig sein. Der Unterschied zwischen einer Bedingung und einer Auflage besteht darin, dass bei einer Bedingung die Wirksamkeit des UZ vom Eintritt der Bedingung (samt Nachweis in grundbuchmäßiger Form⁶⁰, also durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde) abhängig ist, während bei einer Auflage dem Antragsteller nur ein Tun aufgegeben wird. Bei einer Auflage gilt das UZ demnach als erteilt, auch wenn sie noch nicht erfüllt ist. Kommt es zu keiner Erfüllung der Auflage, bleibt das UZ gleichwohl wirksam. Dem Grundbuchamt braucht nur das UZ, nicht auch die Erfüllung der Auflage nachgewiesen zu werden.

Die Durchführung des Wertausgleichs ist nicht Voraussetzung für die Erteilung des Zeugnisses, sondern bei Bedingungen nur für den Grundbuchvollzug. Eine auflösende Bedingung in einem UZ ist nicht zulässig, da Löschungen im Grundbuch grundsätzlich nicht auflösend bedingt vorgenommen werden (keine nachträgliche Änderung einer einmal geschaffenen Rechtslage).

Bei Anordnung einer aufschiebenden Bedingung im UZ ist im Grundbuchverfahren zu beachten, dass das UZ

⁵³ So Staudinger/Mittelstädt (Fußn. 2), Art. 120 Rn. 43.

⁵⁴ LG Hof MittBayNot 2009, 299 = NotBZ 2009, 466 = Rpfleger 2009, 503.

⁵⁵ LG Hof MittBayNot 2009, 299 = NotBZ 2009, 466 = Rpfleger 2009, 503;

LG München I BeckRS 2006, 3890 = Rpfleger 2006, 396; Meikel/Böttcher (Fußn. 2), § 27 Rn. 101; Meikel/Böhringer (Fußn. 2), § 46 Rn. 115. Ausführlich Wudy, NotBZ 1998, 132, 179; Köhler, ZRP 1989, 152; Röhl, MittBayNot 1968, 35. Zur Berechnung bei von einem Wohnrecht zu entlastenden Teilflächen LG Kassel BeckRS 2008, 17024 = Rpfleger 2007, 464. Nach § 48 Abs. 3 SächsJG darf der Wert des Trennstücks 2500 € nicht übersteigen. Dazu auch LG Lüneburg NdsRpfl 1965, 43 (über 10 %); LG Göttingen NdsRpfl 1981, 279 (10,85 % der Stammfläche); LG Oldenburg NdsRpfl 1983, 228 (16,54 % des Umfangs und 13 % der Wertminderung zu hoch).

⁵⁶ BayVerfGH BeckRS 1988, 8664 = MittBayNot 1989, 22; Schaaf, RNotZ 2008, 569, 595.

⁵⁷ Panz, BWNotZ 1998, 16.

⁵⁸ Einzelheiten Wudy, NotBZ 1998, 132, 180. Schon eine geringfügige Minderung des Belastungsobjekts kann zu einer erheblichen Beeinträchtigung führen.

⁵⁹ Ebenso Wudy, NotBZ 1998, 132, 180.

⁶⁰ Wird das aufschiebend bedingte UZ in ein Grundbuchverfahren eingebracht, findet das Grundverfahrensrecht (mithin § 29 GBO) Anwendung und nicht mehr § 26 FamFG, da das Verfahren der Zeugniserteilung mit der Unanfechtbarkeit des Beschlusses abgeschlossen ist; a. A. Sigl (Fußn. 2).

erst dann im Grundbuchverfahren verwenden kann, wenn der Eintritt der Bedingung in der Form des § 29 GBO nachgewiesen ist. Eine solche aufschiebende Bedingung könnte lauten: „Das Unschädlichkeitszeugnis wird unter der aufschiebenden Bedingung erteilt, dass innerhalb eines Monats nach Rechtskraft des Zeugnisses beim Grundbuchamt Musterstadt nachgewiesen wird, dass zur Ausgleichung der beim Hauptgrundstück eintretenden Wertminderung an den Gläubiger der Grundschuld Abt. III Nr. 1 eine Ausgleichszahlung von ... Euro und an den Gläubiger der Grundschuld Abt. III Nr. 2 eine Ausgleichszahlung von ... Euro erbracht worden ist.“

7. Beschränkung des Unschädlichkeitszeugnisses

Die Erteilungsvoraussetzungen sind für jede Belastung einzeln zu prüfen. Regelmäßig wird das Unschädlichkeitszeugnis für alle Belastungen erteilt. Nach § 24 Abs. 1 AGBGB BW kann das UZ aber auch auf einzelne Belastungen beschränkt werden, so z. B. nur gegenüber Gläubigern von Grundpfandrechten und Reallasten, nicht dagegen zu Lasten eines Nießbrauchs oder Erbbaurechts. Liegen die Erteilungsvoraussetzungen nicht für alle Belastungen vor, kann das UZ auf die übrigen Belastungen beschränkt werden.

8. Briefvorlage

Eigentlich dürfen Eintragungen bei Briefgrundpfandrechten nach § 41 GBO nur vorgenommen werden, nachdem der betreffende Grundpfandrechtsbrief vorgelegt worden ist. Hiervon macht § 25 Abs. 2 AGBGB BW i. V. m. § 143 GBO eine Ausnahme. Bei Eintragungen aufgrund eines UZ ist die Briefvorlegung nicht erforderlich. Grund dafür ist die Beschleunigung des Eintragungsverfahrens und weil die zu vermerkende Änderung nur von untergeordneter Art ist. Wird der Brief nachträglich vorgelegt, so hat das Grundbuchamt das Erlöschen des Rechts an dem Trenngrundstück/Grundstück auf dem Brief von Amts wegen zu vermerken.

9. Wirksamwerden des Zeugnisses, Rechtsmittel

Über den Antrag auf Erteilung eines UZ wird in einem freien (nicht eigentlichen Grundbuch-) Verfahren durch Beschluss entschieden (§ 38 Abs. 1 S. 1 FamFG). Der Beschluss muss nicht begründet werden, wenn dem Antrag der Beteiligten stattgegeben wird; eine Rechtsbehelfsbelehrung ist dann auch nicht erforderlich. Die Erteilung des UZ ist die Bestätigung, dass die lastenfreie Veräußerung eines Grundstücksteils oder eines diesem gleichgestellten Objekts dem Interesse des betroffenen Berechtigten nicht schädlich ist.⁶¹

Das Zeugnis muss die Bezeichnung des Trenngrundstücks/Grundstücks und die wegfallenden Belastungen enthalten. Formulierungsvorschlag:⁶²

„Auf Antrag des Eigentümers von Flst. ... Gemarkung Musterstadt wird gemäß §§ 22 ff. AGBGB BW festgestellt, dass die Abschreibung des im Veränderungsnachweis Nr. ... Gemarkung Musterstadt aufgeführten Flst. ... frei von folgenden beschränkten dinglichen Belastungen erfolgen kann: ... Die Abschreibung des genannten Teilgrundstücks ist für die Berechtigten bzw. Gläubiger unschädlich, weil unter Berücksichtigung des Wertes des mit einem Wohnhaus bebauten restlichen Hauptgrundstücks Flst. ... eine Wertminderung beim Hauptgrundstück nicht eintritt. Der Anordnung einer Ausgleichsleistung bedarf es daher nicht.“

Die Entscheidung über die Erteilung des UZ ist gemäß § 27 Abs. 2 S. 1 AGBGB BW zuzustellen. Bei unbekanntem Aufenthalt kann ein Zustellungsvertreter bestellt und die Entscheidung diesem übergeben werden (§ 27 Abs. 2 S. 3 AGBGB BW). Gegen die Entscheidung des Grundbuchamts und des Flurbereinigungsamts findet die Beschwerde nach dem FamFG statt (§ 68 FamFG, § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG). Zu beachten ist auch das Anhörungsrügerecht nach § 44 FamFG. Zur Verwendung im Grundbuchverkehr muss die Beschlussausfertigung mit einem Zeugnis über die Rechtskraft/Bestandskraft versehen sein.

Das Zeugnis wird gemäß § 25 Abs. 1 AGBGB BW wirksam, wenn es nicht mehr angefochten werden kann (Rechtskraftzeugnis notwendig). Die Zeugniserteilung als solche hat noch keine befreiende Wirkung; erst der Vollzug durch entsprechende Eintragung im Grundbuch führt zur Lastenfreiheit des Trennstücks/Grundstücks. Nach Eintragung der Rechtsänderung kann das UZ nicht mehr geändert werden.

10. Bindungswirkung für das Grundbuchamt

Das Zeugnis ist für das Grundbuchamt bindend, es besteht kein eigenes Prüfungsrecht, wenn das Flurbereinigungsamt das UZ erteilt.⁶³ Fraglich ist, ob mit Vollzug eines fehlerhaften Zeugnisses im Grundbuch die Rech-

⁶¹ BayVerfGH BayVerfGHE 23, 143 = BeckRS 1970, 1381 = MittBayNot 1970, 140.

⁶² Entnommen Meikel/Böhringer (Fußn. 2), § 46 Rn. 122 und Sigl (Fußn. 2).

⁶³ OLG Hamm BeckRS 2010, 8304 = FGPrax 2004, 206; LG Regensburg Rpfleger 1988, 406; Panz, BWNotZ 1998, 16.

te auch materiell-rechtlich erlöschen, was aus Gründen der Rechtssicherheit für den Rechtserwerber zu bejahen ist.⁶⁴ Folgt man dieser Ansicht, so scheidet ein Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB aus.⁶⁵

VII. Wirkung des Unschädlichkeitszeugnisses

Das UZ ersetzt die materiell-rechtlich erforderliche Aufgabeerklärung⁶⁶ (§§ 875, 1175 BGB) samt Zustimmungserklärung der Berechtigten nach § 876 S. 2, § 1183 BGB und als Annex die verfahrensrechtliche Bewilligung/Zustimmung der Betroffenen gemäß § 19 GBO und des Grundstückseigentümers nach § 27 S. 1 GBO.⁶⁷ An die Stelle der Mitwirkung der dinglich Berechtigten tritt eine Funktion eines Rechtspflegeorgans (in Baden-Württemberg: Grundbuchamt) bzw. einer Behörde (in Baden-Württemberg: Flurbereinigungsamt); diese haben alle in Betracht kommenden Interessen zu wahren.⁶⁸ Die Vorlage des UZ reicht im Grundbucheintragungsverfahren aus und muss vom Grundbuchamt beachtet werden (wie wenn eine Löschungsbewilligung des Berechtigten vorläge).⁶⁹ Nicht ersetzt wird der das Grundbuchverfahren einleitende Eintragungsantrag nach § 13 GBO.

VIII. Kostenrecht

In jedem Einzelfall ist zu prüfen, wie hoch die Kosten für die Erlangung eines UZ gegenüber den herkömmlichen Kosten der Pfandfreigaben/Rechtsänderung sind. Nach § 28 AGBGB BW werden für die Erteilung des UZ im ersten Rechtszug zwei volle Gebühren der Tabelle B gemäß § 34 Abs. 2 GNotKG erhoben, also mindestens 30 €. Die Gebühren sind nicht kostendeckend, weil die Geschäftswerte naturgemäß gering sind. Kostenschuldner ist der Antragsteller. Gemäß § 7 LJKG sind bestimmte Antragsteller von der Zahlung der Gebüh-

ren (nicht der Auslagen wie z. B. Zustellungskosten) befreit. Etwaige außergerichtliche Kosten (z. B. Anwaltskosten) sind grundsätzlich von den Beteiligten selbst zu tragen; sie können allerdings nach § 81 FamFG einem der Beteiligten ganz oder zu einem Teil auferlegt werden.⁷⁰

§ 28 S. 3 AGBGB BW ordnet einen Wertvergleich zwischen dem Wert des Trennstücks/Grundstücks und dem Wert der freizustellenden Belastung an (Niedrigstwertprinzip). Die Norm ist Ausfluss eines allgemeinen Bewertungsgrundsatzes (vgl. § 44 GNotKG). Der Wert des Trennstücks/Grundstücks wird nach §§ 46 ff. GNotKG bestimmt, der Wert der Belastungen bestimmt sich nach § 51 GNotKG (Vorkaufsrecht), § 52 GNotKG (Nutzungs- und Leistungsrechte) bzw. nach § 53 GNotKG (Grundpfandrechte). Der Wert mehrerer Belastungen, von denen das Trennstück freigestellt werden soll, ist zusammenzurechnen. In den Fällen des § 23a AGBGB BW tritt an die Stelle des Werts des Grundstücks oder Trennstücks der Wert des betroffenen Wohnungs- oder Teileigentums.

Beim Grundbuchamt wird für die Grundbucheintragung einer Pfandentlassung bei Grundpfandrechten eine 0,3-Löschungsgebühr nach Nr. 14142 KV GNotKG erhoben. Für andere Grundbuchbelastungen wird eine Festgebühr von 25 € nach Nr. 14143 und 14152 KV GNotKG erhoben. Bei den Rechtsänderungen im Bereich des Wohnungseigentums werden Grundbucheintragungsgebühren überwiegend nach Nr. 14160 Nr. 5 KV GNotKG erhoben.⁷¹ Die in § 7 LJKG genannten Antragsteller sind von der Zahlung der Gerichtsgebühren (nicht der Auslagen wie z. B. Zustellungskosten) befreit.

Für die auftragsgemäße Beschaffung der Unterlagen für die nach einem Grundstückskaufvertrag geschuldete Löschung von Grundbuchbelastungen durch den Urkundsnotar fällt eine 0,5-Vollzugsgebühr nach Nr. 22110 KV GNotKG an.

⁶⁴ Ebenso *Wudy*, NotBZ 1998, 132, 183; *Panz*, BWNotZ 1998, 16; *Thomas/Schlüter*, NotBZ 1998, 183, 187.

⁶⁵ Ebenso *Staudinger/Mittelstadt* (Fußn. 2), Art. 120 Rn. 48.

⁶⁶ BayObLG MittRhNotK 1988, 99 = NJW-RR 1988, 592 = Rpfleger 1988, 140 m. Anm. *Reinl.*

⁶⁷ OLG Hamm BeckRS 2010, 8304 = FGPrax 2004, 206; BayObLG MittBayNot 1992, 50 = NJW-RR 1992, 208 = Rpfleger 1992, 20; BayObLG NJW-RR 1988, 592 = Rpfleger 1988, 140; LG Kassel BeckRS 2008, 17024 = Rpfleger 2007, 464; LG Augsburg MittBayNot 1979, 116 = Rpfleger 1979, 338; LG Regensburg Rpfleger 1988, 406; *Meikel/Böhringer* (Fußn. 2), § 46 GBO Rn. 97; *Demharter* (Fußn. 2), § 46 Rn. 18; *Stöhr*, RNotZ 2016, 137, 158; *Tröster*, Rpfleger 1959, 342.

⁶⁸ LG Kassel BeckRS 2008, 17024 = Rpfleger 2007, 464; LG Augsburg MittBayNot 1979, 116 = Rpfleger 1979, 338; LG Regensburg Rpfleger 1988, 406; *Demharter* (Fußn. 2), § 46 Rn. 18; *Tröster*, Rpfleger 1959, 342.

⁶⁹ LG Regensburg Rpfleger 1988, 406.

B. Unschädlichkeitszeugnis wegen Rang für Erbbaurecht

I. Erste Rangstelle

Das Erbbaurecht kann grundsätzlich nur ausschließlich an erster Rangstelle im Grundbuch des belasteten Grund-

⁷⁰ Ebenso *Sigl* (Fußn. 2).

⁷¹ Einzelheiten bei *Böhringer*, BWNotZ 2016, 75.

stücks eingetragen und sein Rang auch nachträglich nicht geändert werden (§ 10 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG).⁷² Für die erste Rangstelle genügt es, wenn diese mit der Eintragung des Erbbaurechts gegeben ist und evtl Rangrücktritte oder Löschungen von Rechten vorrangiger Berechtigter gleichzeitig vollzogen werden.⁷³ Es ist ohne Belang, ob vorgehende Belastungen von geringer Bedeutung sind, sich nicht wertmindernd auswirken oder nicht mehr ausgeübt werden können.⁷⁴

II. Ausnahmen bei Verfügungsbeschränkungen

Kein Hindernis i. S. v. § 10 ErbbauRG sind Verfügungsbeschränkungen des Grundstückseigentümers, die in keinem Rangverhältnis zu den Belastungen des Grundstücks stehen. Hierzu zählen der Zwangsversteigerungsvermerk (§ 19 Abs. 1 ZVG), der Nacherbenvermerk (§ 51 GBO),⁷⁵ der Umlegungsvermerk (§ 54 Abs. 1 BauGB), die Sanierungs- und Entwicklungsbereichsvermerke (§ 143 Abs. 4, § 170 S. 4 BauGB).

III. Ausnahmen durch ein Unschädlichkeitszeugnis

1. Vermeidung von Härtefällen

§ 10 Abs. 2 ErbbauRG lässt zu, dass durch landesrechtliche Verordnung vom Erfordernis der ersten Rangstelle abgewichen werden kann, wenn dies für die vorrangigen Berechtigten in Abt. II und III des Grundstücksgrundbuchs und den Bestand des Erbbaurechts unschädlich ist. Davon hat Baden-Württemberg Gebrauch gemacht.⁷⁶

Sinn und Zweck des Unschädlichkeitszeugnisses ist es, Härten und Verzögerungen, die durch die Beschaffung von Rangrücktrittserklärungen verursacht werden können, in den Fällen zu vermeiden, in denen der dinglich Berechtigte nur geringfügig betroffen ist.⁷⁷ Die Möglichkeit zur wirtschaftlich sinnvollen Nutzung durch Einräumung eines Erbbaurechts soll der Grundstückseigentümer auch dann haben, wenn die Berechtigten zu einem Rangrücktritt nicht bereit sind.

2. Anwendbare Bestimmungen

a. Grundsatz

In Baden-Württemberg baut die landesrechtliche Verordnung vom 17.1.1994 auf dem Prinzip des Unschädlichkeitszeugnisses nach Art. 120 EGBGB und §§ 22 ff. AGBGB BW auf (vgl. oben Abschn. A).

b. Betroffene Belastungen

Bei der Bestellung eines Erbbaurechts kann vom Erfordernis der ersten Rangstelle hinsichtlich einer vorrangig eingetragenen Dienstbarkeit (Grunddienstbarkeit, Nießbrauch, beschränkte persönliche Dienstbarkeit), eines Vorkaufsrechts, einer Reallast oder einer eingetragenen altrechtlichen Belastung (Art. 184 EGBGB) abgewichen werden, wenn das Grundbuchamt festgestellt hat, dass dies weder für den Berechtigten des eingetragenen Rechtes noch für den Bestand des Erbbaurechts schädlich ist.

c. Zuständigkeit und Antragsberechtigung

Für die Erteilung des Unschädlichkeitszeugnisses ist nach § 2 der VO v. 17.1.1994 das Grundbuchamt zuständig, in dessen Bezirk das mit dem Erbbaurecht zu belastende Grundstück liegt. Das Unschädlichkeitszeugnis wird nur auf Antrag des Eigentümers des zu belastenden Grundstücks, bei Bestellung eines Untererbbbaurechts nur auf Antrag des Berechtigten des zu belastenden Erbbaurechts erteilt. Der Antrag ist nur zulässig, wenn die Rangrücktrittserklärung des Berechtigten des bisher eingetragenen Rechtes nicht oder nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erlangen ist, was oft bei altrechtlichen Belastungen der Fall sein wird. Der Berechtigte des zu bestellenden Erbbaurechts muß der nachrangigen Bestellung zustimmen.

Beispiel: Das Erbbaurecht an einem Gebäude soll auf Flst. 100 Gemarkung Musterstadt bestellt werden. Entlang der Nordgrenze befindet sich der Ausübungsbereich eines Wasserleitungsrechts, das durch Dienstbarkeit am gesamten Flst. 100 gesichert ist. Nach § 1 Abs. 2 ErbbauRG wurde vereinbart, dass sich das Erbbaurecht auf den für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks erstreckt.

Das Erbbaurecht kann nur an einem Grundstück im Ganzen bestellt werden. Formulierungsvorschlag für den Antrag auf Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses:

„An das Grundbuchamt Musterstadt

Mit Urkunde vom ... (UR Nr. ... Notar Mustermann in Musterstadt) wurde an dem Grundstück Flst. ... Gemarkung Musterstadt ein Erbbaurecht bestellt.

⁷² Einzelheiten entnommen Meikel/Morvilius, GBO, 11. Aufl. 2015, Einl. B Rn. 276 ff.

⁷³ LG Aachen DNotZ 1969, 563 = MittRhNotK 1968, 542; Winkler, NJW 1992, 2515.

⁷⁴ OLG Frankfurt Rpfleger 1973, 400; Schöner/Stöber (Fußn. 2), Rn 1732.

⁷⁵ OLG Hamburg DNotZ 1967, 373; OLG Hamm DNotZ 1990, 46 = NJW-RR 1989,

717 = OLGZ 1989, 156 = Rpfleger 1989, 232.

⁷⁶ VO v. 17.1.1994 (GBl. S. 49), zuletzt geändert durch Art. 12 des Gesetzes v. 4.5.2009 (GBl. S. 195, 199); Panz, BWNotZ 1998, 16.

⁷⁷ Ebenso Schaal, RNotZ 2009, 569, 595.

Als Grundstückseigentümer beantrage ich die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses nach §§ 1 ff. der Verordnung der Landesregierung über den Rang von Erbbaurechten, wonach bei der Bestellung eines Erbbaurechts vom Erfordernis der ersten Rangstelle hinsichtlich folgender vorrangig eingetragener Dienstbarkeit Grundbuch von Musterstadt Blatt ... Abt. II Nr. ... abgewichen kann. Die Dienstbarkeit ist weder für den Dienstbarkeitsberechtigten noch für den Bestand des Erbbaurechts schädlich. Über der Fläche der Wasserleitung befindet sich Grünflächen, Hausgarten und ein Parkplatz. Zu der Voraussetzung, dass die Rangrücktrittsbewilligung des Berechtigten des bisher eingetragenen Rechtes nicht oder nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erlangen ist, mache ich gemäß § 2 Abs. 2 der Verordnung vom 17.1.1994 folgende Ausführungen: ... Ich bitte um Übersendung einer Ausfertigung des Unschädlichkeitszeugnisses an mich. Kosten trage ich.

Musterstadt, den ...

d. Verfahrensgrundsätze

Das Grundbuchamt hat von Amts wegen Ermittlungen anzustellen (§ 26 FamFG). Dem Berechtigten des betroffenen dinglichen Rechts ist rechtliches Gehör zu gewähren. Bei unbekanntem Berechtigten oder unbekannten Aufenthalts des dinglich Berechtigten kann das Grundbuchamt einen Verfahrenspfleger bestellen, wobei das Grundbuchamt anstelle des Betreuungsgerichts tritt (§ 3 der VO v. 17.1.1994).

Das Unschädlichkeitszeugnis wird erst wirksam, wenn es unanfechtbar geworden ist. Es ist dem Antragsteller, dem Berechtigten des bisher eingetragenen Rechtes oder seinem bestellten Pfleger sowie eventuellen weiteren Beteiligten, die angehört wurden, zuzustellen. Eine ablehnende Entscheidung ist nur dem Antragstel-

ler zuzustellen (§ 3 Abs. 3 der VO v. 17.1.1994). Gegen die ablehnende Entscheidung des Grundbuchamts und gegen die Erteilung des Unschädlichkeitszeugnisses findet die Beschwerde nach den Vorschriften des FamFG statt (§ 3 Abs. 4 der VO v. 17.01.1994 i.d.F. vom 04.05.2009).

e. Formulierungsvorschlag für das Zeugnis:

*„Unschädlichkeitszeugnis
Auf Antrag des Eigentümers von Flst. ... Gemarkung Musterstadt wird festgestellt, dass bei der Bestellung des Erbbaurechts für ... (Bewilligung vom ... des Notars ... UR ...) von dem Erfordernis der ersten Rangstelle abgewichen werden darf, weil die Abweichung von § 10 Abs. 1 ErbbauRG für die vorhergehenden Berechtigten des beschränkten dinglichen Rechts, eingetragen im Grundbuch von Musterstadt Blatt ... Abt. II Nr. ..., und den Bestand des Erbbaurechts unschädlich ist.“*

IV. Wirkung des Zeugnisses und Grundbucheintragung

Das Unschädlichkeitszeugnis wird erst wirksam, wenn es unanfechtbar geworden ist. Das Zeugnis entbindet das Grundbuchamt von dem Erfordernis, das Erbbaurecht erstrangig einzutragen. In der Beschreibung des Erbbaurechts im Erbbaugrundbuch soll auf die vorrangigen Rechte und das Unschädlichkeitszeugnis hingewiesen werden (§ 4 der VO v. 17.1.1994).

Bei einem Verstoß gegen § 10 ErbbauRG ist das eingetragene Erbbaurecht inhaltlich unzulässig und von Amts wegen nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO zu löschen. Nicht möglich ist es, den Mangel der fehlenden ersten Rangstelle durch nachträgliche Eintragung rangändernder Vermerke oder die Löschung bisher vorgehender Rechte oder durch ein Unschädlichkeitszeugnis zu heilen. Die Heilung kann nur durch ranggemäße Neueintragung des Erbbaurechts erfolgen.⁷⁸

⁷⁸ Einhellige Auffassung. Vgl. OLG Hamm DNotZ 1977, 613 = NJW 1976, 2023 = Rpfleger 1976, 131; Gutachten DNotI-Report 1999, 150, 151.

Die Bestellung des Wohnungseigentumsverwalters in der Gemeinschaftsordnung

von Michael Drasdo, Rechtsanwalt, Neuss

Bisher erfolgte bei den so genannten Bauträgerobjekten die Bestellung des Wohnungseigentumsverwalters trotz daran geäußelter Kritik nahezu ausschließlich in der Gemeinschaftsordnung. Die Neuregelung des WEG lässt Zweifel daran aufkommen, ob dies zulässig ist.

I. Einleitung

Die Bestellung eines Verwalters entspricht den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung. Dies galt nach der bisherigen Rechtslage, weil im Hinblick auf § 20 Abs. 1 WEG a. F. diese nicht ausgeschlossen werden konnte. Nunmehr hat der Gesetzgeber in § 9b Abs. 1 S. 1 WEG bestimmt, dass die Wohnungseigentümergeinschaft durch den Verwalter vertreten wird. Gleichzeitig wird die Verwaltung nunmehr nach § 18 Abs. 1 WEG durch die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft und nicht mehr durch die Wohnungseigentümer ausgeübt. Umso mehr dürfte, um eine Handlungsfähigkeit des Verbandes zu sichern, die Bestellung eines Verwalters den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung, deren Beachtung jeder Wohnungseigentümer verlangen kann, entsprechen.

II. Begründung der Wohnungseigentümergeinschaft

Nach alter Rechtslage entstand die Wohnungseigentümergeinschaft, wenn der erste Erwerber neben dem Bauträger in das Wohnungs- oder Teileigentumsgrundbuches eingetragen wurde. Da oftmals im Hinblick auf die so genannten Bauträgermodelle Besitz, Nutzen und Lasten auf die Erwerber vor diesem Zeitpunkt übergangen, was der Konstruktion des § 3 Abs. 2 MaBV geschuldet war, musste eine Bewirtschaftung der Anlage vor diesem Zeitpunkt erfolgen. Die Praxis hat sich insoweit mit der von der Rechtsprechung geschaffenen Konstruktion der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft

geholten¹. Diese begann, sobald ein Erwerber, zu dessen Gunsten aufgrund eines wirksamen Vertrages eine Auflassungsvormerkung eingetragen war, der Besitz durch den veräußernden Bauträger an seinem Sondereigentum eingeräumt wurde.

Nunmehr entsteht die Wohnungseigentümergeinschaft nach § 9a Abs. 2 S. 1 WEG bereits zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt. Maßgeblich ist die Anlegung der Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher. Dies bedingt, dass es nunmehr auch die zur alten Rechtslage überwiegend abgelehnte Ein-Personen-Gemeinschaft gibt. Die Konstruktion der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft ist damit nicht mehr erforderlich. Lediglich im Verhältnis zwischen dem Bauträger und den anderen Wohnungseigentümern gilt der Erwerber nach den alten Voraussetzungen gemäß § 8 Abs. 3 WEG als Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft.

III. Die Bestellung des Verwalters in der Gemeinschaftsordnung nach der alten Rechtslage

Dies bisher herrschende Meinung ging davon aus, dass der Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft durch den aufteilenden Eigentümer bereits in der Gemeinschaftsordnung, demnach vor deren oder der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft Entstehung bestellt werden konnte². Begründet wurde dies damit, dass § 5 Abs. 4 WEG a. F. den Miteigentümern eines Grundstückes im Rahmen der Aufteilung auch bereits das Verhältnis der späteren Wohnungseigentümer zu gestalten, so dass einer Bestellung des Verwalters auf diesem Wege nichts entgegenstehe. Allerdings sollte es sich bei einer solchen Regelung nicht um einen materiellen Bestandteil der Ge-

¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 5. Juni 2008 - V ZB 85/07; BGH, Urteil vom 11. Mai 2012 - V ZR 196/11.

² Vgl. BGH NJW 2002, 3240; BayObLGZ 1974, 275; BayObLGZ 1975, 305; BayObLG NJW-RR 1994, 784; KG WE 1987, 97; Brandenburgisches OLG FGPrax 2002, 101; OLG Düsseldorf ZWE 2001, 386; OLG Oldenburg Rpfleger 1979, 266; OLG Schleswig NJW 1961, 1870.

meinschaftsordnung handeln, weil dies zur Folge gehabt hätte, dass eine Änderung nur durch eine Vereinbarung möglich gewesen wäre³. Dies würde § 26 Abs. 1 S. 1 WEG a. F. widersprechen, da für die Bestellung und Abberufung des Verwalters ein Beschluss vorgesehen sei.

Diese Betrachtungsweise ist nicht ohne Kritik geblieben. Denn das nach § 26 Abs. 1 S. 1 WEG a. F. bestehende Beschlusserfordernis, dass wie die Vertreter der herrschenden Auffassung erkannten, nicht verletzt werden durfte, konnte mit einer Regelung in der Gemeinschaftsordnung nicht umgangen werden. Man hat sich daher dafür ausgesprochen, insoweit von einem schriftlichen Beschlussverfahren im Sinne des § 23 Abs. 3 WEG a. F. auszugehen⁴. Da ein Beschlussverfahren aber die Existenz einer Wohnungseigentümergeinschaft, was zum Zeitpunkt der Erstellung der Gemeinschaftsordnung noch nicht der Fall ist, voraussetzt, konnte auch diese Lösung nicht zutreffen. Schneider⁵ hat sich daher dafür ausgesprochen, von einem Entschluss auszugehen. Im Rahmen der Reform des WEG im Jahre 2007⁶ hatte sich auch Wenzel⁷ dieser Auffassung aus praktischen Erwägungen angeschlossen. Dieser Ansicht konnte aber nicht gefolgt werden, weil der Entschluss im WEG nicht vorgesehen ist⁸. Das WEG kennt nur die Vereinbarung und den Beschluss. Ein Tertium sieht es nicht vor. Daher wurde in der Literatur gefordert, von dieser Methode vollkommen abzuweichen, weil sie sich nicht auf eine gesetzliche Grundlage stützen konnte⁹. Als Lösung wurde vorgeschlagen, die Bestellung in der ersten Versammlung, zu deren Einberufung sich der teilende Eigentümer in der Gemeinschaftsordnung hätte ermächtigen lassen können, durch einen Beschluss vorzunehmen.

IV. Die Rechtslage nach der Reform des WEG im Jahre 2020

Grundsätzlich hat sich durch die jüngere Reform des WEG an der Ausgangslage nichts geändert. Weiterhin sieht § 26 Abs. 1 WEG vor, dass die Bestellung des Verwalters durch einen Beschluss zu erfolgen hat. Ein solcher wird aber mit der Erstellung der Gemeinschaftsordnung nicht gefasst. Der Gesetzgeber hat aber auch mit der Neufas-

sung neben der Vereinbarung und dem Beschluss kein weiteres Entscheidungsinstrument der Wohnungseigentümer in das Gesetz eingeführt. Da es an einem nach § 26 Abs. 1 WEG geforderten Beschluss mangelt, ist die Bestellung des Verwalters in der Gemeinschaftsordnung nicht zulässig.

Durch die Reform des WEG erscheint die Situation aber auch aus anderen Gründen betrachtet werden zu müssen. Nunmehr entsteht die Wohnungseigentümergeinschaft nach § 9a Abs. 2 S. 1 WEG mit der Anlegung der Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher. Der aufteilende Eigentümer bildet dann eine so genannte Ein-Personen-Gemeinschaft. Die werdende Wohnungseigentümergeinschaft gibt es mangels Notwendigkeit nicht mehr. Entsteht eine Wohnungseigentümergeinschaft nach der neuen Rechtslage aber nunmehr zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt und ist aufgrund der Neuordnung von dem Willen des Gesetzgebers auszugehen, die Probleme der Vergangenheit in der Gründungsphase beseitigen zu wollen, müssen auch die Vorgaben des WEG in diesem Zeitpunkt beachtet werden. Dem einzigen Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft, dem aufteilenden Eigentümer, stehen nach der Anlegung der Grundbücher alle Mechanismen des WEG, das dieses für eine Entscheidungsfindung vorsieht, zur Verfügung. Er kann demnach auf einer Wohnungseigentümerversammlung einen Beschluss über die Bestellung des Verwalters fassen. Er muss nur im Rahmen der Abfassung der Gemeinschaftsordnung dafür Sorge tragen, dass er zur Einberufung berechtigt ist. Denn § 24 Abs. 3 WEG, der dies auch einem Wohnungseigentümer aufgrund eines ermächtigenden Beschlusses gestattet, kann noch nicht eingreifen, weil ein solcher Beschluss zu diesem Zeitpunkt nicht besteht. Er kann auch durch eine Vereinbarung in der Gemeinschaftsordnung aus den gleichen Gründen, die sich aus § 26 Abs. 1 WEG ergeben, nicht ersetzt werden. Hingegen ist die Ermächtigung zur Einberufung der Wohnungseigentümerversammlung, weil diese ansonsten nach § 24 Abs. 1 WEG dem Verwalter obliegt, durchaus über eine Vereinbarung in der Gemeinschaftsordnung auf einen Wohnungseigentümer übertragbar¹⁰. Dann besteht das Beschlusserfordernis nicht.

Ob der aufteilende Eigentümer, wenn er die Wohnungseigentümerversammlung mangels Erwerber im Sinne des § 8 Abs. 3 WEG noch alleine abhalten kann, die strengen Vorgaben des BGH, dass mehrere Angebote für die Ver-

³ Vgl. Weitnauer/Lüke, § 26 Rn. 8.

⁴ Vgl. Weitnauer/Lüke, § 26 Rn. 8.

⁵ Vgl. Schneider ZWE 2003, 339.

⁶ Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26. 3. 2007, BGBl I 2007, 370.

⁷ Vgl. Wenzel, FS für Bub, S. 249.

⁸ Vgl. Deckert, FS für Bub, S. 37; F. Schmid, FS für Bub, S. 221.

⁹ Vgl. Drasdo RNotZ 2008, 87; Ott ZWE 2016, 159.

¹⁰ Vgl. Drasdo RNotZ 2008, 87; Ott ZWE 2016, 159; Skauradszun ZWE 2016, 61.

waltung einzuholen¹¹ und diese vor der Versammlung einschließlich der wesentlichen Eckdaten zugänglich sein müssten¹², einhalten muss, erscheint jedoch nicht notwendig. Es mangelt insoweit an der erforderlichen Informationsverpflichtung.

V. Ausblick

Hat man zu der alten Rechtslage noch versucht, die Bestellung des Verwalters in der Gemeinschaftsordnung in

irgendeiner Form und sei es aus praktischen Erwägungen zu rechtfertigen, erscheint dies nach der neuen Rechtslage unter keinen Umständen möglich. Denn nunmehr kann unmittelbar nach der Begründung der Wohnungseigentümergeinschaft mit den Instrumentarien des WEG kurzfristig die Bestellung durch einen Beschluss erfolgen. Dennoch in der Gemeinschaftsordnung vorgenommene Bestellungen dürften nichtig sein und können zumindest zunächst die Eintragung verhindern oder zumindest verzögern. Daher sollte, um dies zu vermeiden, auf den geschilderten Weg zurückgegriffen werden.

¹¹ Vgl. BGH NZM 2011, 515; BGH NJW 2012, 3175; BGH, Urteil vom 24. 1. 2020 - V ZR 110/19.

¹² Vgl. BGH NJW 2015, 1378; BGH, Urteil vom 24. 1. 2020 - V ZR 110/19.

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

Anfechtung des Verlangens nach Entlassung aus dem Amt des Notars

BNotO § 48; BGB §§ 119 ff.

Amtlicher Leitsatz:

Zur Anfechtung einer Entlassung aus dem Amt des Notars auf eigenes Verlangen wegen arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung. (Rn. 5 – 9)

Redaktioneller Leitsatz:

Das Verlangen nach Entlassung aus dem Amt des Notars kann analog §§ 119 ff BGB wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung angefochten werden. (Rn. 5)

BGH (Senat für Notarsachen),

Beschluss vom 20.07.2020 – NotZ(Brfg) 2/20

I. Tatbestand:

1 Der Kläger ist Rechtsanwalt und wurde 1996 zum Notar bestellt.

2 In einem Gespräch vom 23. Mai 2018 eröffnete ihm der Vizepräsident des Oberlandesgerichts C., dass nach Auffassung der Beklagten wegen mehrerer Zwangsvollstreckungsmaßnahmen und zahlreicher Verzögerungen bei der Erledigung notarieller Amtsgeschäfte die Voraussetzungen für eine Amtsenthebung des Klägers gegeben seien. In einem Schreiben vom 27. Mai 2018 bedankte sich der Kläger bei der Beklagten „für das faire Gespräch“ und beanstandete, dass er von der Direktorin des Amtsgerichts und weiteren Bediensteten des Amtsgerichts S. fortlaufend unangemessen behandelt werde. Mit Datum vom 31. Mai 2018 bat er um seine Entlassung aus dem Amt des Notars. Am 11. Juni 2018 händigte ihm der Präsident des Landgerichts V. die Entlassungsurkunde aus, mit der er auf seinen Antrag mit Ablauf des 30. Juni 2018 aus dem Amt als Notar entlassen wurde. Durch Bescheid vom 21. Mai 2019 wurde dem Kläger gestattet, die Amtsbezeichnung „Notar“ mit dem Zusatz „außer Dienst (a.D.)“ weiter zu führen. Mit Schreiben vom 30. Mai 2019, bei der Beklagten per Telefax eingegangen am selben Tag, erklärte der Kläger die Anfechtung seines Entlassungsan-

trags vom 31. Mai 2018 und der Entgegennahme der Entlassungsurkunde am 11. Juni 2018 „aus allen möglichen Rechtsgründen, insbesondere aus Täuschung und Drohung ... (§ 123 BGB)“. Dem trat die Beklagte entgegen.

3 Das Oberlandesgericht hat die gegen die Entlassung erhobene Anfechtungsklage abgewiesen. Die Berufung hat es nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seinem Antrag auf Zulassung der Berufung, mit der er sein Klagebegehren weiterverfolgen möchte.

II. Aus den Gründen:

4 1. Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist zulässig, bleibt in der Sache aber ohne Erfolg. Ein Grund zur Zulassung der Berufung (§ 124a Abs. 5 Satz 2, § 124 Abs. 2 VwGO iVm § 111d Satz 2 BNotO) liegt nicht vor. Entgegen der Auffassung des Klägers bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils. Die Rechtssache weist keine besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten auf und hat auch keine grundsätzliche Bedeutung. Das Urteil weicht nicht von der höchstrichterlichen Rechtsprechung ab, und es liegt auch kein Verfahrensmangel vor.

5 a) Das Verlangen nach Entlassung aus dem Amt des Notars (§§ 48, 47 Nr. 1 BNotO) kann analog §§ 119 ff BGB wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung angefochten werden (*Bremkamp* in Frenz/Miermeister, Bundesnotarordnung und Beurkundungsgesetz, 5. Aufl., § 48 BNotO Rn. 11; *Lerch* in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 48 Rn. 8; vgl. auch Senatsbeschluss vom 31. Juli 2000 – NotZ 13/99, BGHRZ Nr. 24409 [zur Anfechtung der Beendigung des Notaramts nach § 21 DDR-NotVO]). Der Kläger macht geltend, durch eine arglistige Täuschung und eine widerrechtliche Drohung zu seinem Entlassungsantrag bewogen worden zu sein (§ 123 BGB analog).

6 b) Das Oberlandesgericht hat die schlüssige Darlegung eines Anfechtungsgrundes zu Recht verneint.

7 aa) Soweit der Kläger in der Begründung seines Berufungszulassungsantrags vorbringt, dass ihm die ihn betreffende Mitteilung eines Rechtspflegers des Amtsgerichts S. vom 28. März 2018 nicht zur Kenntnis gebracht worden sei, ergibt sich daraus, wie das

Oberlandesgericht zutreffend dargelegt hat, kein tragfähiger Anhalt für eine arglistige Täuschung. In dieser Mitteilung waren keine für seine Entlassung oder Amtsenthebung erheblichen Informationen enthalten, die dem Kläger bei Anbringung seines Entlassungsverlangens nicht bekannt gewesen sind. Von dem Vorwurf der verzögerten Erledigung seiner notariellen Amtsgeschäfte hatte der Kläger Kenntnis. Die kritische, von ihm als Druck und unsachliche Ablehnung empfundene Haltung von Bediensteten des Amtsgerichts S. war ihm, wie unter anderem aus seinem Schreiben vom 27. Mai 2018 hervorgeht, ebenfalls bekannt. Der in der Mitteilung vom 28. März 2018 geäußerte Verdacht, dass der Kläger unter einer Suchterkrankung leiden könnte, wurde nach Ermittlungen des Präsidenten des Landgerichts V. nicht bestätigt und hat für die Entlassung oder Amtsenthebung des Klägers keine Rolle gespielt.

8 bb) Ebenfalls ohne fallentscheidende Bedeutung ist der – nicht näher dargelegte – Vortrag des Klägers, dass seine wirtschaftlichen Schwierigkeiten auf eine zu große Zahl von zugelassenen Notaren in seinem Amtsbezirk zurückzuführen seien. Hieraus ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine widerrechtliche Drohung oder eine arglistige Täuschung.

9 c) Mangels Darlegung eines Anfechtungsgrundes kommt es auf die Wahrung der Anfechtungsfrist und die damit verbundene Frage, ob eine Anfechtung des Entlassungsverlangens wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung binnen Jahresfrist (§ 124 Abs. 1 und 2 BGB analog) oder unverzüglich (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB analog; dafür: *Bremkamp* aaO mwN aus dem Beamtenrecht) erfolgen muss, nicht entscheidungserheblich an.

Beurkundungsverfahren – Teilaufhebung eines Vertrags

GNotKG-KV Nr. 21102 Nr. 2; BGB § 648 S. 2, § 2290;
KostO § 42

Amtlicher Leitsatz:

Die ermäßigte Gebühr nach Nr. 21102 Ziff. 2 KV GNotKG für Beurkundungsverfahren, deren Gegenstand die Aufhebung eines Vertrags ist, findet auf Teilaufhebungen keine Anwendung. (Rn. 15)

BGH (IV. Zivilsenat),
Beschluss vom 09.09.2020 – IV ZB 9/20

I. Tatbestand:

1 Der Kostengläubiger (i.F.: Notar) beurkundete am 21. Juli 2014 die schenkweise Überlassung eines Grundstücks der Beteiligten zu 4 an ihre Tochter, die Beteiligte zu 1. Für die Beteiligte zu 4 und ihren Sohn, den Beteiligten zu 3, sollten Nießbräuche an dem Grundstück bestellt werden. Der Ehemann der Beteiligten zu 4, der Beteiligte zu 2, verzichtete dieser gegenüber auf Pflichtteilergänzungsansprüche wegen in dieser Urkunde oder in der Vergangenheit gemachter Zuwendungen. Außerdem hoben die Beteiligten zu 2 und zu 4 sämtliche Vereinbarungen in allen zwischen ihnen bestehenden Erbverträgen auf, soweit sie den Verfügungen in dieser Urkunde entgegenstanden. Die Beteiligten zu 2 und 4 hatten sich erbvertraglich gegenseitig als Alleinerben eingesetzt.

2 In seiner Kostenrechnung vom 27. Dezember 2018 erhob der Notar für diese Beurkundung eine 2,0 Gebühr nach Nr. 21100 KV GNotKG aus einem Geschäftswert von 1.001.045,50 € in Höhe von 3.630 € netto; dabei blieb die Aufhebung erbvertraglicher Regelungen ohne Wertansatz. Die Notarkasse beanstandete diese Rechnung und vertrat die Auffassung, dass für die Teilaufhebung der Erbverträge ebenfalls eine 2,0 Gebühr gemäß Nr. 21100 KV GNotKG angefallen sei.

3 Auf Anweisung der vorgesetzten Dienstbehörde hat der Notar eine gerichtliche Entscheidung über die Kosten verlangt. Er hat beantragt, die Kostenrechnung um den Ansatz einer zusätzlichen 1,0 Beurkundungsverfahrensgebühr nach Nr. 21102 KV GNotKG aus einem Geschäftswert von 572.026 € in Höhe von 1.095 € netto zu ergänzen. Das Landgericht hat mit Beschluss vom 30. September 2019 die Kostenrechnung dahingehend abgeändert, dass die Beurkundungsverfahrensgebühr nach Nr. 21100 KV GNotKG mit einem 2,0 Gebührensatz aus einem Geschäftswert von 1.573.071 € in Höhe von 5.390 € netto anzusetzen ist. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 2 mit dem Antrag, die Kostenrechnung zu bestätigen, ist erfolglos geblieben. Die Beschwerde des Notars, mit der er seinen erstinstanzlichen Antrag weiterverfolgt hat, hat das Oberlandesgericht ebenfalls zurückgewiesen.

4 Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Notars, mit der er die Bestätigung der Kostenrechnung vom 27. Dezember 2018, hilfsweise die Ergänzung der Kostenrechnung wie in der Vorinstanz beantragt, begehrt.

II. Aus den Gründen:

5 Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

6 1. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung zunächst auf den Beschluss des Landge-

richts Bezug genommen. Das Landgericht ist der Ansicht, dass Nr. 21102 Ziff. 2 KV GNotKG für Vertragsänderungen nicht anwendbar sei, und zwar auch dann nicht, wenn die Änderung aus der (teilweisen) Aufhebung der Bindungswirkung bestehe. Für diese sei daher eine 2,0 Gebühr nach Nr. 21100 KV GNotKG in Ansatz zu bringen gewesen. Ergänzend hat das Beschwerdegericht ausgeführt, der Wortlaut der Kostenstelle spreche nur von „Aufhebung eines Vertrages“, nicht jedoch von der Aufhebung von Teilen des Vertrages. Bestimmungen in Kostenvorschriften seien eng auszulegen, vor allem, wenn sie Ausnahmen von den allgemeinen Vorschriften enthielten. Es sei durchaus sachgerecht, die Aufhebung von Teilen eines Vertrages gebührenrechtlich anders zu behandeln als die Aufhebung eines ganzen Vertrages.

7 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

8 a) Die statthafte Rechtsbeschwerde ist als unbeschränkt zugelassen anzusehen.

9 Das Beschwerdegericht hat die Rechtsbeschwerde zwar nur insoweit zugelassen, „als begehrt wird, dass keine zusätzliche, über eine aus einem Geschäftswert von 572.026 € zu berechnende, über 1.095 € netto hinausgehende Beurkundungsverfahrensgebühr nach KV-21102 zum GNotKG geschuldet ist“. Diese Beschränkung der Zulassung ist aber unzulässig und damit wirkungslos.

10 Die Zulassung der Rechtsbeschwerde kann auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen und damit abtrennbaren Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, wenn der davon betroffene Teil des Streits in tatsächlicher Hinsicht unabhängig von dem übrigen Prozessstoff beurteilt werden kann und nach einer Zurückverweisung eine Änderung des von der beschränkten Zulassung erfassten Teils nicht in die Gefahr eines Widerspruchs zu dem nicht anfechtbaren Teil gerät (vgl. für die Revision: Senatsbeschlüsse vom 13. März 2019 – IV ZR 124/18, VersR 2019, 1134 Rn. 13; vom 9. September 2014 – IV ZR 99/12, VersR 2015, 126 Rn. 8; jeweils m.w.N.). Im Streitfall besteht die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen, weil die Frage, ob für die Beurkundung der Teilaufhebung der Erbverträge eine 2,0 Gebühr nach Nr. 21100 KV GNotKG anzusetzen ist, wie das Beschwerdegericht angenommen hat, unter anderem davon abhängt, ob diese Vertragsklausel und der Rest der Urkunde verschiedene Beurkundungsgegenstände sind und daher überhaupt eine Gebühr aus einem entsprechend erhöhten Geschäftswert anfällt. Diese vom Beschwerdegericht konkludent bejahte Frage ist aber ihrerseits erheblich für die nicht der beschränkten Rechtsbeschwerdezulassung unterliegende Entscheidung, dass die Kostenrechnung mindestens um eine 1,0 Gebühr

nach Nr. 21102 Ziff. 2 KV GNotKG aus einem zusätzlichen Geschäftswert von 572.026 € für diese Vertragsklausel zu erhöhen ist. Es kann nicht darauf abgestellt werden, dass die Beschwerdeentscheidung hinsichtlich dieser Gebühr in Rechtskraft erwachsen und damit für das weitere Verfahren bindend zugrunde zu legen sein könnte. Für die Frage, ob die Beschränkung der Rechtsbeschwerdezulassung nach den genannten Grundsätzen wirksam ist, kommt es aus Gründen der Rechtsmittelklarheit auf den Zeitpunkt der beschränkten Zulassung des Rechtsmittels an (vgl. für die Revision Senatsbeschluss vom 13. März 2019 aaO Rn. 14 m.w.N.). Dem steht nicht entgegen, dass gegen die Beschwerdeentscheidung keine Nichtzulassungsbeschwerde eröffnet ist. Es wäre zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen gewesen, dass eine Zulassung der Rechtsbeschwerde im Übrigen ausnahmsweise auf eine Anhörungsrüge oder befristete Gegenvorstellung – auch des Beteiligten zu 2 – hätte nachgeholt werden können, wenn die Nichtzulassung eine willkürliche Verletzung von Verfahrensgrundrechten des Beschwerdeführers darstellte (vgl. Senatsbeschluss vom 12. Dezember 2012 – IV ZB 26/12, NJW-RR 2013, 256 Rn. 6 m.w.N.). Dies hätte zu einer erneuten Entscheidung über diesen Teil der Kostenrechnung führen können.

11 b) Zulässiger Gegenstand der Rechtsbeschwerde des Notars ist jedoch allein der Hilfsantrag, die Kostenrechnung (nur) um eine zusätzliche 1,0 Beurkundungsverfahrensgebühr nach Nr. 21102 KV GNotKG aus einem Geschäftswert von 572.026 € in Höhe von 1.095 € netto zu ergänzen. Der vom Notar erstmals in der Rechtsbeschwerdeinstanz gestellte Hauptantrag, die Notarkostenrechnung vom 27. Dezember 2018 zu bestätigen, ist unzulässig.

12 Eine Antragsänderung im Rechtsbeschwerdeverfahren ist im Allgemeinen nicht gestattet (§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i.V.m. § 74 Abs. 3 Satz 4 FamFG, § 559 ZPO). In Ausnahme von dieser Regel erachtet der Bundesgerichtshof die Beschränkung oder Modifikation des früheren Antrags als zulässig, soweit sich dies auf einen Sachverhalt stützt, der vom Tatrichter bereits gewürdigt worden ist (vgl. für die Revision Senatsurteil vom 11. Juli 2018 – IV ZR 243/17, VersR 2018, 1119 Rn. 15 m.w.N.; für die Rechtsbeschwerde BGH, Beschluss vom 11. Februar 2016 – V ZB 182/14, juris Rn. 10). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor.

13 Der Hauptantrag der Rechtsbeschwerde zielt nicht auf eine Klarstellung, Berichtigung oder Modifikation des Antrags des Notars ab, der Gegenstand des Beschwerdeverfahrens war. Während dieser darauf gerichtet war, den Ansatz einer 1,0 Gebühr anstelle einer 2,0 Gebühr für die Beurkundung der Teilaufhebung der

Erbverträge zu erreichen, geht der Hauptantrag der Rechtsbeschwerde nunmehr dahin, eine Gebühr für diesen Teil der Beurkundung vollständig auszuschließen. Die Frage, ob die Teilaufhebung der Erbverträge den Geschäftswert erhöht und die Beurkundungsverfahrensgebühr daher auch insoweit anfällt, war bisher nicht Gegenstand des Rechtsmittels des Notars.

14 c) In der Sache hat die Rechtsbeschwerde keinen Erfolg.

15 aa) Das Beschwerdegericht hat zu Recht angenommen, dass für die Beurkundung der teilweisen Aufhebung der Erbverträge eine 2,0 Beurkundungsverfahrensgebühr nach Nr. 21100 KV GNotKG entstanden ist. Die ermäßigte Gebühr nach Nr. 21102 Ziff. 2 KV GNotKG für Beurkundungsverfahren, deren Gegenstand die Aufhebung eines Vertrages ist, findet auf Teilaufhebungen keine Anwendung.

16 (1) Dies entspricht dem Wortlaut des Gebührentatbestands in Nr. 21102 Ziff. 2 KV GNotKG. Die „Aufhebung eines Vertrages“ ist dessen vollständige Beseitigung. Mit diesem Inhalt wird der Begriff auch in anderen gesetzlichen Vorschriften gebraucht, insbesondere um den Rechtszustand nach einer Kündigungserklärung wie etwa in § 648 Satz 2 Halbsatz 2 BGB oder § 651I Abs. 3 Satz 1 BGB zu beschreiben. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ergibt sich auch aus erbrechtlichen Vorschriften kein anderes Verständnis des Wortlauts. So wird in § 2290 BGB, der die Aufhebung von Erbverträgen durch Vertrag regelt, ausdrücklich angeordnet, dass „ein Erbvertrag sowie eine einzelne vertragsmäßige Verfügung [...] aufgehoben werden“ kann; dies zeigt, dass letzteres gerade nicht ohne ausdrückliche Erwähnung von der Aufhebung eines Erbvertrages mit umfasst ist.

17 Damit übereinstimmend erfasst auch nach einhelliger Ansicht der Literatur der Gebührentatbestand der Nr. 21102 Ziff. 2 KV GNotKG nur die Aufhebung des gesamten Vertrages und nicht die Aufhebung einzelner Vertragsregelungen (vgl. *Rohs/Wedewer/Wudy*, GNotKG Anl. 1 KV/Teil 2 21100-21102 Rn. 407, 409 [Stand: März 2020]; *Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG 21. Aufl. KV 21102 Rn. 17; *Fackelmann* in *Schneider/Volpert/Fölsch*, Gesamtes Kostenrecht 2. Aufl. KV GNotKG Nr. 21100-21102 Rn. 86; ders. in *Fackelmann/Heinemann*, GNotKG KV Nr. 21100-21102 Rn. 107; *BeckOK KostR/Felix*, GNotKG § 102 Rn. 14 [Stand: 1. Juni 2020]; *Wilsch* in *Kroiß/Horn/Solomon*, Nachfolgerecht 2. Aufl. Abschn. 25 Rn. 341; *Sommerfeldt* in *Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, GNotKG 3. Aufl. KV 21102 Rn. 16; *Deecke* in *Renner/Otto/Heinze*, Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar, 2. Aufl. Nr. 21102 KV Rn. 5; *Heinemann* in *Burandt/Rojahn*, Erbrecht 3. Aufl. Abschn. 96 GNotKG

Rn. 101; *Bormann*, ZEV 2013, 425, 426; *Diehn*, DNotZ 2013, 406, 432).

18 (2) Die Gesetzessystematik spricht nicht für eine erweiternde Auslegung des Begriffs der Aufhebung eines Vertrages.

19 Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde sieht das KV GNotKG keine Privilegierung für den Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments vor, die aus systematischen Gründen etwa auch auf die Teilaufhebung eines Erbvertrages erstreckt werden könnte. Gemeinschaftliche Testamente sind (Erb-)Verträgen vielmehr gemäß GNotKG Vorb. 2.1.1 Ziff. 2 gebührenrechtlich gleichgestellt; Nr. 21201 Ziff. 1 GNotKG findet daher auf sie keine Anwendung.

20 Auch aus der Verwendung des Begriffs der Aufhebung eines Vertrages in anderen Vorschriften des Gerichts- und Notarkostengesetzes ergibt sich entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde kein anderes Verständnis von Nr. 21102 Ziff. 2 KV GNotKG. Ein solches folgt insbesondere nicht aus § 109 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GNotKG, nach dem die „Aufhebung eines Erbvertrags“ derselbe Beurkundungsgegenstand ist wie die gleichzeitige Neuerrichtung einer Verfügung von Todes wegen. Dies wird weithin so verstanden, dass Gegenstandside ntität auch bestehen soll, soweit es sich nur um die Aufhebung und Neuerrichtung einzelner Verfügungen handelt (vgl. *Korintenberg/Diehn*, GNotKG 21. Aufl. § 109 Rn. 84; *Bormann* in *Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, GNotKG 3. Aufl. § 109 Rn. 56; *BeckOK KostR/Bachmayer*, GNotKG § 109 Rn. 69a [Stand: 1. Juni 2020]). Diese Auslegung beruht jedoch auf Erwägungen zur allein auf den erbrechtlichen Zusammenhang beschränkten Begünstigung des Geschäftswertes für solche gleichzeitigen und quasi spiegelbildlichen Aufhebungs- und Neuerrichtungsverfügungen, die nicht auf den für Verträge im Allgemeinen geltenden Gebührentatbestand der Nr. 21102 Ziff. 2 KV GNotKG übertragbar sind (vgl. *Korintenberg/Diehn* aaO; *Bormann* in *Bormann/Diehn/Sommerfeldt* aaO).

21 (3) Auch die Gesetzgebungsgeschichte lässt keinen Schluss darauf zu, dass die Aufhebung eines Vertrages über den Wortlaut hinaus die Aufhebung einzelner Vertragsbestimmungen erfassen soll.

22 Die für Verträge im Allgemeinen geltenden Gebührentatbestände in Nr. 21100, 21102 KV GNotKG haben für den Erbvertrag die speziellen Gebührenregelungen in § 46 KostO für Verfügungen von Todes wegen ersetzt. Nach § 46 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 KostO fiel für die Aufhebung eines Erbvertrages nur eine halbe Gebühr an. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde kann die Auslegung dieses aufgehobenen Gebührentatbestandes jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht auf

das Verständnis von Nr. 21102 Ziff. 2 GNotKG übertragen werden. Es kommt daher nicht darauf an, ob nach einer Entscheidung aus dem Jahr 1962, die „im Falle der gleichzeitigen Beurkundung einer neuen Verfügung von Todes wegen“ auch die teilweise Aufhebung des alten Erbvertrages unter § 46 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 KostO fassen wollte (vgl. BayObLG BayObLGZ 1962, 390, 394), und der dieser zustimmenden Teile der Literatur (vgl. *Hartmann*, Kostengesetze 42. Aufl. § 46 KostO Rn. 5; *Assenmacher/Mathias*, KostO 16. Aufl. Abschn. E 1.3) das frühere Kostenrecht in diesem Sinne zu verstehen war. Diese Auslegung passte nur die Gebühren für Erbverträge an die Systematik der Kostenordnung im Übrigen an, die für jede Änderung von Verträgen im Allgemeinen eine gebührenrechtliche Privilegierung in § 42 KostO vorsah. Dieses System ist aber mit der Neuregelung des Notarkostenrechts obsolet geworden, denn nach dem Willen des Gesetzgebers sollte die Privilegierung der Vertragsänderung aus § 42 KostO gerade nicht in das Gerichts- und Notarkostengesetz übernommen werden (vgl. BT-Drucks. 17/11471, S. 219).

23 (4) Auch aus dem Zweck des Gebührentatbestands der Nr. 21102 Ziff. 2 KV GNotKG kann nichts Anderes abgeleitet werden. Zu den Zielen des Notarkostenrechts gehört die Gewährleistung leistungsgerechter Gebühren (vgl. BT-Drucks. 17/11471, S. 139). Mit seiner gesamten Struktur will das Gerichts- und Notarkostengesetz einen Zusammenhang zwischen Aufwand des Notars und Höhe der Gebühren herstellen (vgl. BeckOK KostR/Hagedorn, GNotKG KV 21102 Rn. 1a [Stand: 1. Juni 2020]). Die Halbierung der Beurkundungsverfahrensgebühr für Verträge, deren Gegenstand die Aufhebung eines Vertrages ist, soll damit dem reduzierten Aufwand des Notars für diese Beurkundung entsprechen. Dieser geringere Aufwand für die rechtliche Prüfung liegt bei der vollständigen Aufhebung eines Vertrages auf der Hand. Dagegen gibt es keinen

24 Anhaltspunkt dafür, dass dies generell auch für die Aufhebung einzelner Vertragsregelungen gilt; diese macht grundsätzlich eine Prüfung der rechtlichen Auswirkungen der Teilaufhebung auf den verbleibenden Restvertrag erforderlich. Ob im Einzelfall auch eine Teilaufhebung mit einem sehr geringen Prüfungsaufwand einhergehen könnte, ist für den auf zulässigen Generalisierungen beruhenden Gebührentatbestand ohne Bedeutung. bb) Ohne Erfolg bleibt auch die Rüge der Rechtsbeschwerde, die Beschwerdeentscheidung sei entgegen § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i. V.m. § 72 Abs. 3 FamFG, § 547 Nr. 6 ZPO nicht mit Gründen versehen. Dabei kann offenbleiben, ob die Gründe des angefochtenen Beschlusses die Entscheidung tragen, soweit dies den Ansatz einer Beurkundungsverfahrensgebühr für

den Geschäftswert der Teilaufhebung der Erbverträge dem Grunde nach betrifft. Diese Frage war, wie oben ausgeführt, nicht Gegenstand der Beschwerde des Notars. Ob die Entscheidung zur Beschwerde des Beteiligten zu 2, der eine Bestätigung der Kostenrechnung – mit dem dort angesetzten, niedrigeren Geschäftswert – beantragt hat, mit Gründen versehen ist, ist dagegen im Rechtsbeschwerdeverfahren des Notars nicht zu überprüfen, da er insoweit nicht beschwert ist.

25 cc) Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht dem Notar seine eigenen außergerichtlichen Kosten sowie – als Gesamtschuldner mit dem Beteiligten zu 2 – die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens gemäß § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i. V.m. § 84 FamFG auferlegt hat. Eine Befreiung von den Gerichtskosten nach § 130 Abs. 2 Satz 3 GNotKG kam nicht in Betracht. Unabhängig davon, ob die vorgesetzte Dienstbehörde den Notar überhaupt zur Erhebung der Beschwerde angewiesen hat, ist das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass der Notar dieses Rechtsmittel allein aus eigenem Recht eingelegt hat. Laut seiner Beschwerdeschrift hat er selbst Beschwerde einlegen wollen, ohne dies „auf Weisung“ zu tun, und für deren Statthaftigkeit auf die eigene Beschwerde durch einen mit der landgerichtlichen Entscheidung verbundenen Eingriff in seine Unabhängigkeit verwiesen.

Notarkosten und Bearbeitungsgebühren für die Erteilung der Verwalterzustimmung

GNotKG § 29 Nr. 1, § 30 Abs. 1, § 130 Abs. 2; WEG § 12; GBO § 29

Amtlicher Leitsatz:

Die Kostenhaftung nach § 30 Abs. 3 GNotKG ist beschränkt auf die Kosten des Beurkundungsverfahrens, in dem die Übernahme erklärt wird, einschließlich der Kosten des Vollzugs dieser Urkunde und auf das Verfahren bezogener Betreuungstätigkeiten; mittelbare Vollzugskosten, die durch weitere notarielle Tätigkeiten entstehen, wie etwa Gebühren für die Beglaubigung der Unterschrift unter der Verwalterzustimmung nach § 12 WEG oder unter einer Löschungsbewilligung, werden hiervon nicht erfasst. (Rn. 14 – 19)

BGH (V. Zivilsenat),

Beschluss vom 10.09.2020 – V ZB 141/18

► I. Tatbestand:

1 Der Beteiligte zu 1 (nachfolgend Notar) beurkundete am 13. Mai 2015 einen Vertrag, mit dem die Beteiligten zu 2 und 3 eine Eigentumswohnung an die Beteiligte zu 4 verkauften. Die Wirksamkeit der Veräußerung setzte die Zustimmung des Verwalters der Wohnungseigentumsgemeinschaft, des Beteiligten zu 5, voraus. Im Grundbuch war für die Beteiligte zu 6 eine Grundschuld eingetragen, die nach den vertraglichen Regelungen zu löschen war. Der Vertrag enthält u.a. folgende Regelung:

„IX. Kosten, Grunderwerbssteuer

Die Kosten dieser Urkunde, der öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und Zeugnisse, der rechtsgeschäftlichen Genehmigungen sowie des grundbuchamtlichen Vollzugs trägt der Käufer.

...

Die Kosten der Lastenfreistellung trägt der Verkäufer.

Die anfallenden Notarkosten und etwaige Bearbeitungsgebühren für die Erteilung der Verwalterzustimmung gemäß § 12 WEG sowie für den Nachweis der Verwaltereigenschaft trägt im Verhältnis zum Verkäufer der Käufer. Etwaige Ansprüche des Käufers gegen die WEG-Gemeinschaft auf Erstattung dieser Kosten bleiben unberührt.

Zur Vollzugsgebühr wird, unbeschadet der gesamtschuldnerischen Haftung gegenüber dem Notar vereinbart, dass der Verkäufer die durch die Lastenfreistellung entstehenden Mehrkosten trägt.“

2 Der Beteiligte zu 5 erteilte die Zustimmung zu dem Kaufvertrag und bat den Notar um Beglaubigung seiner Unterschrift. Für die Beglaubigung stellte der Notar der Beteiligten zu 4 eine 0,2-Gebühr nach Nr. 25100 KV GNotKG und Auslagen, insgesamt 73,85 €, in Rechnung (Kostenberechnung vom 23. Juni 2015). Ferner holte der Notar bei der Beteiligten zu 6 die Unterlagen für die Löschung der Grundschuld ein. Diese beauftragte den Notar mit der Beglaubigung der Unterschriften ihrer beiden vertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder auf der Löschungsbewilligung und machte ihm zur Auflage, von den Löschungsunterlagen erst nach Eingang des Kaufpreises auf ihrem Konto Gebrauch zu machen. Für diese Tätigkeiten stellte der Notar den Beteiligten zu 2 und 3 einen Betrag in Höhe von 302,14 Euro in Rechnung (Kostenberechnung vom 4. Mai 2017). Dieser setzt sich zusammen aus einer 0,2-Beglaubigungsgebühr nach Nr. 25100 KV GNotKG, einer 0,5-Treuhandgebühr nach Nr. 22201 KV GNotKG und einer anteiligen Zusatzgebühr für die auswärtige Tätigkeit nach Nr. 26002 KV GNotKG zuzüglich Umsatzsteuer. Die Rechnungen wurden bezahlt.

3 Auf Anweisung des Präsidenten des Landgerichts hat der Notar die gerichtliche Entscheidung über diese Kostenberechnungen beantragt. Das Landgericht hat die den Beteiligten zu 2 und 3 erteilte Kostenberechnung hinsichtlich der anteiligen Auswärtsgebühr aufgehoben und die Kostenberechnungen im Übrigen bestätigt. Gegen diesen Beschluss hat der Notar Beschwerde eingelegt, soweit zu seinem Nachteil entschieden wurde. Auf Anweisung des Landgerichtspräsidenten hat er die Beschwerde auf die Frage erweitert, ob die Beteiligten zu 2, 3 und 4 Kostenschuldner sind. Das Oberlandesgericht hat beide Kostenberechnungen insgesamt aufgehoben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde wendet sich der Notar gegen die Beschwerdeentscheidung mit dem Ziel der Bestätigung seiner Kostenberechnungen.

► II. Aus den Gründen:

4 Nach Ansicht des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung unter anderem in ZWE 2018, 399 veröffentlicht ist, hat der Notar die Beteiligten zu 2 bis 4 zu Unrecht als Kostenschuldner in Anspruch genommen. Diese hafteten nicht aus § 29 Nr. 1 GNotKG, weil sie den Notar nicht beauftragt hätten. Die jeweiligen Aufträge seien diesem durch den Verwalter und durch die Grundschuldgläubigerin erteilt worden. Die Haftung folge auch nicht aus § 29 Nr. 2 GNotKG, weil der beurkundete Vertrag keine Erklärung der Kostenübernahme gegenüber dem Notar enthalte; die Regelungen über die Kostentragung beträfen ersichtlich ausschließlich das Innenverhältnis zwischen den Vertragsparteien.

5 Die Beteiligten zu 2 bis 4 hafteten auch nicht aus § 30 Abs. 3 GNotKG. Diese Regelung sei ihrem klaren Wortlaut nach auf die Kosten der Urkunde beschränkt, die die Übernahmeerklärung enthalte, und erfasse weder die Kosten der weiteren notariellen Tätigkeit eines anderen Notars noch die weitere notarielle Tätigkeit des Urkundsnotars selbst, soweit sie nicht der Errichtung der Urkunde mit der Übernahmeerklärung und des Vollzugs dieses Beurkundungsverfahrens diene. Allein bei diesem Verständnis werde die Vorschrift dem Bestimmtheitsgebot gerecht, da nur dann mit der Kostenübernahmeerklärung klar erkennbar sei, für welche Kosten und gegenüber wem haftet werde. Der Gesetzeszweck stehe dieser Auslegung nicht entgegen. Mit der Neuregelung des § 30 Abs. 3 GNotKG habe der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen wollen, dass es widersprüchlich sei, wenn eine Vertragspartei eine Zahlungsverpflichtung gegenüber ihrem Vertragspartner begründe, gegenüber dem Notar die Kostenübernahme aber ablehne. Die Vorschrift stelle daher klar, dass eine

in der Urkunde enthaltene Kostenübernahmeerklärung ohne weiteres auch gegenüber dem Urkundsnotar wirke, und vermeide damit Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall. Dass ein Auseinanderfallen von Innen- und Außenhaftung generell habe verhindert werden sollen, sei nicht erkennbar.

6 Die von den Beteiligten zu 2 bis 4 erklärte Kostenübernahme erfasse daher nur die Kosten, die durch die Beurkundung des Übertragungsvertrags und durch dessen Vollzug entstanden seien. Hierzu gehörten die durch die Beglaubigungen der Verwalterzustimmung und der Löschungsbewilligung der Grundschuldgläubigerin entstandenen Gebühren nicht.

7 Die infolge der Zulassung statthafte (§ 129 Abs. 2, § 130 Abs. 3 GNotKG i. V.m. § 70 Abs. 1, Abs. 2 FamFG) und auch im Übrigen zulässige (§ 71 FamFG) Rechtsbeschwerde hat nur Erfolg, soweit die Kostenberechnung vom 4. Mai 2017 auch in Bezug auf die Treuhandgebühr aufgehoben worden ist; im Übrigen ist sie unbegründet.

8 1. Das Beschwerdegericht nimmt zu Recht an, dass die Beteiligten zu 2, 3 und 4 nicht Schuldner der von dem Notar berechneten Kosten für die Beglaubigung von Unterschriften unter der Verwalterzustimmung bzw. der Löschungsbewilligung sind.

9 a) Rechtsfehlerfrei und von der Rechtsbeschwerde unbeanstandet geht das Beschwerdegericht davon aus, dass die Beteiligten zu 2, 3 und 4 dem Notar für die Kosten weder aus § 29 Nr. 1 GNotKG noch aus § 29 Nr. 2 GNotKG haften, weil sie ihn nicht mit der Beglaubigung der Unterschriften beauftragt haben und die Regelung unter Ziff. IX des beurkundeten Vertrages keine Kostenübernahmeerklärungen gegenüber dem Notar enthält.

10 b) Richtig ist auch, dass die Beteiligten zu 2, 3 und 4 dem Notar nicht nach § 30 Abs. 3 GNotKG für die Kosten der Unterschriftsbeglaubigungen haften.

11 aa) Kostenschuldner nach der genannten Vorschrift ist, wer in einer notariellen Urkunde die Kosten dieses Beurkundungsverfahrens, die im Zusammenhang mit dem Beurkundungsverfahren anfallenden Kosten des Vollzugs und der Betreuungstätigkeiten oder sämtliche genannten Kosten übernommen hat. Allerdings ist in der Rechtsprechung und Literatur umstritten, wie weit die Kostenhaftung der Beteiligten des Beurkundungsverfahrens nach dieser Regelung reicht.

12 (1) Nach einer in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung wird der Umfang der Haftung durch den die Kostenübernahme Erklärenden bestimmt und ist nicht auf die Kosten des Beurkundungsverfahrens beschränkt, in dem die Übernahmeerklärung abgegeben wird, sondern kann auch die Kosten anderer Urkunden desselben oder eines anderen Notars erfassen; entscheidend ist nach dieser Ansicht allein, wer im Ver-

trag welche Kosten für die Vertragsdurchführung übernommen hat (vgl. OLG Celle, NJOZ 2015, 1383, 1385 Rn. 22, allerdings ohne § 30 Abs. 3 GNotKG ausdrücklich zu erwähnen; zustimmend *Strauß*, MittBayNot 2015, 516, 519 sowie *Tiedtke*, ZNotP 2015, 118, 120).

13 (2) Nach der Gegenansicht, der auch das Beschwerdegericht folgt, haftet der Übernahmeschuldner lediglich für die Kosten des Beurkundungsverfahrens, in dem die Übernahmeerklärung abgegeben wird, einschließlich der für den Vollzug dieser Urkunde und auf die Beurkundung bezogene Betreuungstätigkeiten entstehenden Gebühren, nicht aber für Kosten, die durch weitere notarielle Tätigkeiten, namentlich durch weitere Beurkundungen oder Beglaubigungen entstehen (vgl. LG Rostock, Beschluss vom 22. Februar 2018 – 2 OH 15/17, juris Rn. 44; LK-GNotKG/*Heit/Genske*, 2. Aufl., § 30 Rn. 10; Hartmann/Toussaint/*Forbriger*, Kostenrecht, 50. Aufl., GNotKG § 30 Rn. 4; BeckOK KostenR/*Toussaint* GNotKG [01.06.2020], § 30 Rn. 18; Korintenberg/*Gläser* GNotKG, 21. Aufl., § 30 Rn. 16; *Rohs/Wedewer/Wudy*, GNotKG [März 2020], § 30 Rn. 103; *Hügel*, ZWE 2018, 401, 403; *Schmidt*, JurBüro 2018, 643; *Sikora/Strauß*, DNotZ 2019, 596, 617; *Volpert*, RNotZ 2015, 146, 155 f.; *Wudy*, notar 2018, 271, 276; Rundschreiben Nr. 9/2018 der Bundesnotarkammer vom 9. November 2018).

14 (3) Die letztgenannte Auffassung ist richtig. Die Kostenhaftung nach § 30 Abs. 3 GNotKG ist beschränkt auf die Kosten des Beurkundungsverfahrens, in dem die Übernahme erklärt wird, einschließlich der Kosten des Vollzugs dieser Urkunde und auf dieses Verfahren bezogener Betreuungstätigkeiten; mittelbare Vollzugskosten, die durch weitere notarielle Tätigkeiten entstehen, wie etwa Gebühren für die Beglaubigung der Unterschrift unter der Verwalterzustimmung nach § 12 WEG oder unter einer Löschungsbewilligung, werden hiervon nicht erfasst.

15 (a) Bereits der Wortlaut von § 30 Abs. 3 GNotKG spricht dagegen, die Kostenhaftung auf notarielle Tätigkeiten zu erstrecken, die nicht dem Vollzug der die Übernahmeerklärung enthaltenden Urkunde dienen oder zu den Betreuungstätigkeiten zählen, die im Zusammenhang mit der Urkunde stehen. Nach dieser Vorschrift haftet, wer „in einer notariellen Urkunde die Kosten dieses Beurkundungsverfahrens [...] übernommen hat“. Durch die Verwendung des Wortes „dieses“ wird deutlich, dass es sich ausschließlich um Kosten des zuvor genannten Beurkundungsverfahrens handelt. Die Formulierung „oder sämtliche genannten Kosten“ in Absatz 3 ist ersichtlich nicht als Auffangklausel für alle in der Übernahmeerklärung genannten Kosten zu verstehen, sondern fasst die zuvor abschließend aufgezählten Kosten (Kosten des Beurkundungsverfahrens selbst,

des Vollzugs und der Betreuungstätigkeiten) zusammen. Sie stellt klar, dass nicht nur einzelne, sondern auch sämtliche der vorgenannten Kosten übernommen werden können (zutreffend LK-GNotKG/*Heit/Genske*, 2. Aufl., § 30 Rn. 10). Der Übernahmeschuldner haftet daher nach dem Wortlaut von § 30 Abs. 3 GNotKG lediglich für die Kosten der Urkunde, die die Übernahmeerklärung enthält, also namentlich für die Beurkundungsgebühr nach Nr. 21100 ff. KV GNotKG, sowie für die bei Vollzug dieser Urkunde entstehenden Vollzugs- und Betreuungsgebühren (Nr. 22110 ff. und Nr. 22200 f. KV GNotKG).

16 (b) Auch die Entstehungsgeschichte der Norm belegt, dass sich die Kostenhaftung nur auf das konkrete Beurkundungsverfahren beziehen soll. Der Referentenentwurf zu dem Zweiten Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts sah in § 30 Abs. 3 GNotKG-E zunächst nur eine Haftung für die in einer notariellen Urkunde übernommenen Kosten des Beurkundungsverfahrens selbst vor, nicht aber – wie in § 30 Abs. 1 GNotKG-E – für die im Zusammenhang mit dem Beurkundungsverfahren anfallenden Kosten des Vollzugs und der Betreuungstätigkeiten (vgl. Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 11. November 2011 – Zweites Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts, S. 22). Dies hätte, da Vollzugs- und Betreuungstätigkeiten nach § 85 GNotKG nicht zu dem Beurkundungsverfahren gehören, zur Folge gehabt, dass solche Tätigkeiten nicht von der Kostenhaftung erfasst worden wären. Bereits in dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung wurde daher, wie in § 30 Abs. 1 GNotKG-E, die Haftung der Urkundsbeteiligten nach Absatz 3 ausdrücklich über die Kosten des Beurkundungsverfahrens hinaus auf die im Zusammenhang hiermit anfallenden Kosten des Vollzugs und der Betreuungstätigkeiten erstreckt (vgl. BT-Drucks. 17/11471, S. 16). Für die Annahme, dass der Gesetzgeber mit dieser Änderung die Haftung auch auf notarielle Tätigkeiten erstrecken wollte, die nicht zu diesen Vollzugs- oder Betreuungstätigkeiten gehören, namentlich auf weitere Beurkundungsverfahren oder Beglaubigungen, bietet diese Entstehungsgeschichte keine Anhaltspunkte.

17 (c) Auch Sinn und Zweck des Gesetzes legen kein anderes Auslegungsergebnis nahe. Soweit die Rechtsbeschwerde darauf verweist, dass der Gesetzgeber den vor der Einführung von § 30 Abs. 3 GNotKG nach der Kostenordnung möglichen Widerspruch, dass eine Vertragspartei sich einerseits vertraglich zur Kostenübernahme verpflichtete, die Haftung gegenüber dem Notar jedoch ablehnen konnte, habe auflösen wollen, erfordert dies keine erweiternde Auslegung der Norm. Auch bei wortlautgetreuer Auslegung wird der gesetzgeberische Wille eines haftungsrechtlichen Gleichlaufs ge-

wahrt, soweit es um Kosten des konkret in Rede stehenden Beurkundungsverfahrens geht. Ein Beteiligter, der gegenüber einem anderen Beteiligten zur Niederschrift des Notars Kosten dieses Verfahrens übernimmt, kann sich nicht darauf berufen, dass diese Übernahme nur zwischen den Urkundsbeteiligten gilt (vgl. BT-Drucks. 17/11471, S. 249; LK-GNotKG/*Heit/Genske*, 2. Aufl., § 30 Rn. 9; Korintenberg/*Gläser*, GNotKG, 21. Aufl., § 30 Rn. 14; *Leiß* in Fackelmann/Heinemann, GNotKG, 2. Aufl., § 30 Rn. 27). Die Vorschrift gewährleistet somit eine unkomplizierte Ermittlung des Zahlungspflichtigen für die notarielle Beurkundung und die damit zusammenhängenden Durchführungsgeschäfte; Abgrenzungsfragen im Einzelfall werden weitgehend vermieden (vgl. *Rohs/Wedewer/Wudy*, GNotKG [März 2020], § 30 Rn. 15; Korintenberg/*Gläser*, GNotKG, aaO). Lediglich die Kosten, die anlässlich des Vollzugs für weitere notarielle Tätigkeiten anfallen, sind gesondert abzurechnen.

18 (d) Für die Beschränkung der Haftung nach § 30 Abs. 3 GNotKG auf das konkrete Beurkundungsverfahren spricht auch, dass nur auf diese Weise für den Urkundsbeteiligten im Moment der Übernahmeerklärung klar erkennbar ist, für welche Kosten er haftet. Die Kosten der Beurkundung selbst stehen von vornherein fest, und welche der in Teil 2 Hauptabschnitt 2 Abschnitt 1 und 2 KV GNotKG aufgeführten Vollzugs- und Betreuungstätigkeiten voraussichtlich erforderlich sein werden, lässt sich regelmäßig anhand der vertraglichen Vollzugsregelungen ermitteln. Die für diese Tätigkeiten entstehenden Gebühren orientieren sich, soweit es sich nicht ohnehin um Festgebühren handelt, an dem im Zeitpunkt der Haftungsübernahme bekannten Geschäftswert der die Übernahmeerklärung enthaltenden Urkunde. Ob weitere Kosten für notarielle Tätigkeiten anfallen, die nur mittelbar mit dem konkreten Beurkundungsverfahren im Zusammenhang stehen, und, wenn ja in welcher Höhe, ließe sich für den Urkundsbeteiligten hingegen nicht immer im Voraus erkennen. So können für weitere Beurkundungen und Beglaubigungen neben den Entwurfs-, Beurkundungs- und Beglaubigungsgebühren auch nicht absehbare, unter Umständen erhebliche Nebenkosten anfallen, deren Entstehen noch dazu allein auf ein besonderes Verlangen der jeweiligen Auftraggeber dieser weiteren Geschäfte zurückgehen kann, wie z.B. Fahrtkosten (KV 32006), Tage- und Abwesenheitsgelder (KV 32008), Unzeitgebühren (KV 26000) oder – wie hier – Auswärtsgebühren (KV 26002).

19 (e) Für die Regelung in § 30 Abs. 3 GNotKG verbleibt auch bei diesem am Wortlaut orientierten Verständnis noch ein Anwendungsbereich neben Absatz 1 der Norm, etwa bei unterschiedlichen Inhalten der Erklärungen der

Urkundsbeteiligten, namentlich in dem Fall, dass der Beteiligte in der Urkunde nur rechtsgeschäftliche Kostenerklärungen abgibt und damit nach § 30 Abs. 1 und 2 GNotKG nur die Kosten zu tragen hat, die für die isolierte Beurkundung dieser Erklärungen angefallen wären. So wird etwa der Angebotsempfänger, in dessen Namen in der Angebotsurkunde lediglich die Kostenübernahme erklärt wird, für dieses Beurkundungsverfahren, d.h. für das Hauptgeschäft, regelmäßig – anders als für seine Annahmeerklärung – nicht als Erklärungsschuldner nach § 30 Abs. 1, wohl aber als Übernahmeschuldner nach § 30 Abs. 3 GNotKG haften (vgl. *Rohs/Wedewer/Wudy*, GNotKG [März 2020], § 30 Rn. 108; *Korintenberg/Gläser*, GNotKG, 21. Aufl., § 30 Rn. 16).

20 bb) Das Beschwerdegericht geht nach diesen Maßstäben zutreffend davon aus, dass die Beteiligten zu 2, 3 und 4 nicht Schuldner der von dem Notar berechneten Kosten für die Unterschriftsbeglaubigungen sind.

21 (1) Welche Tätigkeiten zu dem Vollzug eines Geschäfts gehören oder als Betreuungstätigkeit im Zusammenhang mit dem Geschäft anzusehen sind und somit die Vollzugs- bzw. Betreuungsgebühr auslösen, ist in Teil 2, Hauptabschnitt 2 des Kostenverzeichnisses zum GNotKG abschließend geregelt. So zählt zwar die Einholung der Zustimmung des Verwalters bzw. der Löschungsbewilligungen von Grundpfandrechtsgläubigern einschließlich der Fertigung des Entwurfs gemäß Vorbemerkung 2.2.1.1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 und Nr. 9 KV GNotKG noch zu den Kosten des Vollzugs, nicht aber die dort nicht genannte Beglaubigung der Unterschriften des Verwalters bzw. des Grundpfandrechtsgläubigers, die ein unter Hauptabschnitt 5, Abschnitt 1 Nr. 25100 KV GNotKG fallendes sonstiges Geschäft ist (zutreffend *Rohs/Wedewer/Wudy*, GNotKG [März 2020], § 30 Rn. 104; aA *Schneider/Volpert/Fölsch/Leiß*, *Gesamtes Kostenrecht*, 2. Aufl., GNotKG § 29 Rn. 22). Dass ein Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung regelmäßig nur dann vollständig durchgeführt werden kann, wenn die Verwalterzustimmung und ggf. auch die Löschungsbewilligungen für Grundpfandrechte in der Form des § 29 GBO vorliegen, stellt die Beglaubigung der Unterschriften unter diesen Erklärungen zwar in einen mittel-

baren Zusammenhang mit dem Vollzug des Kaufvertrages, führt aber nicht dazu, dass die Beglaubigung selbst als Vollzug „dieses Beurkundungsverfahrens“ i.S.v. § 30 Abs. 3 GNotKG anzusehen wäre.

22 (2) Die Beglaubigung der Unterschrift unter der Zustimmungserklärung des Beteiligten zu 5 gehört daher ebenso wie die Beglaubigung der Unterschriften der Vertretungsberechtigten der Beteiligten zu 6 unter den Löschungsbewilligungen nicht zu dem Vollzug des Verfahrens der Beurkundung des zwischen den Beteiligten zu 2 und 3 und der Beteiligten zu 4 geschlossenen Wohnungskaufvertrages. Entsprechendes gilt für die anteilige Zusatzgebühr für die auswärtige Tätigkeit, die ihren Ursprung in der Beglaubigung hat. Das Beschwerdegericht hat zu Recht die Kostenberechnungen insoweit aufgehoben bzw. die Aufhebung durch das Landgericht bestätigt.

23 2. Rechtsfehlerhaft ist aber die nicht näher begründete Ansicht des Beschwerdegerichts, dass die Beteiligten zu 2 und 3 auch nicht für die – der Höhe nach nicht beanstandete und richtig berechnete – Treuhandgebühr nach Nr. 22201 KV GNotKG haften, die für die Beachtung der von der Beteiligten zu 6 erteilten Auflage angefallen ist, von der Löschungsbewilligung erst nach Zahlung des Ablösebetrages Gebrauch zu machen. Die Beachtung einer solchen Auflage ist eine mit dem konkreten Beurkundungsverfahren im Zusammenhang stehende Betreuungstätigkeit, für die die Beteiligten zu 2 und 3 schon nach § 30 Abs. 1 GNotKG haften (vgl. OLG Köln, *BWNotZ* 2018, 30, 31; OLG Düsseldorf, *BeckRS* 2018, 31615 Rn. 3; *Rohs/Wedewer/Wudy*, GNotKG [März 2020], KV 22201 Rn. 38; *Schneider/Volpert/Fölsch/Leiß*, *Gesamtes Kostenrecht*, 2. Aufl., GNotKG § 30 Rn. 19; *Sikora/Strauß*, *DNotZ* 2019, 596, 617). Zudem haften sie dem Notar, da sie die Kosten der Lastenfreistellung im Innenverhältnis zu der Käuferin übernommen haben, für die Treuhandgebühr auch als Übernahmeschuldner nach § 30 Abs. 3 GNotKG (vgl. LG Düsseldorf, *RNotZ* 2016, 197, 198 f.; *Rohs/Wedewer/Wudy*, GNotKG [März 2020], § 30 Rn. 103 und KV 22201 Rn. 38). Insoweit war die Kostenberechnung des Notars daher zu bestätigen.

ERBRECHT

Ehegatten-Testament mit Schlusserbenbestimmung und Änderungsvorbehalten – Bindungswirkung –

BGB § 2270 Abs. 1, § 2271 Abs. 2, § 2289

Amtliche Leitsätze:

1. Zur Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments, in dem sich die Ehegatten eine Änderung der Schlusserbeneinsetzung ihres einzigen Kindes auch für den Fall vorbehalten hatten, dass es „mit unserem Sohn zu familiären Zuwiderhandlungen kommt“. (Rn. 14 und 19)

2. Zu den tatsächlichen Voraussetzungen einer auf einen solchen Widerrufsvorbehalt gestützten Änderungsberechtigung des letztverstorbenen Elternteils, wenn in der Neutestierung des überlebenden Ehegatten das Vorliegen von „familiären Zuwiderhandlungen“ im Wesentlichen mit der mangelnden Kontaktpflege des Sohnes begründet wird. (Rn. 20 – 22)

3. Unabhängig davon, welche gemeinsamen Vorstellungen der Ehegatten über Art und Ausmaß eines nicht mehr tolerablen Störverhaltens ihres Sohnes zu einem solchen Widerrufsvorbehalt geführt haben, gehört die von den Eheleuten damit übereinstimmend verfolgte Zielsetzung zu den tatbestandlichen Voraussetzungen der Änderungsklausel mit der Folge, dass der überlebende Ehegatte hieran eben auch in Bezug auf die Beweggründe gebunden ist, von denen er sich bei der Ausübung seiner Änderungsbe fugnis leiten lässt. (Rn. 28)

4. Es liegt offenkundig jenseits dieser übereinstimmenden Zielsetzung der Ehegatten, wenn der Erblasser nach dem Tod der Ehefrau eine derartige Änderungsklausel ausschließlich bzw. vorrangig dazu nutzen will, nunmehr zur hälftigen Miterbin (neben dem Sohn) seine langjährige Lebensgefährtin zu berufen, mit der er bereits wenige Jahre nach dem gemeinschaftlichen Testament eine außereheliche Beziehung eingegangen war, welche – voraussehbar – auch zu einem tiefgreifenden Konflikt zwischen dem Erblasser und seinem Sohn geführt hatte. (Rn. 30)

OLG Bamberg (3. Zivilsenat),
Beschluss vom 09.10.2020 – 3 W 43/20

I. Tatbestand:

1 Der Erblasser war verheiratet mit der am 19.05.2013 vorverstorbenen Christiane L. (fortan auch nur: Ehefrau). Aus der Ehe war der Beteiligte zu 1 als einziges Kind hervorgegangen.

2 Mit gemeinschaftlichem Testament vom 18.08.1999 (künftig nur: Testament I) – nach über 50jähriger Ehezeit – hatten beide Eheleute den Beteiligten zu 1 zum Allein erben nach dem Tod des Letztversterbenden von ihnen berufen. Ergänzend zu dieser Schlusserbenanordnung enthält das Testament die folgenden Bestimmungen (Bl. 6 d.A.):

„Erben außerhalb der Familie kommen nicht in Frage und somit hat unser Sohn R. vollen Anspruch auf das vorgenannte Erbgut.

Im Falle, daß die Eigentumswohnung verkauft werden muß und der Erlös für eine Heimunterkunft für uns benötigt wird, können wir eine Testamentsänderung jederzeit zu unseren Gunsten, auch ohne Einverständnis des Sohnes vollziehen und ändern.

Auch im Fall, dass es mit unserem Sohn zu familiären Zuwiderhandlungen kommen sollte, sind wir berechtigt das Testament zu annullieren.“

3 Die Beteiligte zu 2 ist die Schwägerin der vorverstorbenen Ehefrau des Erblassers. Mit ihr hatte der Erblasser seit 2004 ein außereheliches Verhältnis (einschließlich gemeinsamer Urlaubsreisen) unterhalten, unter welchem die Ehefrau auch nach dem Eindruck der Tochter H. der Beteiligten zu 2 „bis zu ihrem Tod sehr gelitten hatte“ (Bl. 61, 62). In diesem Konflikt zwischen seinen Eltern hatte der Beteiligte zu 1 von Anfang an auf der Seite seiner Mutter gestanden.

4 Mit notariellem Testament vom 07.01.2014 (Bl. 12 ff. d.A.) hatte der Erblasser die Beteiligten als Miterben je zur Hälfte eingesetzt.

5 Der Entwurf für dieses Testament (im folgenden: Testament II oder Einzeltestament) war (spätestens) schon im November 2013 von den jetzigen Bevollmächtigten der Beteiligten zu 2 in Auftrag gegeben und bereits am 23.12.2013 an den Erblasser übermittelt worden (vgl. Bl. 73, 73R der beigezogenen Nachlassakte 53 VI 1216/13 mit dem dortigen Vermerk über die Anhörung des Erblassers am 04.12.2013 sowie S. 2 des Testaments II = Bl. 12R). 6 Im Abschnitt „§ 1 Vorbemerkungen“ der notariellen Urkunde vom 07.01.2014 wird zu den Beweggründen des Erblassers u.a. ausgeführt:

„Ich habe seit ca. 9 Jahren eine enge Freundschaft mit Frau K. (= Beteiligte zu 2)..., die mich jeden Tag besucht und sich um mich kümmert.

Mit meiner verstorbenen Ehefrau habe ich unterm 18.08.1999 ein privatschriftliches gemeinschaftliches Tes-

tament errichtet. In diesem Testament haben wir unseren Sohn R. L. zu unserem Schlusserben berufen, uns jedoch vorbehalten, das Testament zu widerrufen, falls es mit unserem Sohn zu „familiären Zuwiderhandlungen“ kommen sollte.

Mein Sohn R. L. hat mich in den letzten 2 Jahren nur viermal besucht und sich in den letzten 2 Jahren auch sonst nicht um mich gekümmert. Hierin sehe ich eine „familiäre Zuwiderhandlung“, die mich berechtigt, das vorgenannte privatschriftliche Testament abzuändern.“

7 Gestützt auf das Testament II strebt die Beteiligte zu 2 die Erteilung eines Erbscheins an, wonach der Erblasser von den beiden Beteiligten je zur Hälfte beerbt wird (Bl. 35 d.A.). Hierzu lässt sie vorbringen:

8 Die Berechtigung des Erblassers zu einer Abänderung des Testaments I ergebe sich daraus, dass die dortige Öffnungsklausel bereits bei „jedweder Art des Fehlverhaltens“ des Beteiligten zu 1 gegenüber seinen Eltern eingreife. Unter diesem Gesichtspunkt gehe es zu Lasten des Beteiligten zu 1, dass er sich auch nach dem Schlaganfall des Erblassers im Jahr 2008 so gut wie nicht um seinen Vater gekümmert, ihn vielmehr nur einige wenige Male, jedoch weder zu seinem 90. Geburtstag, noch zu Weihnachten noch zu anderen Feiertagen besucht habe. Das sei auch nach dem Tod der Mutter so gewesen.

9 Demgegenüber beantragt der Beteiligte zu 1 einen Erbschein, der ihn als Alleinerben ausweist (Bl. 44 f. d.A.). Der Beteiligte zu 1 trägt vor, dass das gemeinschaftliche Testament für den Erblasser bindend gewesen sei und dessen Ehefrau nicht damit einverstanden gewesen wäre, dass nach ihrem Tod die Beteiligte zu 2 Miterbin werde, da diese die Ehe gestört habe. Der Beteiligte zu 1 habe in diesem elterlichen Konflikt für seine Mutter Partei ergriffen. Außerdem sei der Erblasser bei Errichtung des notariellen Testaments testierunfähig gewesen.

10 Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 19.07.2019 die zur Begründung des Erbscheinsantrags der Beteiligten zu 2 erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet und den Antrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen (Bl. 73 ff. d.A.).

11 Zur Zeit der Errichtung des Testaments vom 07.01.2014 habe keine Bindungswirkung mehr bestanden. Die Klausel im gemeinschaftlichen Testament, dass „bei familiären Zuwiderhandlungen“ des Sohnes das Testament „annulliert“ werde dürfe, sei so zu verstehen, dass bei einem ernsthaften Verstoß gegen den familiären Zusammenhalt das Testament geändert werden dürfe. Von einem solchen Verstoß sei hier auszugehen: Es sei zwar nachvollziehbar, dass der Beteiligte zu 1 sich auf die Seite der Mutter gestellt habe, als sich der

Erblasser der Beteiligten zu 2 zugewendet hatte. Allerdings habe der Beteiligte zu 1 auch nach dem Tod der Mutter keinen Kontakt mehr zu dem Erblasser aufgenommen. Der Beteiligte zu 1 sei bei der Anhörung des Erblassers im Nachlassverfahren betreffend seine Ehefrau am 04.12.2013 zugegen gewesen; bei dieser Anhörung habe sich der Erblasser darüber beschwert, dass er vom Beteiligten zu 1 in den letzten zwei Jahren nur viermal besucht worden sei. Trotzdem habe sich der Beteiligte zu 1 dafür entschieden, den Kontakt zum Erblasser nicht mehr aufzunehmen und selbst zum 90. Geburtstag des Vaters kein Zeichen der Verbundenheit erkennen zu lassen. Keine Rolle spiele, dass die Änderung des Testaments, so wie hier geschehen, nicht im Sinn der Ehefrau gewesen sei. Der Erblasser sei zur Zeit der Errichtung des notariellen Testaments auch testierfähig gewesen. Die erkennende Richterin habe bei der Anhörung am 04.12.2013 selbst einen Eindruck von der geistigen Verfassung des Erblassers gewonnen (S. 6 des Ausgangsbeschlusses = Bl. 79 d.A.).

12 Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 1, der das Nachlassgericht – nach Erholung eines psychiatrischen Gutachtens zur Frage der Testierfähigkeit des Erblassers – mit Beschluss vom 17.06.2020 (Bl. 321 ff. d.A.) nicht abgeholfen hat.

II. Aus den Gründen:

13 Die nach § 58 FamFG statthafte und auch sonst zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg, weil die angefochtene Entscheidung in der maßgebenden Ausgangsfrage, ob der Erblasser überhaupt zu einer vom Testament I abweichenden Neutestierung befugt war, weder mit der beanstandeten noch mit einer anderen Begründung aufrechterhalten werden kann.

14 1. Bei der im Testament I ausgesprochenen Schlusserbenbestimmung handelt es sich um eine wechselbezügliche Verfügung beider Ehegatten mit der Folge, dass der Erblasser nach dem Tode seiner Ehefrau hieran gebunden war (§§ 2270 I, II; 2271 II BGB). Eine rechtswirksame Änderung der Schlusserbenanordnung im Testament II war daher nur unter der Voraussetzung möglich, dass die auf eine „familiäre Zuwiderhandlung“ bezogene Annullierungsklausel des gemeinschaftlichen Testaments nicht nur einen Änderungsvorbehalt (vgl. dazu Palandt-Weidlich, 79. Auflage, Rn. 20ff. zu § 2271 BGB) auch zugunsten des Letztversterbenden beinhaltet, sondern sich unter Beachtung der maßgebenden Auslegungsregeln zugleich dahin verstehen lässt, dass nach der übereinstimmenden Intention beider Eheleute auch und gerade ein (Fehl-)Verhalten des Beteiligten zu 1,

wie es ihm vorliegend angelastet wird, dem überlebenden Ehegatten die Möglichkeit einer Neutestierung eröffnen sollte.

15 2. Schon das Vorliegen eines „einseitigen“ Widerrufsvorbehalts bedarf näherer Begründung.

16 a) Der Wortlaut („sind wir berechtigt“) sowie die im Stil einer Rechtfertigung gegenüber dem Beteiligten zu 1 gehaltene Ausdrucksweise des Testaments I sprechen dafür, dass die Ehegatten der Meinung waren, ihr Testament nur gemeinsam (also bis zum Tod des Erstversterbenden) abändern zu können. Danach ist sogar fraglich, ob ihnen überhaupt bewusst gewesen war, zu einer gemeinsamen Abänderung (zu Lebzeiten beider) jederzeit und ohne weitere Voraussetzungen befugt zu sein, wie das Erstgericht ohne nähere Begründung annimmt (vgl. S. 3 des Nichtabhilfebeschlusses vom 17.06.2020).

17 Zudem hatten die Ehegatten einleitend betont, dass „Erben außerhalb der Familie nicht in Frage kommen“ würden, das Vermögen mithin in der Familie bleiben solle. Außerdem hatten sie klar zum Ausdruck gebracht, dass es ihnen zugleich um eine wirtschaftliche Absicherung des Beteiligten zu 1 ging, der „vollen Anspruch auf das vorgenannte Erbgut“ haben sollte. Dahinter stand offenkundig auch die gemeinsame elterliche Sorge aufgrund der Minderbegabung des Beteiligten zu 1, der nach den Angaben der Zeugin P., der Betreuerin des Erblassers, „an einer Art Downsyndrom“ leidet und sich deshalb auch „schwer mit dem Sprechen tut“ (Protokoll vom 25.06.2019, dort S. 2 = Bl. 58 d.A.). Folgerichtig bleibt der erste, gleich anschließend benannte Abänderungsgrund auf den singulären und außergewöhnlichen Fall des Eintritts einer eigenen existenzbedrohenden Notlage („dass die Eigentumswohnung verkauft werden muß ...“) beschränkt. Alle diese Umstände lassen nur den Schluss zu, dass die Ehegatten auch (bzw. erst recht) mit dem nachfolgenden Tatbestand einer „familiären Zuwiderhandlung“ einen gleich schwer wiegenden – extremen – Ausnahmesachverhalt gemeint und damit ebenfalls die Vorgabe einer „ultima ratio“ verknüpft hatten.

18 b) Dieses Auslegungsergebnis schließt nicht aus, dass auf beide Abänderungsgründe jeweils auch die Annahme eines einseitigen Änderungsvorbehalts zugunsten des Letztversterbenden gestützt werden kann. Ein solches Verständnis aber wird dem erkennbaren Willen beider Ehegatten jedenfalls nur gerecht, soweit im Blick behalten wird, dass auch der hier einschlägige Anlasstatbestand erst dann eine Änderungsbefugnis für den Letztversterbenden begründen sollte, wenn ihm nur noch auf diese Weise eine adäquate Reaktionsmöglichkeit mit „ultima ratio“-Charakter eröffnet sein würde.

19 3. Hiernach lassen die Darlegungen des Nachlassgerichts schon im Ausgangspunkt eine nähere Auseinandersetzung mit der entscheidenden Frage vermissen, welche übereinstimmenden Vorstellungen beider Ehegatten mit dem laienhaft formulierten Tatbestand einer „familiären Zuwiderhandlung“ verbunden hatten; dies betrifft sowohl die Anforderungen an die Stoßrichtung wie an die Qualität bzw. Intensität eines etwaigen Störverhaltens des Beteiligten zu 1. a) Wie im Vorbringen der Beteiligten zu 2 konsequent ausgeblendet wird, hat es bei der Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments ausschließlich auf die übereinstimmenden Vorstellungen der Ehegatten zur Zeit der Testamentserrichtung anzukommen (BGHZ 112, 229). Als weitere Vorgabe kommt hinzu, dass ein nach dem Willen des einen Ehegatten mögliches Auslegungsergebnis mit der Einstellung des anderen Teiles abzugleichen ist: Lässt sich nämlich – entgegen der Lebenserfahrung – eine Übereinstimmung der beiderseitigen Vorstellungen und Absichten nicht feststellen oder lag eine solche nicht vor, dann muss auf den Willen gerade desjenigen Erblassers abgestellt werden, um dessen testamentarische Verfügung es geht. Hierbei hat entsprechend § 157 BGB eine Beurteilung aus der objektiven Sicht (Empfängerhorizont) des anderen Ehegatten stattzufinden: Dieser muss die Möglichkeit haben, sich bei seinen Verfügungen auf diejenigen des anderen Teiles einzustellen und umgekehrt (BGH NJW 1993, 256, dort Rn.12). Allein nach diesen Kriterien hat die Beteiligte zu 2 keinen ansatzweise schlüssigen Sachvortrag zu einem „tatbestandsmäßigen“ Fehlverhalten des Beteiligten zu 1 unterbreitet.

20 b) Die Ehegatten wollten sich eine Möglichkeit der Abänderung für den Fall vorbehalten, dass der Beteiligte zu 1 seiner „Familie zuwider handeln“, also ein Fehlverhalten einschlagen würde, dass sich gegen die Familie richtet. Es kommt deshalb zunächst darauf an, welche nicht mehr tolerablen Verhaltensweisen ihres – noch dazu minderbegabten – Sohnes sich beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Testierung als derartige gegen ihre Familie gerichtete Verfehlungen vorgestellt hatten.

21 Schon nach dem Wortlaut der von den Ehegatten gewählten Formulierung kommen dafür von vornherein nur Vorgänge in Betracht, die geeignet und nach ihrer objektiven Ausrichtung darauf angelegt waren, den Familienfrieden sowohl nachhaltig wie tiefgreifend zu beeinträchtigen, weil sie die Grundlagen eines gedeihlichen und geordneten Zusammenlebens in der Familie einschließlich des familiären Zusammenhalts untergraben bzw. zu gefährden drohen.

22 Noch entscheidender aber ist, dass die Eheleute bereits aus den dargelegten Gründen der Fürsorge eine Abänderungsbefugnis (erst recht, wenn eine solche

auch zugunsten des jeweils Letztversterbenden gewollt gewesen sein sollte) von vornherein auf außergewöhnlich gelagerte Vorkommnisse beschränkt wissen wollten und hierbei offenbar auch die intellektuelle Minderbegabung ihres Sohnes im Auge hatten: Denn nach dieser Intention können von ihrer gemeinsamen Vorstellung ausschließlich (wiederholte) massive, insbesondere schikanöse Übergriffe sowie vergleichbare krasse Verfehlungen wie etwa schwerste oder jedenfalls schwere Kränkungen umfasst gewesen sein. Von einem solchen Anforderungsniveau sind die vom Erstgericht aufgelisteten „Verfehlungen“, nämlich, dass der Beteiligte zu 1 den Erblasser in den letzten zwei Jahren vor der Anhörung am 04.12.2013 lediglich viermal besucht und sich nach dem Tod der Mutter am 19.05.2013 überhaupt nicht mehr um ihn gekümmert habe, offenkundig weit entfernt. Es geht insoweit „allein“ um den Vorwurf einer vom Erblasser (schmerzlich) vermissten, aber gleichwohl unterbliebenen Kontaktaufnahme. Hierbei stehen noch nicht einmal eine nennenswerte Versorgungslücke oder das Ausbleiben einer sonstigen wünschenswerten Unterstützung des Erblassers im Raum, der nach dem Vorbringen der Beteiligten zu 2) von ihr jeden Tag im Pflegeheim besucht worden sein soll.

23 c) Aber selbst dann, wenn die strengen Vorgaben an das Verfehlungsniveau einmal außer Betracht bleiben, leidet die Einordnung des Erstgerichts daran, dass auch der entscheidende situative Bezugspunkt der angeblichen Versäumnisse des Beteiligten zu 1 in der Auslegung der Abänderungsbestimmung durch das Nachlassgericht keinen adäquaten Niederschlag gefunden hat. Denn die dem Beteiligten zu 1 angelasteten Versäumnisse gehen, wie zwischen den Beteiligten außer Streit steht, ausschlaggebend darauf zurück, dass der Erblasser eine außereheliche Beziehung mit der Schwägerin seiner Ehefrau – nämlich der Beteiligten zu 2 – eingegangen war und dadurch auch das Verhältnis zwischen ihm und dem Beteiligten zu 1 eine tiefgreifende Störung erfahren hatte.

24 Davon geht zwar im Ansatz auch das Nachlassgericht aus, wenn es den Umstand, dass sich der Sohn in diesem Konflikt zwischen seinen Eltern auf die Seite der Mutter gestellt hatte, als „verständliche Reaktion“ würdigt. Hierbei hätte das Erstgericht jedoch nicht stehenbleiben, sondern spätestens an diesem Punkt den Einstieg in eine ernsthafte Gesamtschau der die maßgebende Beurteilungsgrundlage prägenden Gegebenheiten vornehmen müssen.

25 aa) Dazu gehört als zentraler Ausgangspunkt der Umstand, dass die vorgeworfene Kontaktverweigerung zu denjenigen verfestigten Verhaltensweisen gehört, mit denen der Beteiligte zu 1 darauf reagiert hatte, dass

es der Erblasser gewesen war, der mit der Aufnahme und der jahrelangen Unterhaltung einer außerehelichen Beziehung mit der Schwägerin seiner Ehefrau nicht nur die Grundlagen seiner Ehe, sondern auch des familiären Zusammenhalts untergraben, nämlich dadurch offenkundig auch sein Verhältnis zum Beteiligten zu 1 hochgradig belastet und der Gefahr eines endgültigen Zerwürfnisses ausgesetzt hatte. Es wäre somit auch Sache des Erblassers gewesen, den ersten Schritt zu einer ernsthaften Aussöhnung mit dem durch den jahrelangen Ehebruch (tief) verletzten Sohn zu gehen. Dass der Erblasser aber niemals ernsthafte Anstrengungen unternommen hatte, dem (wie es das Amtsgericht ausdrückt) „einfach strukturierten“ Beteiligten zu 1 über diese tiefgreifende Belastung hinwegzuhelfen (und der Beteiligte zu 1 einen solchen Annäherungsversuch zurückgewiesen hatte), wird von der Beteiligten zu 2 selbst nicht behauptet.

26 Demzufolge stellt sich das in Rede stehende Verhalten des Beklagten zu 1 bereits in einem ganz anderen Beziehungsgefüge dar, als es nach der vom Nachlassgericht übernommenen Argumentationslinie der Beteiligten zu 2 den Anschein hat.

27 bb) Aber selbst damit ist der maßgebende Bewertungsrahmen noch keineswegs ausgeschöpft.

28 Denn der den situativen Sachverhaltskern bildende Umstand, dass die dem Beteiligten zu 1 angelastete Kontaktverweigerung auf einer Einstellung beruht, welche objektiv und empathisch betrachtet sich als Folge eines eigenen (schwerwiegenden) Fehlverhaltens des Erblassers gegenüber seiner Ehefrau und der Mutter des Beteiligten zu 1 darstellt, bedarf ebenfalls der Rückkopplung an das Ergebnis der Auslegung des Testaments I, soweit es um die damaligen Vorstellungen und Absichten der vorverstorbenen Ehefrau geht. Es liegt nämlich auf der Hand, dass die (damals schon über 50 Jahre verheirateten) Eheleute bei der Aufnahme des vorliegenden Änderungsvorbehalts die Möglichkeit eines durch die eheliche Verfehlung eines Elternteils ausgelösten Konflikts zwischen dem „Ehebrecher“ und dem Beteiligten zu 1 von vornherein nicht in Erwägung gezogen hatten. Mithin ist auch hier eine Fallgestaltung gegeben, bei der die schon unter Ziff. 3a erwähnte Auslegungsregel eingreift oder jedenfalls für eine Kontrollüberlegung herangezogen werden kann, wonach entsprechend § 157 BGB eine Beurteilung aus der objektiven Sicht (Empfängerhorizont) des (jeweils) anderen Ehegatten stattzufinden hat.

29 Die strikte Umsetzung dieser Vorgabe lässt es jedoch bereits nach der allgemeinen Lebenserfahrung als ausgeschlossen erscheinen, dass auch nur einer der beiden Ehegatten ernsthaft davon ausgegangen sein könnte,

der andere Teil könne eine Befugnis zum Widerruf wegen eines familiären Störverhaltens des gemeinsamen Sohnes selbst für den hier eingetretenen Fall angestrebt haben, dass ein jahrelanger Ehebruch des Überlebenden auch zu einem tiefgreifenden Konflikt zwischen ihm und dem Beteiligten zu 1 führen würde – mit der weiteren Folge der hier in Rede stehenden Kontaktverweigerung des auf der Seite des vorverstorbenen Elternteils stehenden Sohnes.

30 Erst recht (und nahezu denklogisch) muss es als ausgeschlossen gelten, dass der Erblasser bei seiner Ehefrau das Verständnis vorausgesetzt haben könnte, dass der floskelhaft formulierte Änderungsvorbehalt in einem derartigen Konfliktfall dem überlebenden Ehepartner auch noch die Handhabe eröffnen sollte, nunmehr zugunsten des an einem zukünftigen Ehebruch des Letztversterbenden beteiligten Partners zu testieren. Denn eine aus diesem primären Beweggrund vorgenommene Neutestierung steht in offenkundigem Widerspruch zu der gemeinsamen Vorgabe der Eheleute, dass die Befugnis zum Widerruf nur in einem extremen Ausnahmefall und im Sinn einer *ultima ratio*-Maßnahme eröffnet sein sollte (vgl. oben Ziff. 2). Oder anders ausgedrückt: Es liegt offenkundig fernab der von den Eheleuten damit übereinstimmend verfolgten Zielsetzung, dass der Erblasser nach dem Tod der Ehefrau die vorliegende Änderungsklausel ausschließlich bzw. in erster Linie dazu nutzen wollte, nunmehr zur hälftigen Miterbin (neben dem Sohn) seine langjährige Lebensgefährtin zu berufen, mit der er bereits wenige Jahre nach dem gemeinschaftlichen Testament eine außereheliche Beziehung eingegangen war, welche – voraussehbar – auch zu einem tiefgreifenden Konflikt zwischen dem Erblasser und dem Beteiligten zu 1 geführt hatte. Da die Beachtung dieser Zielsetzung zu den tatbestandlichen Voraussetzungen des Widerrufsvorbehalts gehört, war der Erblasser daran eben auch in Bezug auf die Beweggründe gebunden, die ihn bei Ausübung seiner Änderungsbefugnis geleitet hatten. Es ist deshalb keineswegs unerheblich, wie das Erstgericht meint, dass sich der Erblasser mit der Neutestierung zugunsten seiner Lebenspartnerin zugleich über den auch insoweit klar zu Tage liegenden Willen der Ehefrau hinweggesetzt hatte.

31 4. Schließlich beruhen die Feststellungen zum angeblichen Fehlverhalten des Beteiligten zu 1) sowie die darauf aufbauende Bewertung des Nachlassgerichts in weiteren maßgebenden Punkten nicht auf einer tragfähigen Beurteilungsgrundlage. Im Einzelnen:

32 4.1 In der Ausgangsentscheidung war dem Beteiligten zu 1 auch noch vorgeworfen worden, er habe sogar den 90. Geburtstag des Erblassers am 27.12.2014 „ohne

ein Zeichen der Verbundenheit“ verstreichen lassen. Davon ist das Amtsgericht im Hinblick darauf, dass das Testament II bereits vom 07.01.2014 datiert, erst im Nichtabhilfebeschluss abgerückt.

33 4.2 Herausragendes Gewicht will das Nachlassgericht dem Umstand beilegen, dass sich der Erblasser bei seiner richterlichen Anhörung im Nachlassverfahren seiner Ehefrau am 04.12.2013 und in Anwesenheit des Beteiligten zu 1 über dessen mangelnde Kontaktpflege beklagt hatte (S. 6 der Ausgangsentscheidung = Bl. 79). Aber auch diese Würdigung ist nicht auf der Höhe der maßgebenden Aspekte des Geschehens.

34 a) Im damaligen Termin hatte der Erblasser nämlich auch wiederholt erklärt, er wolle, dass die Beteiligte zu 2 Miterbin neben dem Beteiligten zu 1 werde (S. 2 des Vermerks vom 04.12.2013 = Bl. 73R der BA.). Diesen Wunsch hatte er abschließend sogar wie folgt bekräftigt (Vermerk a.a.O.):

„Ich will, dass Frau K. (= die Beteiligte zu 2) und mein Sohn meine Erben sind. Frau K. besucht mich jeden Tag und betreut mich. Ich bin schon 9 Jahre mit ihr zusammen.“

35 Damit hatte der Erblasser nicht nur offengelegt, dass er längst zur Abänderung des Testaments entschlossen war; vielmehr hatte er zugleich klipp und klar zum Ausdruck gebracht, dass sein Entschluss vorrangig, wenn nicht sogar ausschließlich, von dem (nachvollziehbaren) Bestreben getragen war, seinem Dank und seiner Zuneigung gegenüber der Beteiligten zu 2 Ausdruck zu verleihen (und zwar sowohl für ihre Betreuungsaufwand als auch für den langjährigen Zusammenhalt ihrer gemeinsamen Beziehung) sowie dadurch zugleich die Lebensgefährtin für die weitere Zukunft an sich zu binden.

36 Abgerundet wird das in seinem Erklärungsgehalt unmissverständliche Auftreten des Erblassers durch die anschließende Mitteilung des jetzigen Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 2, dass „schon ein Notar eingeschaltet worden“ sei (Vermerk a.a.O.). Dazu wiederum passt der Hinweis auf S.2 des Testaments II (= Bl.12 R), wonach der Entwurf der Urkunde bereits am 23.12.2013 an den Erblasser übermittelt worden war.

37 Bereits nach diesem Verlauf des Anhörungstermins ist die Annahme, der Erblasser könnte die schon damals in die Wege geleitete Neutestierung – wenigstens auch – aufgrund einer außerwöhnlichen Entwicklung angestrebt haben, wie sie sich die Ehegatten als zwingende Voraussetzung einer Abänderungsberechtigung gemeinsam vorgestellt hatten, durchgreifenden Zweifeln ausgesetzt. Hierbei kann sogar die sich unter den vorliegenden Umständen geradezu aufdrängende Frage unerörtert bleiben, in welchem Umfang der (offenbar alsbald nach dem Tod der Ehefrau gefasste) Entschluss des

Erblässers auf einer (ständig begleitenden) Einflussnahme seiner ihn betreuenden Lebensgefährtin und ihrer Mitwirkung bei der konkreten Umsetzung seines Entschlusses beruht hatte.

38 b) Ebensowenig – und bereits aus den soeben dargelegten Gründen – ist Raum für die Ansicht des Erstgerichts, ein „ernster Verstoß des Beteiligten zu 1 gegen den Familienzusammenhalt“ sei jedenfalls daraus herzuleiten, dass er sich selbst nach dem Anhörungstermin am 04.12.2013 weiterhin nicht (mehr) um seinen Vater gekümmert habe (vgl. S. 6 der Ausgangsentscheidung = Bl. 79 und S. 4 des Nichtabhilfebeschlusses = Bl. 324).

39 aa) Der (ohnehin nur für die folgende kurze Zeitspanne bis zum 07.01.2014 diskutabel) Vorwurf leuchtet schon deshalb nicht ein, weil es an der notwendigen „Appellqualität“ der Äußerungen des Erblässers fehlt: Zwar hatte der Erblasser einleitend eine Wiederaufnahme der Besuche des Beteiligten zu 1 angemahnt. Andererseits waren seine offenherzigen Mitteilungen über die beabsichtigte Neutestierung zugunsten seiner Lebensgefährtin – objektiv und empathisch gesehen – geeignet und darauf angelegt, die durch den jahrelangen Ehebruch mit eben dieser Lebenspartnerin ausgelösten Verletzungen des Sohnes noch zu verstärken. Unter anderen Umständen hätte die Schlussbemerkung des Erblässers sogar eine ausgesprochene Tatklosigkeit gegenüber dem Beteiligten zu 1 bedeutet.

40 Hiernach kann dahinstehen, ob die Mitteilungen des Erblässers aus der objektiven Sicht eines Betroffenen in der Situation des Beteiligten zu 1 nicht ohnehin dahin aufgefasst werden mussten (wozu der Senat auch neigt), der Erblasser sei in jedem Fall, also „so oder so“, zu der angekündigten Neutestierung fest entschlossen und werde sich deshalb von diesem (wohl schon kurz nach dem Tod der Ehegattin spruchreif gewordenen) Vorhaben auch durch eine etwaige Wiederaufnahme der Besuche seines Sohnes usw. keinesfalls abbringen lassen.

41 bb) Darüber hinaus bleiben in der Würdigung des Amtsgerichts noch weitere die Lage des Beteiligten zu 1 prägende Gegebenheiten unberücksichtigt: Zunächst die Tatsache, dass der Tod der Mutter und Ehefrau des Erblässers damals gerade erst 6 1/2 Monate zurücklag. Zum zweiten der sogleich noch zu vertiefende Umstand, dass der Beteiligte zu 1 an einer intellektuellen Minderbegabung leidet und es allein aus diesem Grund nahe liegt, jedenfalls nicht auszuschließen ist, dass er auch mit der situationsgerechten Erfassung der Vorgänge im Anhörungstermin schlicht überfordert gewesen war.

42 4.3 Sodann und vor allem lässt sich der Vorwurf eines „ernsten Verstoßes des Beteiligten zu 1 gegen den Familienzusammenhalt“ auch weder in Einklang brin-

gen mit der geistigen Behinderung des Beteiligten zu 1 noch mit seiner persönlichen Betroffenheit über die bedrückende Situation der Ehefrau (und Mutter des Beteiligten zu 1), zu der die gemeinsame Beziehung zwischen dem Erblasser und der Beteiligten zu 2 geführt hatte.

43 a) Bei dem Beteiligten zu 1 handelt es sich keineswegs nur, wie das Amtsgericht – eher beiläufig – erwähnt, um eine „einfach strukturierte“ Persönlichkeit. Nach den präzisen Angaben der Zeugin P., immerhin der Betreuerin des Erblässers, leidet er vielmehr „an einer Art Downsyndrom“, weshalb er sich „schwer mit dem Sprechen tut“ (Bl. 58 d.A.). Demzufolge steht in der Person des Beteiligten zu 1 eine massive geistige Behinderung im Raum. Es geht somit um einen Umstand, der besonderes Gewicht nicht nur für die Auslegung des Änderungsvorbehalts im Testament I (vgl. oben Ziff. 2), sondern zugleich bei der Antwort auf die Frage hat, welches „Pflichtensoll“ einem solchen minderbegabten Betroffenen zugemutet werden kann, wenn das ihm angelastete Fehlverhalten wie hier „allein“ in der dauerhaften Verweigerung einer Kontaktaufnahme mit dem Erblasser, also in einem sog. Unterlassen besteht.

44 b) Schließlich hat sich das Nachlassgericht auch nicht den signifikanten Gegebenheiten gestellt, welche die eigene persönliche Betroffenheit des Beteiligten zu 1 aufgrund der ehelichen Verfehlungen des Erblässers veranschaulichen. Dazu gehört als erstes, dass der Beteiligte zu 1 über viele Jahre einem Dauer-Konflikt mit dem Erblasser ausgesetzt war, nachdem sich dieser – immerhin nach über 50jähriger Ehe – von der Mutter des Beteiligten zu 1 abgewendet hatte. Hierbei musste es auch für den Beteiligten zu 1 eine zusätzliche Belastung bedeuten, dass es sich bei der Beteiligten zu 2 auch noch um die Schwägerin der Ehefrau des Erblässers handelt. Vor diesem Hintergrund hätte das Amtsgericht auch keinesfalls aus dem Blick verlieren dürfen, dass die Ehefrau unter dem außerehelichen Verhältnis des Erblässers sogar nach dem Eindruck der Tochter H der Beteiligten zu 2 „bis zu ihrem Tod sehr gelitten hatte“ (Bl. 61, 62 d.A.).

45 c) Bei Gesamtschau all dieser besonderen und in ihrer wechselseitigen Durchdringung geradezu außergewöhnlichen Umstände fehlt es bereits an jeder belastbaren Grundlage für die zentrale Feststellung des Amtsgerichts, wonach es (allein?) die Sache des Beteiligten zu 1 gewesen sein soll, „das Verhältnis zu verbessern, das Gespräch mit dem Erblasser zu suchen und eine Änderung der Einstellung des Erblässers zu bewirken“ (Beschluss vom 19.07.2019, dort S. 6 = Bl. 79 d.A.).

46 Aber selbst dann, wenn das Bestehen einer solchen vom Amtsgericht postulierten Obliegenheit des Beteiligten zu 1 im Sinn einer auch ihm zuzumutenden und

auch für ihn selbst als Aufgabe erkennbaren „Pflichtenlage“ einmal unterstellt wird, sind keinerlei Umstände ersichtlich, geschweige denn von der Beteiligten zu 2 dargetan, aus denen sich greifbare Anhaltspunkte für einen nennenswerten oder gar ins Gewicht fallenden Verstoß gegen die Gebote des Zusammenhalts in der Familie gewinnen lassen; das gilt auch und gerade für den ohnehin knappen Zeitraum zwischen der Anhörung des Erblassers am 04.12.2013 und dem Notartermin am 07.01.2014.

47 5. Nach alledem ist die Abänderung der ursprünglichen Schlusserbenbestimmung in der notariellen Urkunde vom 07.01.2014 mit der Bindungswirkung des Testaments I unter keinen Umständen zu vereinbaren mit der Folge, dass sich die abweichende Anordnung entsprechend § 2289 BGB als rechtsunwirksam darstellt (vgl. Palandt-Weidlich a.a.O., Rn. 14ff. zu § 2271 BGB) und der darauf gestützte Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 2 von Anfang an abweisungsreif war.

48 Mithin war der Beschwerde unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich stattzugeben.

Voraussetzungen für Erteilung eines quotenlosen gemeinschaftlichen Erbscheins

FamFG § 352a Abs. 1 S. 1, S. 2, Abs. 2 S. 1, S. 2, Abs. 3 S. 1, S. 2

Amtlicher Leitsatz:

Der Erlass eines sog. quotenlosen gemeinschaftlichen Erbscheins setzt voraus, dass alle Miterben dem Verzicht auf die Angabe der Erbteilsquoten zustimmen müssen (Anschluss an OLG München, Beschluss vom 10.07.2019, 31 Wx 242/19; gegen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.12.2019, 25 Wx 55/19). (Rn. 9)

OLG Bremen (5. Zivilsenat),
Beschluss vom 28.10.2020 – 5 W 15/20

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten streiten um die Erteilung eines sog. quotenlosen Erbscheins.

2 Am [...] 2019 verstarb in Bremerhaven die am [...] 1930 geborene X. Diese war die Witwe ihres am [...]

2008 vorverstorbenen Ehemannes Y. Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, nämlich der Antragsteller und seine Schwester, die Beteiligte zu 2.), die die Mutter der Beteiligten zu 3.) und 4.) ist. Die Eheleute X und Y waren zu je $\frac{1}{2}$ Miteigentümer des Grundstücks [...] in Bremerhaven. Der verstorbene Ehemann wurde ausweislich des Erbscheins des AG Bremerhaven vom 16.04.2009 von der Erblasserin zu $\frac{1}{2}$ sowie dem Antragsteller und der Beteiligten zu 2) zu je $\frac{1}{4}$ beerbt. Die Erblasserin hatte am 6.08.2012 ein eigenhändiges handschriftliches Testament errichtet. Darin hat sie ihren Anteil an der Immobilie zu je $\frac{1}{2}$ dem Antragsteller und dem Beteiligten zu 3) vererbt. Ihr Bargeld, ihre Kontoguthaben sowie ihren Schmuck sollte die Beteiligte zu 2) erhalten, während sie das von ihrem verstorbenen Ehemann hinterlassene Vermögen, soweit es sich bei der Sparkasse in A befand, dem Beteiligten zu 4) zugewendet hat. Über die Verteilung weiterer Nachlassgegenstände sollte der Antragsteller entscheiden, dem auch die Begleichung der Nachlassverbindlichkeiten obliegen sollte.

3 Gestützt auf diese letztwillige Verfügung beantragte der Beteiligte zu 1) in notarieller Urkunde am 6.08.2019 den Erlass eines Erbscheins ohne Erbteilsquoten, weil diese erst nach Aufklärung der Wertverhältnisse des Nachlasses sicher festgestellt werden könnten. Die hierzu angehörte Beteiligte zu 2) hat mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 9.09.2019 dem Erlass eines quotenlosen Erbscheins widersprochen, weil die Auslegung des Testaments ergebe, dass sie Alleinerbin nach der Erblasserin geworden sei. Das ihr zugewandte Geldvermögen überwiege mit rd. 353.207,26 € den Wert des vermachten Immobilienvermögens (rd. 100.000,00 €) deutlich. Dementsprechend hat sie den Erlass eines entsprechenden Erbscheins beantragt. Die Beteiligten zu 3) und 4) haben dem Antrag der Beteiligten zu 2) zugestimmt und dem des Antragstellers widersprochen.

4 Das Amtsgericht – Nachlassgericht – hat mit Verfügung vom 11.05.2020 darauf hingewiesen, dass ein gemeinschaftlicher quotenloser Erbschein wegen des Widerspruchs der Beteiligten zu 2) und 4) nicht in Betracht komme. Dem Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 2) könne ebenfalls nicht entsprochen werden, weil dieser nicht der Form des § 352 FamFG genüge. Der Antragsteller hat gleichwohl unter Hinweis auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 17.12.2019, 25 Wx 55/19) an seinem Antrag festgehalten; eine Mitwirkung aller Miterben sei in Anbetracht des Wortlautes des § 352 a Abs. 2 S. 2 FamFG nicht notwendig.

5 Durch Beschluss vom 8.07.2020 hat das Nachlassgericht die beiden Erbscheinsanträge zurückgewiesen.

Dem Antrag der Beteiligten zu 2) fehle es an der gebotenen Form; dem Antrag des Antragstellers fehle die Zustimmung der übrigen Beteiligten. Dabei komme es auf den Meinungsstreit zur Frage der Mitwirkung der übrigen Miterben beim Antrag auf Erlass des quotenlosen Erbscheins nicht an, denn auch nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf habe bei einem Widerspruch der Miterben der Erlass zu unterbleiben.

6 Gegen diese, dem Antragsteller am 21.07.2020 zu Händen seiner Verfahrensbevollmächtigten zugestellte Entscheidung haben diese für den Antragsteller am 21.08.2020 Beschwerde eingelegt. Das Gericht verkenne, dass der Beteiligte zu 1) Antragsteller sei und es nach dem Wortlaut der Norm ausreichend sei, wenn dieser einen quotenlosen Erbschein beantrage. Das Nachlassgericht hat der Beschwerde unter Hinweis auf seine vorangegangene Entscheidung mit Beschluss vom 17.09.2020 nicht abgeholfen und das Verfahren dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

► II. Aus den Gründen:

7 Das gem. § 58 Abs. 1 FamFG statthafte und gem. §§ 59 Abs. 1, 61 Abs. 1, 63 Abs. 1 FamFG zulässige Rechtsmittel ist unbegründet.

8 Nach § 352a Abs. 1 S. 1 FamFG ist auf Antrag ein gemeinschaftlicher Erbschein zu erteilen, wenn mehrere Erben vorhanden sind. Dieser Antrag kann nach § 352a Abs. 1 S. 2 FamFG von jedem der Erben gestellt werden. Gem. § 352 a Abs. 2 S. 1 FamFG sind in dem Antrag die Erben und ihre Erbteile anzugeben. Nach Abs. 2 S. 2 ist die Angabe der Erbteile nicht erforderlich, wenn alle Antragsteller in dem Antrag auf die Aufnahme der Erbteile in den Erbschein verzichten. In Rechtsprechung und Literatur ist dabei umstritten, ob in Fällen wie dem hier vorliegenden der Antrag eines einzelnen Miterben für die Ausstellung eines quotenlosen Erbscheins ausreicht (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.12.2019, I-25 Wx 55/19 = ZEV 2020, 167; *Fröhler* in: Prütting/Helms FamFG, 5. Aufl. 2020, § 352a Rn. 26; *Rellermeyer* in: Bork, Jacoby/Schwab FamFG, 3. Aufl. 2018, § 352a Rn. 3; Bumiller/Harders/Harders, 12. Aufl. 2019, FamFG § 352a Rn. 5) oder ob alle in Betracht kommenden Miterben den Antrag stellen (so *Grziwotz* in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl. 2019, § 352a Rn. 18) oder jedenfalls dem Verzicht auf die Quoten zustimmen müssen (OLG München Beschluss vom 10.07.2019, 31 Wx 242/19 = ZEV 2020, 166; *Zimmermann* in: Keidel, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 352 a Rn. 14; *Gierl* in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 352 a Rn. 10; *Schlögel* in: BeckOK FamFG, 36. Ed., Stand: 1.10.2020, § 352 a Rn. 3).

9 Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Entgegen der Annahme der Beschwerde spricht nicht der Wortlaut der Norm für die dort vertretene Annahme, der Antrag eines einzelnen Miterben ermögliche den Erlass eines quotenlosen gemeinschaftlichen Erbscheins, denn der Gesetzgeber hat – in Kenntnis der Regelung in Abs. 1 S. 1 des § 352a FamFG – den Plural („die Antragsteller“) verwendet. Dementsprechend heißt es auch in der Gesetzesbegründung, dass die Angabe der Erbteile der Miterben nicht mehr erforderlich ist, wenn alle Antragsteller im Antrag auf die Angabe der Erbteile verzichten (BT Drucksache 18/4201 S. 60). Wenn der Gesetzgeber die Vorstellung gehabt haben sollte, dass auch der Antrag eines einzelnen Antragstellers zum Erlass eines quotenlosen Erbscheins führen können soll, hätte nichts dagegengesprochen, in § 352 a Abs. 2 S. 2 FamFG den Singular zu verwenden. Zudem kann die Gegenmeinung nicht befriedigend erklären, wie die übrigen Anforderungen, die in Fällen wie dem vorliegenden vom Einzelantragsteller zu erfüllen sind, bewältigt werden können: so muss der Antrag des Einzelantragstellers gem. § 352a Abs. 3 S. 1 FamFG die Angabe enthalten, dass die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben, was gem. §§ 352a Absatz 3 S. 2 i.V.m. § 325 Abs. 3 FamFG vom Antragsteller an Eides Statt genauso zu versichern ist wie deren Verzicht auf die Angabe der Erbquoten (vgl. *Zimmermann* in: Keidel, FamFG – Familienverfahren, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 20. Auflage 2020, Rn. 14).

10 Im Übrigen könnte, worauf das Nachlassgericht bereits hingewiesen hat, der Antrag auch vor dem Hintergrund der vom OLG Düsseldorf vertretenen Rechtsauffassung wohl keinen Erfolg haben. Das OLG Düsseldorf lässt nämlich einen Einzelantrag dann nicht zu, wenn gleichzeitig ein anderer Miterbe seinerseits einen Erbschein mit Erbquote beantragt hat, weil es dann einen weiteren „Antragsteller“ gibt und dann nicht mehr „die Antragsteller“ übereinstimmend den quotenlosen Erbschein begehren. Auch wenn diese Auffassung den Senat nicht überzeugt, hätte sie vorliegend im Hinblick auf den entgegenstehenden Antrag der Beteiligten zu 2) jedenfalls ebenso zur Versagung des vom Antragsteller verfolgten Antrages führen können, wenn man annimmt, die Ansicht des OLG Düsseldorf umfasse auch formunwirksame Anträge.

11 Im Hinblick auf die divergierenden Auffassungen in der obergerichtlichen Rechtsprechung lässt der Senat die Rechtsbeschwerde zu (§ 70 Abs. 2 Nr. 2 FamFG).

Pflichten des Notars bei Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses

BGB § 2314 Abs. 1 S. 1, S. 2, S. 3, § 2325 Abs. 3 S. 1;
ZPO § 511 Abs. 2 Nr. 1, § 533

Amtlicher Leitsatz:

Bei der Aufnahme eines notariellen Verzeichnisses über den Nachlass steht der Umfang der Ermittlungen über den Nachlassbestand nicht allein im Ermessen des Notars; vielmehr hat der Notar diejenigen Nachforschungen anzustellen, die ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubigers für erforderlich halten würde. (Rn. 17 – 18)

OLG Celle (6. Zivilsenat),
Urteil vom 29.10.2020 – 6 U 34/20

► I. Tatbestand:

1 Die Parteien streiten um die Erfüllung der Auskunftspflicht durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses zur Berechnung eines im Wege der Stufenklage geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs.

2 Der Kläger ist der Sohn des am 13. Juni 2016 in H. verstorbenen F. M. (Erblasser). Die Beklagte ist die Ehefrau des Erblassers und dessen Alleinerbin. Nachdem die Beklagte auf Aufforderung des Klägers am 26. September 2016 Auskunft über den Nachlass erteilt hatte, forderte der Kläger sie mit Schreiben vom 8. Mai 2017 zur Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses auf (Anlage K6 Anlagenband Kläger). Nach erneuter Anmahnung durch den Kläger meldete sich der Streithelfer mit Schreiben vom 21. Juli 2017 und teilte mit, dass die Ausarbeitung des Nachlassverzeichnisses für den Zeitraum nach Beendigung der Sommerurlaubsperiode eingeplant sei. Am 17. Oktober 2017 ließ der Streithelfer dem den Kläger seinerzeit außergerichtlich vertretenen Prozessbevollmächtigten mitteilen, dass am 23. Oktober 2017 das notarielle Nachlassverzeichnis aufgenommen werde. Der Klägervertreter bat um Mitteilung von drei Terminen zur Aufnahme des Nachlassverzeichnisses, woraufhin ihm der Streithelfer mit Schreiben vom 26. Oktober 2017 einen Entwurf des notariellen Nachlassverzeichnisses übersandte und drei Terminvorschläge für den 8., 11. und 12. Dezember 2017 machte (vgl. Anlage K11. Anlagenband Kläger). Anschließend gab es weitere Korrespondenz zwischen Klägervertreter und Streithelfer betreffend die erforderlichen Tätigkeiten eines Notars bei Errichtung des Nachlassverzeichnisses. Unter dem 15. Januar 2018 übersandte der

Streithelfer eine als „Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses“ überschriebene notarielle Urkunde (URNr. 27/2018, vgl. Anlage K 14, Anlagenband Kläger).

3 Der Kläger hat mit der Stufenklage Auskunft über den Bestand des Nachlasses des Erblassers durch Vorlage eines notariellen Verzeichnisses, welches auf einer eigenen Ermittlungstätigkeit des Notars beruht, verlangt, daneben Vollständigkeitsversicherung und Zahlung von noch zu beziffernden Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen. Er hat gemeint, das notarielle Nachlassverzeichnis vom 15. Januar 2018 stelle keine Erfüllung seines Auskunftsanspruchs durch Vorlage eines notariellen Verzeichnisses dar. Der Streithelfer habe sich überwiegend nur auf die Angaben der Erbin verlassen, jedoch keine eigene Ermittlungstätigkeit ausgeführt.

4 Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat die Ansicht vertreten, der Streithelfer habe keine weiteren Ermittlungen zum Zwecke der Erstellung des Nachlassverzeichnisses vornehmen müssen; das Verzeichnis sei vollständig. Der Notar habe die Ergebnisse seiner Ermittlungen in ausreichender Weise festgehalten.

5 Das Landgericht hat die Beklagte auf der Auskunftsstufe durch Teilurteil antragsgemäß verurteilt. Der Kläger habe einen Anspruch auf Auskunftserteilung über den Nachlass des Erblassers durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses aus § 2314 Abs. 1 S. 1 und 3 Variante 3 BGB. Der Anspruch sei nicht durch Vorlage des Verzeichnisses vom 15. Januar 2018 des Streithelfers erfüllt, denn das vorgelegte Nachlassverzeichnis entspreche nicht den Anforderungen. Das Verzeichnis sei offensichtlich unvollständig. Es fehlten Angaben zum Güterstand des Erblassers. Die Angaben im Verzeichnis hinsichtlich der Ölgemälde, des Eheringes, der Uhr des Erblassers, der Manschettenknöpfe und Krautwattennadeln seien unzureichend, weil wertbildende Faktoren fehlten. Sofern eine genauere Beschreibung nicht möglich sei, müsse wenigstens ein Foto der Gegenstände dem Nachlassverzeichnis beigelegt und darauf Bezug genommen werden. Weiterhin seien die Angaben zu den unentgeltlichen Verfügungen des Erblassers unzureichend. Die Angaben in dem Nachlassverzeichnis bezögen sich auf Zeiträume, nämlich den Zehnjahreszeitraum vor dem Tod des Erblassers. Es seien aber die einzelnen Daten anzugeben wegen der Abschmelzungsregelung in § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB. Überdies fehlten hinsichtlich der Wertpapierdepots Angaben zu der depotführenden Bank sowie Angaben zum Inhalt des Depots. Die Unvollständigkeit führe im vorliegenden Fall dazu, dass der Kläger einen Anspruch auf Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses insgesamt und nicht bloß einen Anspruch auf Ergänzung der be-

reits erteilten Auskunft habe. Eine Ergänzung komme in Betracht, wenn der Verpflichtete aus Unwissenheit einen bestimmten Gegenstand nicht aufgenommen oder einen Teil des Nachlassvermögens bewusst ausgelassen habe und es sich erkennbar um eine unvollständige Auskunft handele. Dieser Fall liege nicht vor, vielmehr sei das Zusammenspiel der genannten aufgeführten unzureichenden Angaben in der Summe als Nichterfüllung des Auskunftsanspruchs anzusehen.

6 Dagegen wendet der Streithelfer sich mit der für die Beklagte geführten Berufung. Er meint weiterhin, die Beklagte habe den Auskunftsanspruchs durch Vorlage des von ihm gefertigten notariellen Nachlassverzeichnisses erfüllt.

7 Er beantragt, das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage in der Auskunftsstufe abzuweisen.

8 Der Kläger beantragt,

1. die Berufung des Streithelfers zurückzuweisen und
2. im Wege der Anschlussberufung klagerweiternd die Beklagte über den Schlussertrag der ersten Instanz hinaus zu verurteilen, den Kläger zur Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses hinzuzuziehen.

9 Der Streithelfer beantragt, die Anschlussberufung zurückzuweisen.

10 Er meint, der mit der Anschlussberufung verfolgte erstmals erhobene Antrag sei als Klageänderung nach § 533 ZPO nicht zulässig.

11 Wegen der weiteren Feststellungen nimmt der Senat auf das angefochtene Urteil sowie auf das Sitzungsprotokoll und die eingereichten Schriftsätze und Anlagen Bezug.

► **II. Aus den Gründen:**

12 Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. Die Anschlussberufung ist zulässig und begründet.

13 1. Die Berufung ist zulässig. Die Berufungssumme von mehr als 600 € gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist erreicht, denn der Streithelfer meint, dass er für die Erstellung eines vollständigen notariellen Verzeichnisses von der Beklagten nochmals Gebühren verlangen kann, weil es sich um ein neues Verfahren nach GNotKG handele. Die Kosten für das bisherige Nachlassverzeichnis sind im Verzeichnis vom 15. Januar 2018 (Seiten 9/10) mit „ca. 5.000 €“ angegeben, ausgehend von einem „Wert bis 1.106.966,73 €“. Die Beklagte droht daher mit Kosten in Höhe von nochmals rd. 5.000 € belastet zu werden. Auch die Kosten für eine bloße Ergänzungsurkunde würden

nach einem Wert bis 300.000 € – legt man nur die Summe der Depotguthaben und Schenkungen zugrunde – etwa 1.000 € (nach Nr. 21100 Kostenverzeichnis GNotKG) betragen.

14 Die Frage, ob der Streithelfer gegenüber der Beklagten kostenlos nacherfüllen müsste, ist nicht im vorliegenden Berufungsverfahren zu klären. Für die Zulässigkeit der Berufung ist ausreichend, dass die Beklagte die von ihr verlangte Leistung (Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses) erst nach Zahlung eines weiteren, die Berufungssumme von 600 € übersteigenden Vorschusses an den Notar wird erbringen können.

15 2. In der Sache ist die Berufung unbegründet.

16 Die Entscheidung des Landgerichts, die Beklagte zur Auskunftserteilung durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses zu verurteilen, ist nicht zu beanstanden.

17 Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte ihre Verpflichtung aus § 2314 Abs. 1 Satz 1, 3 BGB bislang nicht erfüllt hat. Anders als in dem Fall, über den der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 20. Mai 2020 – IV ZR 193/19 (zit. nach juris) entschieden und ausgeführt hat, dass bei einer offensichtlichen Unvollständigkeit eines Nachlassverzeichnisses in einem Punkt eine Ergänzung bzw. Berichtigung des notariellen Nachlassverzeichnisses verlangt werden kann, ist dem Landgericht zuzustimmen, dass im Streitfall das bisher vorgelegte Nachlassverzeichnis nicht den Mindestanforderungen genügt und deshalb schon keine Erfüllung darstellen kann.

18 a) § 2314 BGB soll es dem Pflichtteilsberechtigten ermöglichen, sich die notwendigen Kenntnisse zur Bemessung seines Pflichtteilsanspruchs zu verschaffen. Hierbei soll ein notarielles Nachlassverzeichnis eine größere Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Auskunft als das private Verzeichnis des Erben bieten. Dementsprechend muss der Notar den Bestand des Nachlasses selbst und eigenständig ermitteln und durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringen, dass er den Inhalt verantwortet (vgl. BGH, Urteil vom 20. Mai 2020 – IV ZR 193/19 –, zitiert nach juris, dort Rn. 8). Der Notar ist in der Ausgestaltung des Verfahrens zwar weitgehend frei. Er muss zunächst von den Angaben des Auskunftspflichtigen ausgehen. Allerdings darf er sich hierauf nicht beschränken und insbesondere nicht lediglich eine Plausibilitätsprüfung durchführen. Vielmehr muss er den Nachlassbestand selbst ermitteln und feststellen. Dabei hat er diejenigen Nachforschungen anzustellen, die ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubigers für erforderlich halten würde (BGH a. a. O.). Der Streithelfer irrt mithin, wenn er meint, dass es allein in seinem Ermessen steht, ob ein Vermerk

im Verzeichnis erfolgt oder nicht, und dass es die (Erfüllung der) Verpflichtung zur Errichtung eines notariellen Verzeichnisses nicht berühre, „dass ggfs. darüberhinausgehende Auskünfte zu erteilen sind“. Der Erbe ist insoweit dem Notar gegenüber zur Mitwirkung verpflichtet, welche der Notar einfordern darf und muss (BGH a. a. O. Rn. 9).

19 b) Gemessen an den vorgenannten Anforderungen hat die Beklagte bislang nicht Auskunft über den Nachlass durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses erteilt. Darauf ist im Einzelnen bereits im Schreiben des Vorsitzenden vom 15. September 2020 hingewiesen worden.

20 Trotz des Einleitungssatzes im notariellen Nachlassverzeichnisses vom 15. Januar 2018 (dritter Absatz Seite 2)

„Aufgrund der Angaben der Erschienenen, der übergebenen Schriftstücke, insbesondere Mitteilungen der nachfolgend genannten Banken zu den Kontoständen zum Todeszeitpunkt (13. Juni 2016), handschriftliche Aufzeichnungen über Aufwendungen, Sachverständigengutachten und Grundbuchauszüge) sowie meiner, des Notars, Wahrnehmungen vor Ort, verzeichne ich, der Notar, den Bestand des Nachlasses wie folgt:“

ergeben die weiteren Ausführungen im Nachlassverzeichnis, dass der Streithelfer hinsichtlich einiger Angaben teilweise selbst keine Ermittlungstätigkeiten vorgenommen hat, sondern sich im Gegenteil ausdrücklich von einer eigenen Ermittlungstätigkeit distanziert. Einige Angaben sind zudem unzureichend. Im Einzelnen:

21 aa) Die Angaben zu Kunstgegenständen (III. des Nachlassverzeichnisses) sowie zum Schmuck (IV. des Nachlassverzeichnisses) sind nicht nachvollziehbar. Auch wenn der Notar angibt, bei der Wohnungsbesichtigung diese Gegenstände in Augenschein genommen zu haben, ermöglicht die Beschreibung jeweils keine Einordnung des Wertes, und auch die Schätzung der addierten Einzelwerte auf „maximal 500,00 €“ ist nicht nachvollziehbar; eine Wertschätzung durch den Notar ist nicht erforderlich. Zum Ehering ist der Goldgehalt nicht mitgeteilt, ebenso derjenige der Manschettenknöpfe. Warum die Beklagte die an ihren Sohn übergebene Uhr des Erblassers nicht von ihrem Sohn zurückgefordert hat, damit der Notar sie in Augenschein nehmen und beschreiben kann, bleibt offen. Dass der Notar sie insoweit zur Mitwirkung aufgefordert hat, ist weder dargelegt noch sonst ersichtlich.

22 bb) Der Kläger weist zudem zutreffend darauf hin, dass die Angabe des Notars, dass sich aus den Unterlagen keine weiteren Anknüpfungspunkte für eine Nachsuche oder eine Nachfrage hinsichtlich etwaig vorhandener Bankguthaben ergeben hätten, nicht stimmt.

Jedenfalls die Sparkasse N., bei der der Erblasser ein Darlehenskonto führte, hätte dazu vom Notar angeschrieben werden müssen. Es drängt sich hier auch aus Sicht eines objektiven Dritten die Möglichkeit auf, dass der Erblasser bei dieser Bank weitere Konten unterhalten hat.

23 cc) Offensichtlich wird die mangelnde eigene Ermittlungstätigkeit des Notars hinsichtlich der Angaben zum Wertpapierdepot, da weder die ausgebende Bank noch die Art des Depots mitgeteilt oder ersatzweise entsprechende Belege hierfür vorgelegt worden sind und der Notar bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch keine nachträgliche Klarstellung hierzu vorgenommen hat.

24 dd) Der Hinweis „Versicherungsunterlagen wurden mir von dem Erben nicht übergeben. Nach Aussage der Erben bestanden keine Ansprüche gegenüber dem Finanzamt auf Steuerrückerstattungen. Weitere Auskünfte hierzu habe ich nicht eingeholt“. erweckt den Eindruck, dass es sich um einen Textbaustein handelt, was an der unterschiedlichen Verwendung der Worte „dem Erben“, dann „der Erben“, obwohl es sich im Streitfall nur um eine Erbin handelt, zu erkennen ist. Dass Versicherungsunterlagen „nicht übergeben“ wurden, bedeutet strenggenommen nicht, dass keine Versicherungen unterhalten worden sind. Ob der Notar nach dem Bestehen von Versicherungen gefragt hat, bleibt offen. Außerdem hätte der Notar sich von der Erbin die Steuernummer geben lassen oder sonst selbst beim Finanzamt des Wohnortes des Erblassers hinsichtlich etwaiger Steuerrückerstattungen anfragen können.

25 ee) Ebenfalls unzureichend sind die Angaben hinsichtlich der unentgeltlichen Verfügungen des Erblassers unter Lebenden (S. 8 des notariellen Nachlassverzeichnisses), wie das Landgericht bereits festgestellt hat. Die Angabe des „Zeitraum(s) 1. Juni 2006 bis 1. Juni 2016“, Gegenstand 44.700,00 €, „Gesamtbetrag nach Addition diverser Einzelposten“ (entsprechend auch hinsichtlich weiterer unentgeltlicher Verfügungen an zwei weitere Personen) im streitgegenständlichen Nachlassverzeichnis ermöglichen dem Kläger nicht die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs, weil dieser die Abschmelzungsbeiträge gemäß § 2325 Abs. 3 BGB erst richtig ermitteln kann, wenn ihm die konkreten Daten der Zuwendungen bekannt sind. Der Senat kann auch hier nicht feststellen, dass der Streithelfer seiner objektiv erforderlichen Ermittlungstätigkeit genügt hat. Eine weitergehende Aufklärung des Sachverhalts in der mündlichen Verhandlung ist nicht erfolgt, weil der Streithelfer nicht persönlich anwesend war.

26 ff) Schließlich ist unverständlich, dass der Streithelfer dem Inhalt des Bankschließfachs nicht näher nach-

gegangen ist, sondern sich auch hier auf die Angaben der Erbin verlassen hat, dass in dem Bankschließfach „seit jeher nur Akten und persönliche Dokumente verwahrt worden seien“ (vgl. XI. Sonstiges, S. 7 des notariellen Nachlassverzeichnisses). Ohne Sichtung der Unterlagen wird eine Einschätzung, ob sich darin Hinweise auf weitere Vermögenswerte ergeben, nicht möglich sein.

27 c) Die Entscheidung des Landgerichts, die Beklagte zur Erteilung der Auskunft durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses und nicht nur zu dessen Ergänzung zu verurteilen, begegnet ebenfalls keinen Bedenken. Wegen der nicht nur geringfügigen Unvollständigkeiten und teilweise offensichtlich unterbliebenen eigenen Ermittlungstätigkeit des Streithelfers stellt das vorgelegte notarielle Nachlassverzeichnis vom 15. Januar 2018 keine Erfüllung, auch keine Teilerfüllung, dar. Zu einer teilweisen Erfüllung ist die Beklagte nicht berechtigt (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Oktober 2014 – XII ZB 385/13, zit. nach juris; Anmerkung Kuhn zu BGH, Urt. v. 20. Mai 2020 – IV 193/19 in ZEV 2020, 625, zit. nach beck-online). Die Entscheidung des BGH (Urt. v. 20. Mai 2020 – IV 193/19) steht dem nicht entgegen. Im Unterschied zu dem vom BGH entschiedenen Fall, der eine Vollstreckungsgegenklage des zur Auskunftserteilung verurteilten Erben betraf, liegt vorliegend nicht nur eine offensichtliche Unvollständigkeit eines Nachlassverzeichnisses in einem Punkt vor, hinsichtlich dessen die Unvollständigkeit auf einer verweigerten Mitwirkung der Erbin beruht, den Notar zur Einholung einer Auskunft bei einer Bank im Österreich zu ermächtigen. Vielmehr hat der Streithelfer in dem vorgelegten Nachlassverzeichnis vom 15. Januar 2018 nicht deutlich gemacht, warum zu den unvollständigen Positionen genauere Angaben nicht möglich sind. Auch die Beklagte hat hierzu erstinstanzlich nicht näher vorgetragen, sondern sich nur darauf zurückgezogen, dass sie die geschuldete Auskunft vollständig erfüllt habe. Am Berufungsverfahren hat die Beklagte sich nicht beteiligt.

28 3. Die Anschlussberufung hat Erfolg.

29 a) Die Anschlussberufung, mit der der Kläger keinen eigenen Angriff gegen das Teilurteil vorbringt, sondern nur eine Erweiterung seines erstinstanzlichen Klagantrags um die Hinzuziehung bei Errichtung des Nachlassverzeichnisses begehrt, ist zulässig (vgl. BGH VI ZR 152/10 = NJW 2011, 3298, zitiert nach juris dort Rn. 9).

30 b) Der Anspruch auf Hinzuziehung bei der Aufnahme des Verzeichnisses folgt aus § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB und beruht auf demselben Sachverhalt, den das Landgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, nämlich dem Recht des Klägers als Pflichtteilsberechtigtem, Auskunft über die Höhe des Nachlasses von der Beklagten als Er-

bin zu erhalten. Eine Klagänderung im Sinne von § 533 ZPO liegt entgegen der Auffassung des Streithelfers nicht vor, weil der Kläger seinen Anspruch auf Erteilung der Auskunft durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses nur um die Hinzuziehung erweitert und den Klaggrund nicht vollständig ausgewechselt hat (vgl. § 264 Nr. 2 ZPO). Auf die Einwilligung des Gegners oder die Sachdienlichkeit im Berufungsverfahren kommt es mithin nicht an.

31 In materiell – rechtlicher Hinsicht stellt der Streithelfer das Hinzuziehungsrecht des Klägers nicht in Frage. Über den näheren Inhalt dieses Rechts muss der Senat sich an dieser Stelle nicht verhalten.

Keine Aufnahme einzelner Nachlassgegenstände im Europäischen Nachlassverzeichnis bei Erbschafts Kauf

EuErbVO Art. 21 Abs. 1, Art. 67, Art. 68, Art. 69; BGB § 433, § 1371 Abs. 1, § 2371; FamFG § 58, § 84

Amtlicher Leitsatz:

Bei Erbfällen mit Auslandsberührung kommt nach der vom Senat geteilten herrschenden Meinung (vgl. u.a. OLG München ZEV 2017, 580 f.; OLG Nürnberg ZEV 2017, 579 f.) die Angabe einzelner Nachlassgegenstände (hier: Eigentumswohnung in Polen) im Europäischen Nachlassverzeichnis unter Anwendung deutschen Erbrechts (Art. 21 Abs. 1 EuErbVO) nicht in Betracht, insbesondere dann nicht, wenn dem Übergang des gesamten Eigentums ein Erbschafts Kauf zugrunde liegt. (Rn. 10 – 13)

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat),

Beschluss vom 14.10.2020 – I-3 Wx 158/20

I. Tatbestand:

1 Auf Antrag der Beteiligten zu 1 stellte das Nachlassgericht am 22. Januar 2018 ein für die Dauer von sechs Monaten gültiges Europäisches Nachlasszeugnis aus, ausweislich dessen die Beteiligte zu 1 Erbin des Erblassers aufgrund notariell errichteter letztwilliger Verfügung vom 2. Februar 1973 ist. Als weiterer Erbe zu ½ wurde der Beteiligte zu 2 aufgeführt. Bereits am 15. November 2016 hatte der Beteiligte zu 2 mit notariell beurkundetem Vertrag seinen Erbanteil auf die Beteiligte zu 1 übertragen.

2 Zum Nachlass gehört eine Eigentumswohnung in ... in

Polen. Den unter Vorlage des Europäischen Nachlasszeugnisses vom 22. Januar 2018 von der Beteiligten zu 1 gestellten Antrag auf Eintragung als Alleineigentümerin wies das zuständige Gericht in Polen zurück. Nach dem erstinstanzlichen Vorbringen der Beteiligten zu 1 hätten die polnischen Behörden den Grundbesitz nicht dem Nachlass zuordnen können.

3 Um ihre Eintragung in Polen erreichen zu können, hat die Beteiligte zu 1 am 15. August 2019 beim Nachlassgericht ein Europäisches Nachlasszeugnis beantragt, das den Grundbesitz in Polen ausdrücklich als Nachlassgegenstand aufführt. Mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 13. Februar 2020 hat sie diesen Antrag wiederholt und hilfsweise beantragt, dass zusätzlich zur Angabe ihres Erbteils ein Hinweis auf die Erbteilsübertragung vom 15. November 2016 und seine dingliche Wirkung auf sämtliche Nachlassgegenstände im Nachlasszeugnis aufgenommen werde. Sie meint, trotz der Formstrenge des Europäischen Nachlasszeugnisses sei es möglich und nach Sinn und Zweck des Zeugnisses – die Erleichterung der Durchsetzung von Rechten bei einem Erbfall mit grenzüberschreitendem Bezug – auch geboten, im Zeugnis bestimmte Vermögenswerte anzugeben, die einem bestimmten Erben zustehen sollen. Jedenfalls diene es dem Zweck des Nachlasszeugnisses, wenn eine Erläuterung über die nach deutschem Recht unzweifelhaft eintretende Rechtsfolge des Erbteilsübertragungsvertrages vom 15. November 2016, aufgrund dessen sie auch dingliche Eigentümerin aller Nachlassgegenstände geworden sei, im Zeugnis aufgenommen würde.

4 Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 9. April 2020 die Anträge vom 13. Februar 2020 zurückgewiesen. Die Aufnahme des Grundbesitzes in das Europäische Nachlasszeugnis sei nicht zulässig, da entsprechende Angaben nicht in Art. 68 EuErbVO vorgesehen seien; insbesondere liege kein Fall der Zuweisung eines Nachlassgegenstandes mit dinglicher Wirkung durch den Erblasser vor, Art. 68 Buchstabe I) EuErbVO, denn nach deutschem Recht liege eine Universalsukzession vor. Mit dem Erbteilskauf erwerbe der Erwerber auch lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf (dingliche) Übertragung des Erbteils im Ganzen. Die Auflistung in Art. 68 EuErbVO sei abschließend. Das entspreche auch der Ratio der Norm, eine in allen Mitgliedsstaaten standardisierte Bescheinigung zu schaffen. Die Vermutungswirkung des Art. 69 EuErbVO gelte für informatorische Angaben im Nachlasszeugnis ohnehin nicht. Es entspreche auch nicht dem Willen des Ordnungsgebers, einzelne Nachlassgegenstände zur Bescheinigung ihrer Nachlasszugehörigkeit im Zeugnis aufzuführen (Erwägung Nr. 71 EuErbVO). Auch die hilfsweise beantragte

Aufnahme des Erbteilskaufs sei nicht in Art. 68 EuErbVO vorgesehen. Zwar sei es möglich, eine Erbannahme oder eine Ausschlagung anzugeben; davon unterscheide sich jedoch der Erbteilskauf, der den veräußernden Erben lediglich mit einer Forderung belaste.

5 Gegen den ihren Verfahrensbevollmächtigten am 24. April 2020 zugestellten Beschluss wendet sich die Beteiligte zu 1 mit ihrer am 25. Mai 2020 eingegangenen Beschwerde, mit der sie sowohl ihr Haupt- als auch ihr Hilfsbegehren weiter verfolgt. Sie führt aus, das polnische Gericht habe die Auffassung vertreten, der Erbteilskauf habe die Immobilie in Polen nicht erfasst. Jene Ansicht widerspreche dem richtigerweise anzuwendenden deutschen Recht. Der von ihr begehrte Zusatz im Nachlasszeugnis würde entsprechendes dem polnischen Gericht deutlich machen und die Umschreibung des Eigentums in Polen ermöglichen bzw. erleichtern.

6 Das Nachlassgericht hat am 10. Juli 2020 einen Nichtabhilfe- und Vorlagebeschluss erlassen. Es hat ausgeführt, soweit das polnische Gericht eine dem anzuwendenden deutschen Recht widersprechende Auffassung vertrete, sei die Beteiligte zu 1 auf das dortige Rechtsmittel zu verweisen.

7 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II. Aus den Gründen:

8 Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 1 ist dem Senat infolge der mit weiterem Beschluss vom 10. Juli 2020 ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, § 68 Abs. 1 Satz, 1, 2. Halbsatz FamFG.

9 Es ist als befristete Beschwerde nach Maßgabe der §§ 58 ff. FamFG statthaft und auch im übrigen zulässig. In der Sache bleibt es ohne Erfolg. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Nachlassgericht sowohl den Haupt- als auch den Hilfsantrag der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Auf die zutreffenden Ausführungen des Nachlassgerichts im angefochtenen Beschluss und im Nichtabhilfebeschluss zu den Gründen, aus denen die von der Beteiligten zu 1 begehrten Ergänzungen nicht im Europäischen Nachlasszeugnis aufgenommen werden können, wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen. Veranlasst sind lediglich folgende ergänzende Anmerkungen:

10 Der vom Nachlassgericht eingenommene Rechtsstandpunkt entspricht der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, wonach bei Erbfällen mit Auslandsberührung die Angabe einzelner Nachlassgegenstände im Europäischen Nachlasszeugnis nicht in Betracht kommt, sofern – wie hier (nach Art. 21 Abs. 1

EuErbVO unterliegt die Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort hat) – deutsches Erbrecht zur Anwendung kommt (vgl. OLG Nürnberg ZEV 2017, 579 f., mit Anmerkung von *Weinbeck*; OLG München ZEV 2017, 580 f.; Münchener Kommentar/*Dutta*, 8. Aufl. 2020, EuErbVO Art. 63 Rn. 18 und Art. 68 Rn. 9 m.w.N.; Kroiß/Horn/Solomon-Köhler, Nachfolge-recht, 2. Aufl. 2019, Art. 68 EuErbVO Rn. 3). Der Senat sieht insbesondere mit Blick auf die Formstrenge des Art. 68 EuErbVO und die zwingend vorgeschriebene Verwendung des von der EU Kommission vorgegebenen Formulars (vgl. hierzu: BeckOGK/*J. Schmidt*, Stand: 1. August 2020, Art. 67 EuErbVO Rn. 13; Kroiß/Horn/Solomon-Köhler, a.a.O., Art. 68 EuErbVO Rn. 1) keinen Anlass, von der herrschenden Meinung abzuweichen.

11 Ergänzend zu den vom Nachlassgericht bereits erwähnten und den entgegenstehenden Motiven des Verordnungsgebers für den Erlass der Erbrechtsverordnung sei auf die amtlichen Erwägungen unter Ziffern 9, 11, 14 und 15 verwiesen, wonach sich der Anwendungsbereich der Verordnung nur auf die zivilrechtlichen Aspekte der Rechtsnachfolge von Todes wegen erstrecken soll (Nrn. 9 und 15). Aus Gründen der Klarheit angenommen sein sollen indes Fragen, die als mit Erbsachen zusammenhängend betrachtet werden können (Nr. 11); ebenfalls nicht erfasst sein sollen Rechte oder Vermögenswerte, die auf andere Weise als durch Rechtsnachfolge von Todes wegen entstehen oder übertragen werden (Nr. 14).

12 Bei dem hier in Rede stehenden Erbschafts Kauf - und nur dieser kommt hier als Grundlage für einen Übergang des gesamten Eigentums an der in Polen gelegenen Wohnung in Betracht - handelt es sich indes nicht um einen Fall der Rechtsnachfolge von Todes wegen, für den der Anwendungsbereich der EuErbVO eröffnet sein soll. Der Erbschafts Kauf des BGB ist vielmehr ein schuldrechtlicher Kaufvertrag, auf den, soweit sich aus §§ 2371 ff. BGB nichts anderes ergibt, die Vorschriften der §§ 433 ff. BGB anwendbar sind. Der Erbschafts Kauf bedarf der sachenrechtlichen Erfüllung. Er ändert insbesondere nichts an der Erbenstellung des Verkäufers, sondern der Käufer tritt nur wirtschaftlich und schuldrechtlich an die Stelle des Verkäufers (vgl. statt aller: BeckOGK/*Grigas*, Stand: 15. August 2020, § 2371 BGB Rn. 4 ff.). Auch in einem Erbschein, der in Verfahren ohne grenzüberschreitenden Bezug beantragt wird, kann nur der veräußernde Erbe eingetragen werden, der Erwerber eines Erbschafts Kaufs kann nicht aufgeführt werden (BEckOGK/*Grigas*, a.a.a.O., § 2371 Rn. 22; BeckOK/*Litzenburger*, 55. Edition, Stand: 1. August 2020, § 2371 BGB Rn. 22).

13 Keine andere Betrachtungsweise rechtfertigt sich nach Auffassung des Senats mit Blick auf die von der Beteiligten zu 1 zitierte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 1. März 2018 - C-558/16 (Mahnkopf), NJW 2018, 1377 ff.). Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs betraf die Frage, ob und wie in einem Europäischen Nachlasszeugnis die aus § 1371 Abs. 1 BGB folgende Erhöhung des Erbteils des überlebenden Ehegatten aufzunehmen ist. Für diesen besonderen Fall hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass § 1371 Abs. 1 BGB in erster Linie die Rechtsnachfolge nach dem Tod eines Ehegatten betreffe und nicht das eheliche Güterrecht. Dementsprechend hat der Europäische Gerichtshof den Anwendungsbereich der EuErbVO für eröffnet gehalten und die Angabe des erhöhten Erbteils des überlebenden Ehegatten im Europäischen Nachlasszeugnis bejaht. Damit vergleichen lässt sich der hier in Rede stehende Erbschafts Kauf jedoch nicht, denn er berührt nicht die Frage der Rechtsnachfolge nach dem Tod des Erblassers und die Rechtsstellung eines Erben sowie seiner Erbansprüche, sondern er begründet ausschließlich ein Rechtsverhältnis zwischen einem Erben und dem Erwerber seines Erbteils und einen schuldrechtlichen Anspruch der Erbwerbers gegenüber dem Erben.

Auslegung eines Erbvertrages zur Bindungswirkung bei fehlender Regelung zur Anwachsung

FamFG § 352, § 352e; *BGB* § 157, § 242, § 2094, § 2278

Amtliche Leitsätze:

1. Zur Auslegung eines von Ehegatten abgeschlossenen Erbvertrags, bei denen die jeweiligen Kinder der Ehegatten als Schlusserben eingesetzt sind. (sog. „Patch-work-Familie“). (Rn. 14 – 18)

2. Bei Wegfall eines der Schlusserben stellt sich die Frage einer vertragsmäßigen Bindung des überlebenden Ehegatten betreffend diesen Erbteil infolge Anwachsung zugunsten der übrigen Schlusserben erst, sofern kein Wille der Ehegatten in Bezug auf eine erneute Testierung des überlebenden Ehegatten infolge des Wegfalls des Schlusserben im Wege der individuellen Auslegung festgestellt werden kann. (Rn. 14 – 18)

OLG München (31. Zivilsenat),
Beschluss vom 05.11.2020 - 31 Wx 415/17

I. Tatbestand:

1 Die Erblasserin und ihr vorverstorbenen Ehemann schlossen am ...1979 einen Ehe- und Erbvertrag, der in Ziffer. IV („Erbvertrag“) auszugsweise wie folgt lautet:

2 In erbvertragsmäßiger Form, d.h. in einseitig unwiderruflicher Weise, treffen die Vertragsteile folgende gemeinsame Verfügung von Todes wegen: 1) Die Eheleute (...) setzen sich hiermit gegenseitig zu Alleinerben ein, ohne Rücksicht darauf, ob und wieviele Pflichtteilsberechtigte vorhanden sind.

3 2) Für den Fall des Todes des Längstlebenden von Ihnen und/oder für den Fall ihres gleichzeitigen Ablebens bestimmen sie zu Erben zu gleichen Anteilen

a) Die Tochter der Ehefrau (...)

b) Die Tochter des Ehemannes aus zweiter Ehe (= Beteiligte zu 2)

c) Die Tochter des Ehemannes aus zweiter Ehe (= Beteiligte zu 1).

Ersatzerben werden heute nicht bestimmt (...).

3) (...)

4 4) Sollte einer der eingesetzten Erben beim Tode des erstversterbenden Teils der Eheleute (...) seinen Pflichtteil geltend machen, so wird er nach dem Tode des Längstlebenden der Eheleute (...) nicht Erbe. In diesem Falle werden Erbe zu gleichen Anteilen die übrigen eingesetzten Erben (...)

5 Die Tochter der Ehefrau ist ohne Hinterlassung von Abkömmlingen vorverstorben.

6 Die Erblasserin hat mehrere notarielle Testamente errichtet. In dem letzterrichteten (11.5.2009) hat sie den Beteiligten zu 3 zu ihrem Alleinerben bestimmt.

7 Die Beteiligten zu 1 und 2 beantragten am 11.08.2016 vor dem Nachlassgericht einen Erbschein, der eine Erbquote zu ihren Gunsten von je 1/2 ausweist. Dem ist der Beteiligte zu 3 entgegengetreten, da nach seiner Auffassung die Beteiligten zu 1 und 2 den Pflichtteil nach dem Ableben ihres Vaters zu Lebzeiten der Erblasserin geltend gemacht haben.

8 Mit Beschluss vom 5.9.2017 hat das Nachlassgericht die Tatsachen für die Feststellung des beantragten Erbscheins für festgestellt erachtet. Das Nachlassgericht ist dabei zu dem Ergebnis gelangt, dass nach den durchgeführten Ermittlungen nicht nachgewiesen ist, dass die Beteiligten zu 1 und 2 nach dem Ableben ihres Vaters den Pflichtteil geltend gemacht haben. Infolge des Wegfalls der Tochter der Erblasserin sei es in Bezug deren Erbteils zur Anwachsung zugunsten der Beteiligten zu 1 und 2 gekommen. Im Hinblick auf die Vertragsmäßigkeit der in dem Erbvertrag getroffenen Verfügungen, habe die Erblasserin diese nicht durch nachfolgende letztwillige Verfügungen abändern kön-

nen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 3.

II. Aus den Gründen:

9 Die zulässige Beschwerde hat bereits deswegen in der Sache Erfolg, da - ungeachtet der zwischen den Beteiligten strittigen Frage, ob ein Pflichtteilverlangen der Beteiligten zu 1 und 2 gegeben ist - der von den Beteiligten zu 1 und 2 erstrebte Erbschein (Miterbinnen von jeweils 1/2) nicht die materielle Erbfolge abbildet.

10 1. Der Senat teilt nicht die Auffassung des Nachlassgerichts, dass die Erblasserin die in dem Erbvertrag getroffenen Erbeinsetzung im Hinblick auf § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB deswegen nicht mehr abändern konnte, da der Erbteil der bedachten Tochter der Erblasserin, die infolge Vorversterbens weggefallen ist, den Beteiligten zu 1 und 2 angewachsen ist und diese Anwachsung von der Bindungswirkung im Sinne der § 2278 BGB i.V.m. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB erfasst wird.

11 a) Es erscheint bereits fraglich, ob die nach § 2094 BGB eintretende Anwachsung eines Erbteils infolge Wegfalls eines Bedachten überhaupt eine vertragsmäßige Verfügung im Sinne des § 2278 Abs. 2 BGB darstellt.

aa) § 2278 Abs. 1 BGB setzt in Bezug auf die Vertragsmäßigkeit deren Anordnung durch die Ehegatten voraus, wobei diese auf die in § 2278 Abs. 2 enumerativ aufgezählten Verfügungen beschränkt ist. Demgegenüber tritt die Anwachsung als dispositive Ergänzungsnorm (BeckOGK/*Gierl* BGB § 2094 Rn. 2) kraft Gesetzes ein. Im Hinblick darauf stellt die Anwachsung nach Auffassung des Senats gerade keine Verfügung im Sinne des § 2278 BGB dar. Soweit dies im Falle einer Pflichtteils Klausel vertreten wird (vgl. BayObLG ZEV 2004, 202 m. Anm. *Ivo*), findet diese Auffassung ihre Rechtfertigung im Kern darin, dass die Ehegatten ihre Erbfolge durch die Erbeinsetzung abschließend getroffen haben und die Pflichtteils Klausel bei ihrem Eingreifen als Teil des Willens der Ehegatten die bereits getroffene Erbfolge modifiziert und sich diese Erbfolge somit auf einer letztwilligen Verfügung der Ehegatten beruht. Die Regelung in der Pflichtteils Klausel ist somit Teil der Erbeinsetzung und erweist sich so als eine Verfügung im Sinne des § 2278 Abs. 2 BGB.

12 bb) Dieser Ansatz lässt sich aber nicht ohne weiteres auf die sonstigen Fälle eines Wegfalls des ursprünglich Bedachten übertragen (so aber OLG Nürnberg DNotz 2018, 148 m. abl. Anm. *Braun* für den Fall, dass einer von zwei in einem Ehegattentestament eingesetzten Schlusserben ohne Hinterlassung von Ab-

kömmlingen wegfällt im Hinblick auf § 2270 Abs. 2 BGB; OLG Hamm MittBayNot 2015, 413 betreffend die Anwachsung infolge des Zuwendungsverzichts eines der Schlusserben im Hinblick auf § 2270 Abs. 2).

13 In dem vorliegenden Fall des Vorversterben eines der Bedachten tritt die Anwachsung allein kraft Gesetzes infolge Vorversterbens der Bedachten ein, da die Ehegatten für diesen Fall ausdrücklich keine Regelung („Ersatzerben werden heute nicht bestimmt“) getroffen haben. Insofern ist die Anwachsung nicht die Kehrseite einer von den Ehegatten getroffenen Erbeinsetzung, sondern tritt allein kraft Gesetzes ein, sodass sich die Anwachsung nicht als „andere Verfügung“ im Sinne des § 2278 Abs. 2 BGB darstellt und demgemäß in diesem Umfang auch keine Bindungswirkung eintreten kann (vgl. NK-BGB/Kornel 5. Auflage 2018 § 2278 Rn. 10). Die hiergegen erhobenen Einwände im Hinblick auf die Einheitlichkeit des Erbteils (vgl. dazu z.B. J. Mayer/Dietz in: Reimann/Bengel/Dietz Testament und Erbvertrag 7. Auflage 2020 § 2278 Rn 47) greifen nicht. Denn inmitten steht allein die Frage, ob eine später errichtete letztwillige Verfügung die erbrechtliche Stellung der weiterhin Bedachten im Sinne des § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB beeinträchtigt. Insofern geht § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB davon aus, dass die Unwirksamkeit auch nur Teile einer letztwilligen Verfügung erfassen kann („soweit“).

14 b) Die Frage, ob die infolge Wegfalls eines Bedachten nach § 2094 BGB eintretende Anwachsung unter § 2278 BGB fällt und sich insofern als vertragsmäßig darstellt, bedarf jedoch keiner abschließenden Entscheidung, da die individuelle Auslegung der im Erbvertrag getroffenen Anordnungen vorliegend zu dem Ergebnis führt, dass die Erblasserin nach Wegfall ihrer Tochter zu einer neuen letztwilligen Verfügung in Bezug auf diesen Erbteil befugt sein sollte.

15 aa) Die von den Ehegatten in dem Erbvertrag getroffenen Anordnungen sind nach dem Verständnis des konkreten Empfängers der Willenserklärung in der konkreten Situation der Errichtung des Erbvertrags auszulegen, wobei die §§ 157, 242 BGB Anwendung finden und alle Umstände, sowohl in und außerhalb der Testamentsurkunde zu berücksichtigen sind (BeckOGK/Gierl BGB § 2084 Rn. 12 und 30), vorliegend insbesondere die familiären Beziehungen der Ehegatten zu den jeweiligen Bedachten.

16 bb) Vor deren Hintergrund (Beteiligte zu 1 und 2 sind Kinder des Ehemannes aus seiner zweiten Ehe; die vorverstorbene Bedachte war eine Tochter der Erblasserin aus ihrer ersten Ehe) ist die Anordnung der Vertragsmäßigkeit insofern auslegungsbedürftig, da in einer solchen Konstellation das Interesse der jeweiligen Ehe-

partner in der Regel primär darauf gerichtet ist, dass der eine Ehepartner an seiner letztwilligen Verfügung zugunsten der Abkömmlinge des anderen Ehepartners gebunden ist, nicht aber an seine Verfügung zugunsten des eigenen Kindes. Diese Interessenslage kommt auch in der Regelung des § 2270 Abs. 2 BGB zum Ausdruck, die im Rahmen des § 2278 BGB entsprechend heranzuziehen ist (vgl. Palandt/Weidlich BGB 79. Auflage 2020 § 2278 Rn. 4).

17 cc) Unter Zugrundelegung dieser Wertung ist der Senat der Überzeugung, dass die Willensrichtung der Ehegatten im Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrags allein darauf gerichtet war, dass der überlebende Ehegatte die Erbenstellung der jeweiligen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten nach dessen Ableben nicht mehr entziehen kann, jedoch nicht an einer unveränderlichen Selbstbindung in Bezug auf seine eigenen Abkömmlinge. Demgemäß war die Erblasserin nicht daran gehindert, in Bezug auf den ihrer Tochter ursprünglich zugedachten Erbteil neu zu testieren, hingegen war sie in Bezug auf die den Beteiligten zu 1 und 2 zugedachten Erbteile an ihrer Erbeinsetzung in dem Erbvertrag gebunden, da das Interesse des Ehemanns der Erblasserin darauf gerichtet war, diesen als seine Kinder ihre zugedachten Erbteile zu sichern.

18 dd) Insofern kommt es zwar nach Wegfall der Tochter der Erblasserin zu einer Anwachsung zugunsten der Erbteile der Beteiligten zu 1 und 2. Die „Beeinträchtigung“ i.S.d. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB infolge der Neutestierung der Erblasserin bezieht sich aber allein auf die den Bedachten zu 1 und 2 ursprünglich angedachten Erbteile, umfasst aber nicht den angewachsenen Erbteil. Dem steht nicht entgegen, dass der angewachsene Erbteil keinen gesonderten Erbteil darstellt, sondern ursprünglicher Erbteil und „anwachsender Erbteil“ eine Einheit darstellen (BeckOGK/Gierl BGB § 2094 Rn. 42). Denn - wie bereits oben ausgeführt - geht § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB davon aus, dass die Unwirksamkeit auch nur Teile einer letztwilligen Verfügung erfassen kann („soweit“).

19 2. Demgemäß führt die Neutestierung der Erblasserin zu einer Erbenstellung der Beteiligten zu je 1/3. Dies hat grundsätzlich zur Konsequenz, dass der Senat zum einen den Beschluss des Nachlassgerichts bereits deswegen aufhebt, zum anderen dass er den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 und 2 zurückweist.

20 3. Statt der Zurückweisung des Antrags besteht aber auch die Möglichkeit, dass der Senat - mit Aufhebung der Entscheidung des Nachlassgerichts - die Akten an das Nachlassgericht zurückgibt, damit die Beteiligten zu 1 und 2 die Möglichkeit erhalten, den ursprünglichen Antrag entsprechend abzuändern. Inso-

fern liegt keine gebührenpflichtige Neuansatzstellung vor (vgl. zu allem *Gierl* in: Burandt/Rojahn Erbrecht 3. Auflage 2019 § 352e FamFG Rn. 221). Dies setzt aber voraus, dass mit einer entsprechenden Antragsände-

rung zu rechnen ist. Dies ist vorliegend der Fall, da die Beteiligten zu 1 und 2 ausdrücklich eine entsprechende Antragsänderung nach Rückgabe der Akten an das Nachlassgericht angekündigt haben.

LIEGENSCHAFTSRECHT

Auflassungserklärung bedarf Anwesenheit aller Beteiligten und inländisch bestelltem Notar

BGB § 925 Abs. 1 S. 2, § 925a; GBO § 20, § 29, § 78 Abs. 1, Abs. 3; EVÜ Art. 9 Abs. 6

Amtlicher Leitsatz:

Die in § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB für die Auflassung bestimmte Form kann im Fall des Satzes 2 der Vorschrift nur durch deren Erklärung durch die gleichzeitig anwesenden Beteiligten vor einem im Inland bestellten Notar gewahrt werden. (Rn. 8)

Redaktionelle Leitsätze:

1. Die Formwirksamkeit der Auflassung bestimmt sich nach deutschem Recht, wenn Gegenstand der Auflassung des (Mit-) Eigentum an einem in Deutschland belegenen Grundstück ist. (Rn. 6)

2. Die Erstreckung von § 925 Abs. 1 S. 2 BGB auf ausländische Notare ist nicht unter dem Gesichtspunkt einer unionsrechtskonformen Auslegung geboten. (Rn. 28)

BGH (V. Zivilsenat),

Beschluss vom 13.02.2020 – V ZB 3/16

I. Tatbestand:

1 Der Beteiligte zu 1 ist als Alleineigentümer des eingangs genannten, in Deutschland unweit der Schweizer Grenze gelegenen Grundstücks eingetragen. Mit Vertrag vom 30. Mai 2014 verpflichtete er sich zur Übertragung eines hälftigen Miteigentumsanteils an dem vorbenannten Grundstück auf die Beteiligte zu 2. Die Beteiligten einigten sich dabei über den Eigentumsübergang; der Beteiligte zu 1 bewilligte und die Beteiligte zu 2 beantragte, sie als jeweils hälftige Miteigentümer in das Grundbuch einzutragen. Der Vertrag wurde durch einen Schweizer Notar mit Amtssitz in Basel beurkundet.

2 Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde wendet sich dieser weiterhin gegen die Verfügung des Grundbuchamtes.

II. Aus den Gründen:

3 Das Beschwerdegericht meint, bei einem Schweizer Notar handele es sich nicht um eine im Sinne des § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB zuständige Stelle. Auch wenn dies dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht eindeutig zu entnehmen sei, so spreche doch die Entstehungsgeschichte für diese Auslegung. Aus der Gesetzgebungshistorie ergebe sich, dass der Gesetzgeber von der Zuständigkeit nur deutscher Notare ausgegangen sei. Es könne nicht angenommen werden, dass er die in § 925a BGB niedergelegte Pflicht ausländischen Notaren habe übertragen wollen. Die häufig fehlende Vertrautheit ausländischer Notare mit dem sachenrechtlichen Institut der Auflassung und deren Ortsferne wie auch die Sicherung der rechtzeitigen Information der Genehmigungs- und Steuerbehörden rechtfertige die ausschließliche Zuständigkeit deutscher Notare. Aus dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 ergebe sich nichts anderes, da die dort vereinbarte Dienstleistungsfreiheit nicht für die Ausübung hoheitlicher Befugnisse gelte, wozu die Beurkundungstätigkeit der Notare gehöre.

4 Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und gemäß § 78 Abs. 3 GBO i.V.m. § 71 FamFG auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das Grundbuch hat die Eintragung der Auflassung zu Recht verweigert.

5 1. Das Beschwerdegericht geht zutreffend von § 20 GBO aus. Danach darf die Eintragung der Auflassung nur erfolgen, wenn die dazu erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist und dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wird. Die Beteiligten haben dem Grundbuchamt eine von einem in Basel, Schweiz, ansässigen Notar errichtete öffentliche Urkunde vorgelegt, nach deren § 4 sie vor ihm die Auflassung eines hälftigen Miteigentumsanteils an dem Grundstück durch den Beteiligten zu 1 an die Beteiligte zu 2 erklären. Richtig nimmt das Beschwerdegericht weiter an, dass diese Einigung nicht wirksam ist und deshalb den Anforderungen des § 925 BGB nicht genügt.

6 2. Die Wirksamkeit der Auflassung richtet sich nicht nur in materiellrechtlicher Hinsicht, sondern auch hinsichtlich der zu beachtenden Form nach deutschem Sachrecht. Die Formwirksamkeit von Verträgen bestimmt sich zwar nach dem im Verhältnis zur Schweiz anwendbaren Art. 9 Abs. 1 EVÜ, der inhaltlich Art. 11 Abs. 1 EGBGB und Art. 11 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) entspricht, alternativ nach dem auf den Vertrag anwendbaren Recht oder nach dem Recht des Staates, in dem er

geschlossen wurde (sog. Ortsform). Die Form wäre deshalb schon gewahrt, wenn der Vertrag der Ortsform entspricht. Danach wäre das der hier einzutragenden Auflassung zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft der Beteiligten wirksam, wenn und weil es der für solche Verträge in der Schweiz geltenden Form genügt. Diese Regelung gilt aber nach Art. 9 Abs. 6 EVÜ, der inhaltlich Art. 11 Abs. 5 der Rom I Verordnung und hier im Ergebnis auch der etwas anders gefassten Regelung in Art. 11 Abs. 4 EGBGB entspricht, nicht für Verträge, die ein dingliches Recht an einem Grundstück zum Gegenstand haben. Dingliches Recht an einem Grundstück im Sinne dieser Vorschriften ist auch ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück (für die korrespondierende Regelung in Art. 43 EGBGB: BGH, Urteil vom 20. Juli 2017 – IX ZB 69/16, WM 2017, 1618 Rn. 19). Für solche Rechte gelten die zwingenden Formvorschriften des Staates, in dem das Grundstück belegen ist, sofern sie nach dem Recht dieses Staates ohne Rücksicht auf den Ort des Abschlusses des Vertrages und auf das auf ihn anzuwendende Recht gelten. Danach bestimmt sich nicht nur die materiell-rechtliche, sondern auch die Formwirksamkeit der Auflassung nach deutschem Sachrecht, weil Gegenstand der Auflassung das (Mit-) Eigentum an einem in Deutschland belegenen Grundstück ist.

7 3. Die Maßgeblichkeit deutschen Sachrechts muss allerdings nicht bedeuten, dass ein darin bestimmtes Formerfordernis der notariellen Beurkundung nur mit der Beurkundung durch einen im Inland bestellten Notar und nicht durch einen im Ausland bestellten Notar erfüllt werden könnte. In Abhängigkeit von den Zwecken, die mit der im deutschen Sachrecht bestimmten Form verfolgt werden, kann die notarielle Beurkundung durch einen im Ausland bestellten Notar dem Formerfordernis des deutschen Sachrechts genügen. Anerkannt ist dies im Gesellschaftsrecht. Für die Abtretung des Geschäftsanteils an einer deutschen GmbH ist in § 15 Abs. 3 GmbHG die notarielle Form vorgeschrieben. Dieses Formerfordernis des deutschen Rechts kann durch eine Beurkundung durch einen in der Schweiz bestellten Notar erfüllt werden, wenn sie der Beurkundung durch einen in Deutschland bestellten Notar gleichwertig ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. Februar 1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76, 78 und vom 17. Dezember 2013 – II ZB 6/13, BGHZ 199, 270 Rn. 13 ff. sowie Urteil vom 22. Mai 1989 – II ZR 211/88, NJW-RR 1989, 1259, 1261). Für Beurkundungen durch einen in Basel bestellten Notar ist die Gleichwertigkeit anerkannt (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – II ZB 6/13, aaO Rn. 23; Nachweise zu anderen Schweizer Kantonen bei MüKoBGB/Spellenberg, 7. Aufl., Art. 11 EGBGB Rn. 88).

8 4. Im Unterschied dazu kann die in § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB für die Auflassung bestimmte Form im Fall des Sat-

zes 2 der Vorschrift nur durch deren Erklärung durch die gleichzeitig anwesenden Beteiligten vor einem im Inland bestellten Notar gewahrt werden.

9 a) Die Frage ist allerdings umstritten.

10 aa) Nach weit überwiegender Ansicht ist nur ein im Inland bestellter Notar für die Entgegennahme der Auflassungserklärung nach § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB zuständig (vgl. KG, DNotZ 1987, 44, 45 ff.; OLG Köln, OLGZ 1972, 321, 322; LG Ellwangen, BWNotZ 2000, 45, 46; Palandt/Thorn, BGB, 79. Aufl., Art. 11 EGBGB Rn. 10; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Vierter Teil Rn. 3337; Staudinger/Hertel, BGB [2017], BeurkG Rn. 855; Landesnotarkammer Bayern, DNotZ 1964, 451; Blumenwitz, DNotZ 1968, 712, 736; Döbereiner, ZNotP 2001, 465, 466 ff.; Kanzleiter, DNotZ 2007, 222, 224 f.; Kropholler, ZHR 140 [1976], 394, 410 f.; Riedel, DNotZ 1955, 521; Rothoeft, FS Esser [1975], 113 ff., 127; Saage, DNotZ 1953, 584, 587; Schäuble, BWNotZ 2018, 60, 65; offen gelassen von OLG Brandenburg, Beschluss vom 17. September 2009 – 5 Wx 6/09, juris Rn. 15). Nach der Gegenauffassung ist auch ein im Ausland bestellter Notar zuständige Stelle im Sinne von § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. Erman/Hohloch, BGB, 15. Aufl., Art. 11 EGBGB Rn. 34; MüKoBGB/Spellenberg, 8. Aufl., Art. 11 EGBGB Rn. 81; ders. in FS Schütze [1999], 887 ff., 894 f., 897; Staudinger/Winkler von Mohrenfels, BGB [2019], Art. 11 EGBGB Rn. 302; Heinz, RIW 2001, 928, 929 ff.; Küppers, DNotZ 1973, 645, 677; Mann, NJW 1955, 1177, 1178 und ZHR 138 [1974], 448, 456; Stauch, Die Geltung ausländischer notarieller Urkunden in der Bundesrepublik Deutschland, [1983], 119-122).

11 bb) Der Bundesgerichtshof hat sich mit der Frage bislang nur beiläufig befasst. Er hat nur entschieden, es sei revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die durch einen amerikanischen Notar beurkundete Auflassung von in Deutschland belegenen Grundstücken als den Anforderungen des § 925 BGB nicht genügend angesehen werde (BGH, Urteil vom 10. Juni 1968 – III ZR 15/66, WM 1968, 1170, 1171).

12 b) Der Senat entscheidet die Frage im Sinne der überwiegenden Ansicht.

13 aa) Der Wortlaut des § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB lässt allerdings die Auslegung zu, dass die Formulierung „jeder Notar“ auch ausländische Notare erfasst. Für ein solches Verständnis der Vorschrift ließe sich der Vergleich zu der Regelung über die Beurkundung einer Vollstreckungsunterwerfung in § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO anführen, die auf in Deutschland zugelassene Notare beschränkt sein soll und dies ausdrücklich so bestimmt. An einer expliziten Regelung dieser Art fehlt es in § 925 BGB. Weit verstanden wird der Begriff „eines in notarieller Form geschlossenen Vertrags“ in § 15 Abs. 3 GmbHG. Dieser Form genügt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wie

ausgeführt, auch die Beurkundung der Abtretung eines GmbH-Anteils durch einen ausländischen Notar, wenn sie – wie im Fall eines Schweizer Notars – gleichwertig ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. Februar 1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76, 78 und vom 17. Dezember 2013 – II ZB 6/13, BGHZ 199, 270 Rn. 13 ff. sowie Urteil vom 22. Mai 1989 – II ZR 211/88, NJW-RR 1989, 1259, 1261). Andererseits kann auch im Gesellschaftsrecht nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die den inländischen Notaren übertragenen Aufgaben auch von ausländischen Notaren übernommen werden können. So regelt etwa § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG ausdrücklich, dass die Belehrung der Geschäftsführer einer GmbH auch durch einen im Ausland bestellten Notar erfolgen kann. Eine solche Regelung enthält § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB ebenfalls nicht. Die der vorliegenden strukturell vergleichbare Frage, ob die in den westlichen Bundesländern bestellten Notare vor dem Wirksamwerden des Beitritts im Beitrittsgebiet wirksam Beurkundungen vornehmen konnten, hat der Gesetzgeber mit Art. 231 § 7 Abs. 1 EGBGB durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung im positiven Sinne geklärt (BT-Drucks. 12/2480 S. 76 f.).

14 bb) Die Entstehungsgeschichte der Norm ergibt indes eindeutig, dass in § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB nur ein im Inland bestellter Notar gemeint ist.

15 (1) Das Reichsjustizamt hatte mit der Vorschrift des § 925 BGB erreichen wollen, dass die Auflassung ausschließlich vor dem Grundbuchamt erklärt werden konnte. Es war nämlich der Überzeugung, dass nur so eine überlegte, missbrauchsfreie, zügige und rechtssichere Erklärung und Umsetzung der Auflassung zu erreichen war (Mugdan, Gesamte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III S. 174; Einzelheiten bei Pajunk, Die Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung [2002], 109-116). Dieses Ziel konnte das Reichsjustizamt in den parlamentarischen Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch nur teilweise erreichen. Nach § 925 Abs. 1 BGB in der letztlich verabschiedeten Ursprungsfassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 18. August 1896 (RGBl. S. 195) musste die Auflassung zwar vor dem Grundbuchamt erklärt werden. Nach dem gleichzeitig verabschiedeten früheren Art. 143 Abs. 1 EGBGB blieben aber die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche für die im Gebiet des jeweiligen Landes liegenden Grundstücke bestimmten, dass die Einigung der Parteien im Fall des § 925 BGB außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht, vor einem Notar, vor einer anderen Behörde oder vor einem anderen Beamten erklärt werden konnte.

16 (2) Damit waren nur von dem jeweiligen Land bestellte Notare angesprochen; die Länder konnten die Entgegennahme der Auflassungserklärung durch „ihre“ No-

tare auch nur für Auflassungserklärungen vorsehen, die Grundstücke in ihrem jeweiligen Gebiet betrafen. Das ergibt sich mittelbar aus § 1 der Verordnung über Auflassungen, landesrechtliche Gebühren und Mündelsicherheit vom 11. Mai 1934 (RGBl. I S. 378). Nach Satz 1 dieser Bestimmung konnten unabhängig von dem Bestehen oder Nichtbestehen landesgesetzlicher Vorschriften Auflassungen in allen Ländern außer vor dem Grundbuchamt oder einer sonstigen nach Landesrecht zuständigen Stelle auch vor einem Notar erklärt werden. Das galt nach Satz 2 der Vorschrift auch für Grundstücke, die außerhalb des Amtsbezirks des Notars oder des Landes, von dem er bestellt war, lagen. Hieraus folgt, dass es nur um im Inland bestellte Notare ging.

17 (3) Daran hat sich durch die Überführung dieser und der begleitenden Vorschrift in § 2 der Verordnung von 1934 in das Bürgerliche Gesetzbuch durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 5. März 1953 (BGBl. I S. 33) nichts geändert. Mit der Formulierung „jeder Notar“ sollten die Regelungen in § 1 der Verordnung von 1934 redaktionell gestrafft, aber inhaltlich unverändert mit dem heutigen § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert werden (BT-Drucks. I/3824 S. 17; weitere Einzelheiten bei Riedel, DNotZ 1955, 521, 522 f.). Mit dem Inkrafttreten des Beurkundungsgesetzes am 1. Januar 1970 hielt der Gesetzgeber an dieser Regelung uneingeschränkt fest. Mit dem Gesetz fielen mit Ausnahme der Zuständigkeit der Konsularbeamten nach § 925 Abs. 1 Satz BGB i.V.m. § 12 KonsG und der gerichtlichen Zuständigkeit nach § 925 Abs. 1 Satz 3 BGB alle anderen Zuständigkeiten für die Entgegennahme der Auflassung, auch die Zuständigkeit der Grundbuchämter, weg. Zu keinem Zeitpunkt hat der Gesetzgeber erwogen, eine Zuständigkeit zur Entgegennahme der Auflassungserklärung für im Ausland bestellte Notare zu begründen.

18 c) Die Zuständigkeit von im Ausland bestellten Notaren zur Entgegennahme der Einigung über die Übertragung des Eigentums an im Inland belegenen Grundstücken lässt sich auch nicht im Wege einer analogen Anwendung von § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB begründen. Eine solche Auslegung setzt einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers voraus (vgl. Senat, Urteil vom 22. Februar 2019 – V ZR 225/17, NJW-RR 2019, 845 Rn. 35), an dem es aber fehlt.

19 aa) Die mit der Einführung des Abstraktionsprinzips bewirkte „völlige Lösung des dinglichen Vertrages von dessen obligatorischem Grunde“ (Mugdan, Gesamte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, S. 175) erforderte nach der Auffassung des Gesetzgebers bei der Begründung beschränkter dinglicher Rechte keine besonderen flankierenden Maßnahmen. Er hat deshalb für den auch hierfür nach § 873 Abs. 1 BGB erforderlichen dingli-

chen Vertrag keine Form vorgeschrieben und als Grundlage für die Eintragung in das Grundbuch die öffentlich zu beglaubigende Bewilligung des Eigentümers gemäß §§ 19, 29 GBO ausreichen lassen. Anders wurde dagegen die Situation bei dem dinglichen Vertrag über die Übertragung des Eigentums an Grundstücken beurteilt. Sie hatte aus der Sicht des Gesetzgebers als Grundlage beschränkter dinglicher Rechte eine deutlich größere wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung. Er befürchtete, dass ohne besondere Vorkehrungen Übertragungen des Eigentums leichtfertig und ohne Veranlassung, aber auch ohne Kenntnis von zwischenzeitlichen Verfügungen über das Eigentum, vorgenommen werden könnten und dass die Richtigkeit des Grundbuchs durch die an sich mögliche getrennte Erklärung von Antrag und Annahme des Antrags und eine verzögerte Übermittlung der Erklärungen an das Grundbuchamt, aber auch durch technisch unzureichende Erklärungen gefährdet werden könnte (*Mugdan*, Gesamte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, S. 174 f.).

20 bb) Diesen Gefahren ließ sich aus der Sicht des Gesetzgebers am besten dadurch begegnen, dass die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten vor dem Grundbuchamt zu erklären ist. Durch die gleichzeitige Anwesenheit kommt die Einigung sofort zustande. Die Notwendigkeit, die Auflassung gemeinsam „vor offenem Buche“ und gegenüber dem für die Eintragung zuständigen Grundbuchbeamten zu erklären, würde den Beteiligten die Bedeutung ihrer Erklärung schon deshalb bewusst machen, weil sie mit ihrer sofortigen Eintragung in das Grundbuch rechnen müssten. Gleichzeitig hätten sie auch die Möglichkeit, durch Einsicht in das offene Buch festzustellen, ob zwischenzeitlich über das Eigentum verfügt worden war. Übermittlungsprobleme ergäben sich nicht, weil die Auflassung gegen der das Grundbuch führenden Stelle erklärt würde (*Mugdan*, Gesamte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, S. 175).

21 d) Eine andere Auslegung von § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB folgt nicht aus dem Zweck der Vorschrift. Dieser lässt sich nur mit einer hoheitlichen Bestellung der Notare im Inland erreichen.

22 aa) Der Gesetzgeber hat allerdings das Prinzip der Erklärung der Auflassung vor offenem Buche aufgegeben, wenn auch nur zögernd und vollständig erst mit dem Inkrafttreten des Beurkundungsgesetzes am 1. Januar 1970. Die schrittweise Übertragung der Zuständigkeit für die Entgegennahme der Auflassungserklärung im Inland auf die Notare (Einzelheiten bei *Riedel*, DNotZ 1955, 521, 522 f.) und die Begründung der Zuständigkeit für die Entgegennahme der Auflassung im Ausland durch die Konsularbeamten hat er zudem mit Vorkehrungen versehen, durch die die mit dem Erfordernis der durch gleichzeitig

anwesenden Beteiligten abzugebenden Auflassungserklärung verfolgten Zwecke weitgehend sichergestellt werden.

23 bb) Da es sich bei den Notaren nicht um die buchführende Stelle handelt, kann die Erklärung der Auflassung nicht mehr „vor offenem Buche“ erfolgen. Der Gesetzgeber setzt die mit dieser Form der Erklärung der Auflassung verknüpften Schutzzwecke deshalb anderweitig um.

24 (1) Den Notaren, aber auch den Konsularbeamten, wird mit dem heutigen § 925a BGB, der auf § 2 der Verordnung über Auflassungen, landesrechtliche Gebühren und Mündelsicherheit vom 11. Mai 1934 (RGBl. I S. 178) zurückgeht, aufgegeben, die Erklärung der Auflassung nur entgegenzunehmen, wenn die erforderliche Urkunde über das schuldrechtliche Grundgeschäft vorgelegt oder gleichzeitig errichtet wird. Sie sollen die Beurkundung des Grundgeschäftes und seine Übereinstimmung mit dem Verfügungsgeschäft ebenso wie die materielle Richtigkeit der Auflassungserklärungen prüfen (vgl. BeckOGK/J. Weber, BGB [1.2.2020], § 925a Rn. 2). Ebenso sollen sie nach § 21 BeurkG das Grundbuch einsehen, um die Eintragungsfähigkeit der Erklärungen zu prüfen. Die Pflicht des Notars zur Vorprüfung und damit zur Gewähr der Richtigkeit und Verlässlichkeit des Grundbuchs ist jetzt mit § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO auch verfahrensrechtlich abgesichert worden.

25 (2) Der Notar hat gemäß § 17 BeurkG die Parteien über Inhalt und Tragweite der beabsichtigten Auflassung zu belehren. Die Auflassung unterliegt nach § 925 Abs. 1 BGB zwar nicht der Form der notariellen Beurkundung; es genügt vielmehr, wenn sie bei gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten vor einem Notar erklärt wird. Die Einhaltung dieser Form kann dem Grundbuchamt gegenüber nach § 29 GBO aber nur durch eine notarielle Urkunde nachgewiesen werden, für deren Errichtung das Verfahren nach den §§ 6 ff. BeurkG einzuhalten ist, das eine Belehrung der Parteien nach § 17 BeurkG einschließt. Dieses Verfahren muss der Notar einhalten, auch wenn ihm dabei unterlaufende Verfahrensfehler nicht zur Unwirksamkeit der Beurkundung führen (dazu Senat, Urteile vom 5. Dezember 1956 – V ZR 61/56, BGHZ 22, 312, 316 f., vom 3. Dezember 1958 – V ZR 28/57, BGHZ 29, 6, 9 f. und vom 25. Oktober 1991 – V ZR 196/90, NJW 1992, 1101, 1102; BGH, Urteil vom 7. Juli 1983 – IX ZR 69/82, NJW 1983, 2933). An die Erklärung der Auflassung vor dem Notar sind die Beteiligten zudem vor ihrer Eintragung in das Grundbuch nach § 873 Abs. 2 BGB, soweit hier von Interesse, nur gebunden, wenn sie notariell beurkundet worden ist. Damit soll gewährleistet werden, „daß nicht übereilt und leichtfertig über die Rechte an Grund und Boden verfügt wird“ (vgl. Senat, Urteil vom 14. September 2018 – V ZR 213/17, MDR 2018, 1308 Rn. 13).

26 (3) Die fachliche Expertise der im Inland bestellten Notare und die fachlichen Anforderungen an die zur Entgegennahme von Auflassungen ermächtigten Konsularbeamten (vgl. § 19 Abs. 1 u. 3 KonsG) stellen sicher, dass die Auflassungen nicht nur den materiell-rechtlichen Vorgaben etwa in § 925 Abs. 2 BGB, sondern auch den grundbuchtechnischen Vorgaben entsprechen. Bei den im Inland bestellten Notaren und den zur Entgegennahme von Auflassungen ermächtigten Konsularbeamten kann auch davon ausgegangen werden, dass sie die mit den Vorgaben für die Auflassung in § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB verknüpften verbraucher-schützenden Ziele, nämlich den Schutz der Beteiligten vor unüberlegten, weil zum Beispiel gar nicht geschuldeten, Auflassungen und die Unterrichtung über zwischenzeitliche Verfügungen durch Einsichtnahme in das Grundbuch sicherstellen.

27 (4) Die Einhaltung dieser Vorgaben kann durch inländische Behörden, nämlich durch die für die Notaraufsicht zuständigen Stellen der Justizverwaltung und die Dienstaufsicht des Auswärtigen Amtes, durchgesetzt werden. Diese Möglichkeit war Grundvoraussetzung für die Übertragung der Zuständigkeit für die Entgegennahme der Auflassung durch die Notare und die Konsularbeamten. Sie ist bei im Ausland bestellten Notaren nicht gegeben.

28 e) Die Erstreckung von § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB auf ausländische Notare ist auch unter dem Gesichtspunkt einer unionsrechtskonformen Auslegung der Vorschrift weder veranlasst noch geboten.

29 aa) Es spricht allerdings viel dafür, dass die in § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB bestimmte Zuständigkeit nur der im Inland bestellten Notare für die Entgegennahme der Auflassung eine Beschränkung des durch Art. 5 des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 4. April 2002 (ABl. EG Nr. L 114 S. 6 – fortan: Freizügigkeitsabkommen) garantierten freien Dienstleistungsverkehrs darstellt. In der Regelung in § 53 Abs. 1 des österreichischen Grundbuchgesetzes, der zufolge die bürgerliche Anmerkung für eine beabsichtigte Veräußerung nur bewilligt werden kann, wenn nach dem Grundbuchstand die Einverleibung des einzutragenden Rechts zulässig wäre und wenn die Unterschrift entsprechender Gesuche gerichtlich oder notariell beglaubigt ist, hat der Gerichtshof der Europäischen Union eine Beschränkung des mit Art. 56 AEUV garantierten freien Dienstleistungsverkehrs gesehen, der den Dienstleistungserbringern ähnliche Rechte vermittelt. Diese Regelung hindere österreichische wie in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ansässige Rechtsanwälte an der Beglaubigung von Anmerkungsgesuchen und beeinträchtige damit die Dienstleistungsfreiheit (EuGH, Urteil vom 9. März 2017 Piringer, Rs. C-342/15,

ECLI:EU:C:2017:196, Rn. 50-52). Im vorliegenden Fall geht es zwar nicht um die Frage, ob die Auflassung auch vor einem Rechtsanwalt erklärt werden könnte, sondern darum, dass sie auch nicht vor einem im Ausland bestellten Notar erklärt werden kann. Das macht aber, anders als das Beschwerdegericht meint, unionsrechtlich keinen Unterschied. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist die Beurkundungstätigkeit der Notare nicht Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne der Bereichsausnahme nach Art. 51 Abs. 1 AEUV (vgl. EuGH, Urteile vom 24. Mai 2011, Kommission/Österreich, Rs. C-53/08, ECLI:EU:C:2011:338 Rn. 91 f. und vom 9. März 2017, Piringer, Rs. C-342/15, ECLI:EU:C:2017:196, Rn. 54), sondern unionsrechtlich eine Dienstleistung.

30 bb) Eine etwaige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit von in der Schweiz ansässigen Notaren wäre jedenfalls nach Art. 5 Abs. 1 des Anhangs I des Freizügigkeitsabkommens gerechtfertigt.

31 (1) Danach dürfen die durch das Freizügigkeitsabkommen eingeräumten Rechte nur durch Maßnahmen eingeschränkt werden, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind. Für die inhaltlich entsprechende Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nach Art. 56 AEUV hat der Gerichtshof der Europäischen Union entschieden, dass eine diskriminierungsfreie Beschränkung angewandt werden kann, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist (EuGH, Urteile vom 28. Januar 2016, Laezza, Rs. C-375/14, ECLI:EU:C:2016:60, Rn. 31 und vom 9. März 2017, Piringer, C-342/15, ECLI:EU:C:2017:196, Rn. 53), geeignet ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das zu seiner Erreichung erforderliche Maß hinausgeht (vgl. EuGH, Urteile vom 17. März 2011, Peñarroja, Rs. C-372/09 und C-373/09, ECLI:EU:C:2011:156, Rn. 54 und vom 9. März 2017, Piringer, C-342/15, ECLI:EU:C:2017:196, Rn. 53).

32 (2) Diese Voraussetzungen hat der Gerichtshof der Europäischen Union in Bezug auf den mit Art. 56 AEUV garantierten freien Dienstleistungsverkehr für den Beglaubigungsvorbehalt für Notare nach § 53 Abs. 3 des österreichischen Grundbuchgesetzes bejaht (EuGH, Urteil vom 9. März 2017, Piringer, C-342/15, ECLI:EU:C:2017:196, Rn. 55 ff.). Bei einer Beeinträchtigung der mit Art. 5 des Freizügigkeitsabkommens garantierten Dienstleistungsfreiheit Schweizer Dienstleistungserbringer in Deutschland durch die Beschränkung der Zuständigkeit zur Entgegennahme von Auflassungen auf im Inland bestellte Notare in § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt es nicht anders. Diese Beschränkung steht in Übereinstimmung mit Art. 5 Abs. 1 des Anhangs I des Freizügigkeitsabkommens.

33 (a) Dem Grundbuch kommt in bestimmten Mitgliedstaaten, die das lateinische Notariat kennen, darunter

auch Deutschland, unter anderem im Rahmen von Grundstückstransaktionen entscheidende Bedeutung zu. Ebenso wie nach österreichischem Recht, um das es in der Entscheidung Piringer ging, setzt eine Verfügung über ein Grundstück und insbesondere die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 873 Abs. 1 BGB neben der Einigung der Beteiligten über die Verfügung die Eintragung in das Grundbuch voraus, sodass die Verfügung erst mit der Eintragung wirksam wird. Die ordnungsgemäße Führung des Grundbuchs ist auch in Deutschland ein wesentlicher Teil der vorsorgenden Rechtspflege. Sie soll die ordnungsgemäße Rechtsanwendung und die Rechtssicherheit von Verfügungen zwischen Privatpersonen gewährleisten und gehört damit zu den Aufgaben und Zuständigkeiten des Staates. Die Verpflichtung der an der Auflassung eines in Deutschland gelegenen Grundstücks Beteiligten, diese Auflassung entweder vor einem deutschen Konsularbeamten im Ausland oder vor einem in Deutschland bestellten Notar im Inland zu erklären, soll sicherstellen, dass die notwendige Einigung über den Eigentumsübergang tatsächlich erfolgt, technisch richtig und in Übereinstimmung mit dem Inhalt des Grundbuchs erklärt und dem Grundbuchamt unverzüglich zur Eintragung zugeleitet wird. Der aus der unüberlegten und unrichtigen Auflassung eines Grundstücks folgenden Gefährdung der Interessen der Beteiligten, aber vor allem der Gefährdung der Richtigkeit des Grundbuchs, soll der Notar durch entsprechende Hinweise an die Beteiligten, notfalls aber auch dadurch entgegenwirken, dass er die Entgegennahme der Auflassungserklärung ablehnt.

34 (b) Dieses Schutz- und Sicherungskonzept des Gesetzgebers setzt vertiefte Kenntnisse des deutschen Sachenrechts, insbesondere auch des Abstraktionsprinzips und seiner Wirkungsweise, und weiter voraus, dass die zuständigen staatlichen Stellen bei Fehlern (vgl. dazu etwa die pr. Allgemeinverfügung vom 23. Mai 1921, pr. JMBI. 1921, 317) auf die Notare einwirken können. Diese Bedingungen liegen bei im Ausland bestellten Notaren schon deshalb nicht vor, weil diese nicht die Pflichten der im Inland bestellten Notare treffen (KG, DNotZ 1987, 44, 47), insbesondere die Pflichten nach § 925a BGB, und weil sie nicht der Notar- oder Dienstaufsicht der deutschen staatlichen Stellen unterliegen, die damit außerstande wäre, die Einhaltung der Vorschriften zur Gewährleistung der Richtigkeit des Grundbuchs sicherzustellen.

35 Diese Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist auch verhältnismäßig. Die Beteiligten haben nach Art. 11 der Verordnung (EU) Nr. 593/2008 (Rom I) bzw. im Verhältnis zur Schweiz nach Art. 9 EÜV die Möglichkeit, einen Vertrag, der zur Übertragung des Eigentums an ei-

nem in Deutschland gelegenen Grundstück verpflichtet, außerhalb Deutschlands unter Beachtung der am Abschlussort geltenden Formvorschriften wirksam abzuschließen. Sie können die Auflassung vor dem für den Abschlussort zuständigen deutschen Konsularbeamten erklären oder Vertreter ermächtigen, die Erklärung für sie vor einem in Deutschland ansässigen Notar abzugeben.

Rechtmäßigkeit der Erteilung einer einfachen vollstreckbare Ausfertigung einer Urkunde durch Notar

ZPO § 574 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 724 Abs. 1, § 726 Abs. 1;
BGB § 1193 Abs. 1 S. 1

Redaktionelle Leitsätze:

- 1. Das Klauselerteilungsorgan ist verpflichtet, durch Auslegung des Titels zu ermitteln, ob dessen Vollstreckbarkeit seinem Inhalt nach vom Eintritt einer vom Gläubiger zu beweisenden Tatsache abhängt. Da der Vollstreckungstitel Inhalt und Umfang der Zwangsvollstreckung festlegt und der Schuldner staatlichen Zwang nur nach dieser Maßgabe zu dulden hat, muss eine zu berücksichtigende Abhängigkeit der Vollstreckbarkeit nach § 726 Abs. 1 ZPO durch den Titel selbst festgestellt sein und sich klar aus diesem ergeben.**
- 2. Nach diesen Maßstäben ist auch das Kündigungserfordernis des § 1193 Abs. 1 Satz 1 BGB zu beachten, wenn sich aus einer notariellen Grundschuldbestellungsurkunde, die aufgrund einer Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung einen Titel darstellt (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO), nichts Abweichendes ergibt. Das materielle Kündigungserfordernis ist dann zugleich Vollstreckungsbedingung.**
- 3. Enthält die Grundschuldbestellungsurkunde die Erklärung, dass dem Gläubiger ohne Nachweis der das Bestehen und die Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung begründenden Tatsachen eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde erteilt werden kann, hat das Klauselerteilungsorgan allerdings auf Antrag eine einfache Vollstreckungsklausel gemäß § 724 ZPO zu erteilen. Ob dieser Nachweisverzicht materiell-rechtlichen wirksam ist, ist im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich nicht zu prüfen.**

BGH (VII. Zivilsenat),

Beschluss vom 07.10.2020 – VII ZB 2/20

I. Tatbestand:

1 Der Schuldner wendet sich gegen die Erteilung einer Vollstreckungsklausel für eine notarielle Urkunde, aus der die Gläubigerin die Zwangsvollstreckung betreibt.

2 Durch Urkunde des Notars R. B. vom 1. April 2010 bestellte der Schuldner der Gläubigerin an seinem Wohnungseigentum (196/1000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück Gemarkung O., Flur, Flurstücke und, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung), eingetragen im Wohnungsgrundbuch von O., Blatt, unter laufender Nr. 1, eine Sicherungsgrundschuld in Höhe von 100.000 € nebst dinglichen Zinsen und Nebenleistung zur Absicherung eines Darlehens.

3 Unter Ziffer 3.3 der Grundschuldbestellungsurkunde heißt es:

4 „Der Eigentümer beantragt beim Notar:

a) der Gläubigerin sofort eine Ausfertigung dieser Urkunde zu erteilen,

b) der Gläubigerin eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde zu erteilen,

... Es wird auf den Nachweis der Tatsachen verzichtet, die das Entstehen und die Fälligkeit der Grundschuld und der Nebenleistung bedingen.“

5 Am 6. April 2010 erteilte der Notar R. B. der Gläubigerin eine mit einer einfachen Vollstreckungsklausel versehene vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde vom 1. April 2010.

6 Am 19. Dezember 2017 leitete die Gläubigerin wegen einer offenen Restforderung in Höhe von 62.000 € aus der vollstreckbaren Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde das Zwangsversteigerungsverfahren in den Grundbesitz des Schuldners ein.

7 Das Amtsgericht hat die durch den Schuldner am 6. Dezember 2019 eingelegte Klauselerinnerung mit Beschluss vom 10. Januar 2020 zurückgewiesen. Die hiergegen erhobene sofortige Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben.

8 Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde beantragt der Schuldner, die Entscheidung des Beschwerdegerichts aufzuheben und die Zwangsvollstreckung aus der für die vollstreckbare notarielle Urkunde des Notars R. B. vom 1. April 2010 erteilten Vollstreckungsklausel vom 6. April 2010 für unzulässig zu erklären.

II. Aus den Gründen:

9 Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

10 1. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung in BKR 2020, 300 (mit zust. Anm. Freckmann) veröffentlicht

ist, hat ausgeführt, dass der vom Schuldner in der notariellen Urkunde erklärte Verzicht auf den Nachweis des Entstehens und der Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung zulässig gewesen sei. Dies entspreche der grundsätzlichen Trennung zwischen der materiellen Rechtslage und dem Prozessrechtsverhältnis. Auch habe das Risikobegrenzungs-gesetz den Gestaltungsspielraum in der Zwangsvollstreckung nicht eingeschränkt, sondern nur die Rechtsstellung des Eigentümers speziell im Hinblick auf eine ungerechtfertigte Rechtsdurchsetzung verbessert.

11 Zudem komme es auf die Zulässigkeit des Verzichts nicht an, da die Voraussetzungen der Klauselerteilung inzwischen vorlägen. Der maßgebliche Zeitpunkt zur Überprüfung der Voraussetzungen der Klauselerteilung sei der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung und nicht derjenige der Erteilung der Klausel. Die Kündigung der Grundschuld sei dem Schuldner am 31. Juli 2015 zugestellt worden. Dies sei durch die Postzustellungsurkunde nachgewiesen; demgegenüber genüge das pauschale Bestreiten der Zustellung durch den Schuldner nicht, um den erforderlichen Gegenbeweis zu erbringen. Die Zwangsvollstreckung sei dann später als sechs Monate nach Zustellung der Kündigung eingeleitet worden.

12 2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

13 Zu Recht hat Notar R. B. der Gläubigerin eine mit einer einfachen Vollstreckungsklausel gemäß § 724 Abs. 1 ZPO versehene vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde vom 1. April 2010 erteilt, § 797 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

14 Im Verfahren der Klauselerinnerung gemäß § 732 ZPO kann ein Schuldner in begründeter Weise grundsätzlich nur Einwendungen gegen eine dem Gläubiger erteilte Vollstreckungsklausel erheben, die Fehler formeller Art zum Gegenstand haben (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 16. April 2009 – VII ZB 62/08 Rn. 12, NJW 2009, 1887; Beschluss vom 4. Oktober 2005 – VII ZB 54/05, NJW-RR 2006, 567, juris Rn. 15; Beschluss vom 5. Juli 2005 – VII ZB 27/05, MDR 2005, 1432, juris Rn. 10). In diesem Rahmen ist unter anderem überprüfbar, ob ein Notar zu Recht eine einfache Vollstreckungsklausel gemäß § 724 ZPO erteilt hat oder ob es der Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel, etwa gemäß § 726 ZPO, bedurft hätte (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Januar 2012 – VII ZB 71/09 Rn. 14 f., NJW-RR 2012, 1146).

15 a) Wie der Senat mit weiterem Beschluss vom heutigen Tage in dem Verfahren VII ZB 56/18 entschieden hat, handelt es sich bei dem Kündigungserfordernis des § 1193 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich um eine Vollstreckungsbedingung im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO, wenn sich der Schuldner in der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Der Notar ist daher grundsätzlich gehalten,

eine qualifizierte Vollstreckungsklausel frühestens nach entsprechendem Nachweis der Kündigung der Grundschuld zu erteilen.

16 Das Klauselerteilungsorgan ist verpflichtet, durch Auslegung des Titels zu ermitteln, ob dessen Vollstreckbarkeit seinem Inhalt nach vom Eintritt einer vom Gläubiger zu beweisenden Tatsache abhängt. Der Auslegung sind allerdings durch die Formalisierung des Klauselerteilungsverfahrens Grenzen gesetzt. Da der Vollstreckungstitel Inhalt und Umfang der Zwangsvollstreckung festlegt und der Schuldner staatlichen Zwang nur nach dieser Maßgabe zu dulden hat, muss eine im Klauselerteilungsverfahren zu berücksichtigende Abhängigkeit der Vollstreckbarkeit nach § 726 Abs. 1 ZPO durch den Titel selbst festgestellt sein und sich klar aus diesem ergeben. Bei der Auslegung kann nicht auf außerhalb des Titels liegende Umstände abgestellt werden. Im Grundsatz muss der Titel daher aus sich heraus für eine Auslegung genügend bestimmt sein oder jedenfalls sämtliche Kriterien für seine Bestimmbarkeit eindeutig festlegen (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Juni 2011 – VII ZB 89/10 Rn. 22 ff. m.w.N., BGHZ 190, 172). Dabei können auch gesetzliche Regelungen Berücksichtigung finden, sofern sich deren Anwendbarkeit aus dem Titel zweifelsfrei ergibt. Nach diesen Maßstäben ist auch das Kündigungserfordernis des § 1193 Abs. 1 Satz 1 BGB zu beachten, wenn sich aus einer notariellen Grundschuldbestellungsurkunde, die aufgrund einer Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung einen Titel darstellt (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO), nichts Abweichendes ergibt. Das materielle Kündigungserfordernis ist dann zugleich Vollstreckungsbedingung (vgl. *Volmer*, MittBayNot 2009, 1, 6 f.; *Musielak/Voit/Lackmann*, ZPO, 17. Aufl., § 726 Rn. 3; *MünchKommBGB/Lieder*, 8. Aufl., § 1193 Rn. 5).

17 b) Enthält die Grundschuldbestellungsurkunde außerdem die Erklärung, dass dem Gläubiger ohne Nachweis der das Bestehen und die Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung begründenden Tatsachen eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde erteilt werden kann, hat das Klauselerteilungsorgan allerdings auf Antrag eine einfache Vollstreckungsklausel gemäß § 724 ZPO zu erteilen (vgl. Senatsbeschluss vom heutigen Tag in dem Verfahren VII ZB 56/18).

18 Ob dieser Nachweisverzicht aus materiell-rechtlichen Erwägungen unwirksam ist, ist im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich nicht zu prüfen und kann deshalb vom Schuldner nicht mit Erfolg mit einer Klauselerinnerung (§ 732 ZPO) geltend gemacht werden. Der Prüfungsumfang im Klauselerinnerungsverfahren entspricht insoweit demjenigen im Klauselerteilungsverfahren, auf dessen Überprüfung es ausgerichtet ist. Was vom Klauselerteilungsorgan aufgrund des eingeschränkten Prüfungsprogramms im Klauselerteilungsverfahren nicht zu prüfen ist, kann im Erinnerungsverfahren nicht zur

Überprüfung gestellt werden (vgl. *MünchKommZPO/Wolfsteiner*, 6. Aufl., § 732 Rn. 3; *Musielak/Voit/Lackmann*, ZPO, 17. Aufl., § 732 Rn. 5; *BeckOK ZPO/Ulrici*, Stand: 1. September 2020, § 732 Rn. 11).

19 aa) Die Erklärung eines solchen Nachweisverzichts ist nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich zulässig (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Oktober 2005 – VII ZB 54/05, NJW-RR 2006, 567, juris Rn. 18; Urteil vom 25. Juni 1981 – III ZR 179/79, NJW 1981, 2756, juris Rn. 13, vgl. ferner *Volmer*, MittBayNot 2009, 1, 8 m.w.N.), da sich der Verzicht nur auf das Klauselerteilungsverfahren bezieht und damit lediglich der Vereinfachung des Nachweises der Vollstreckungsvoraussetzungen dient (BGH, Urteil vom 22. Juli 2008 – XI ZR 389/07 Rn. 33, NJW 2008, 3208; Urteil vom 3. April 2001 – XI ZR 120/00, BGHZ 147, 203, juris Rn. 24). Eine materiell-rechtliche Wirkung geht mit dem Nachweisverzicht nicht einher, Einwendungen gegen den Anspruch selbst bleiben dem Schuldner erhalten. Der Verzicht auf den Nachweis führt dazu, dass das Klauselerteilungsorgan ohne Prüfung des Eintritts der betreffenden Tatsache eine einfache Vollstreckungsklausel zu erteilen hat. Die materielle Bedingung verliert hierdurch ihren Charakter als Vollstreckungsbedingung (vgl. *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl., Rn. 17.24 f., 17.45).

20 bb) Der Notar hat den Nachweisverzicht – entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde – zutreffend als wirksam behandelt.

21 (1) Vom Klauselerteilungsorgan zu beachtende gesetzliche Vorschriften, die eine Unwirksamkeit dieser rein prozessualen Erklärung eines Schuldners anordnen, bestehen nicht.

22 (2) Ob der Nachweisverzicht bei Bestellung einer Sicherungsgrundschuld mit Unterwerfungserklärung aus materiell-rechtlichen Erwägungen – beispielsweise gemäß oder entsprechend § 134 BGB oder §§ 307 ff. BGB – unwirksam ist, ist im Klauselerteilungsverfahren aufgrund des in diesem Verfahren eingeschränkten Prüfungsmaßstabs grundsätzlich nicht zu prüfen. Weder der Notar noch der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle sind im Klauselerteilungsverfahren zu einer umfassenden materiell-rechtlichen Würdigung berufen (vgl. BGH, Beschluss vom 16. April 2009 – VII ZB 62/08 Rn. 14, NJW 2009, 1887; *Zöller/Geimer*, ZPO, 33. Aufl., § 797 Rn. 5 bis 7 m.w.N.). Daher können etwaige Auswirkungen des Sinns und des Zwecks des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB auf vollstreckungsrechtliche Erklärungen nicht im Klauselerteilungsverfahren und dementsprechend nicht im Klauselerinnerungsverfahren berücksichtigt werden.

23 (3) Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes ist auch nicht etwa deshalb geboten, weil die notarielle Vollstreckungsklausel die Anordnung der Zwangsversteigerung und die Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks

im Grundbuch unmittelbar bedinge. Der Schuldner ist nicht schutzlos gestellt. Ihm stehen, unabhängig vom Vollstreckungsverfahren, Möglichkeiten zur Verfügung, sich gegen eine Vollstreckungsklausel zur Wehr zu setzen, im Rahmen derer er materiell-rechtliche Einwendungen geltend machen kann.

24 Zum einen kann der Schuldner im Falle der bevorstehenden Einleitung der Zwangsvollstreckung durch den Gläubiger, die eine vorherige Zustellung des Schuldtitels voraussetzt (§ 798 ZPO), bereits vor dem Beginn der Zwangsvollstreckung Vollstreckungsabwehrklage gemäß §§ 767, 797 Abs. 4 und 5 in Verbindung mit § 795 Satz 1 ZPO erheben und einstweiligen Rechtsschutz gemäß § 769 ZPO beantragen (vgl. auch BT-Drucks. 16/9821, S. 18). Diese Klage hat Erfolg, wenn es an einer Kündigung oder dem Ablauf der Frist des § 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB fehlt.

25 Für den Schuldner besteht ab dem Zeitpunkt der Errichtung der notariellen Urkunde zum anderen die Möglichkeit, eine etwaige Unwirksamkeit seiner Unterwerfungserklärung nebst Nachweisverzicht im Wege einer prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO geltend zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 27. September 2001 – VII ZR 388/00, NJW 2002, 138, juris Rn. 13 ff.). Dies gilt in gleicher Weise, wenn er sich nur gegen die Wirksamkeit des Nachweisverzichts wenden will.

26 c) Soweit das Beschwerdegericht mit weiterer, selbständig tragender Begründung darauf abgestellt hat, dass für die Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen der Klauselerteilung der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung im Klauselerinnerungsverfahren maßgeblich und zu diesem Zeitpunkt sowohl die Kündigung der Grundschild nachgewiesen als auch die Wartefrist abgelaufen sei, kommt es hierauf – da bereits die erste Begründung des Beschwerdegerichts trägt – nicht entscheidungserheblich an und bedarf daher keiner Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts.

Zum Erfordernis einer Eintragung der Bedingung oder Befristung des dinglichen Rechts an einem Grundstück im Grundbuch

BGB § 873 Abs. 1, § 874 S. 1, § 1105 Abs. 1 S. 1, § 1111 Abs. 1; GBO § 22 Abs. 1, § 23 Abs. 1, § 29 Abs. 1

Amtliche Leitsätze:

1. Soll ein dingliches Recht an einem Grundstück unter einer Bedingung oder einer Befristung stehen, wird dies nur dann zum Inhalt des Grundbuchs, wenn die Bedin-

gung oder die Befristung in das Grundbuch selbst aufgenommen werden. Die Bezugnahme auf eine Eintragungsbewilligung, in der die Bedingung oder die Befristung enthalten ist, genügt nicht. (Rn. 20)

2. Das gilt auch, wenn eine Reallast auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt werden soll.

3. Dass der Eigentümer eines Grundstücks die Eintragung einer auf die Lebenszeit des Berechtigten befristeten Reallast bewilligt, begründet in aller Regel keinen Nachweis i.S.d. § 29 Abs. 1 GBO, dass es zu einer entsprechenden Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten i.S.d. § 873 Abs. 1 BGB gekommen ist. (Rn. 21)

Redaktioneller Leitsatz:

Einigen sich der Grundstückseigentümer und der Berechtigte einer Reallast lediglich über ein befristetes Recht (hier: Beschränkung der Reallast auf die Lebenszeit des Berechtigten) und wird stattdessen ein unbefristetes Recht eingetragen, so entsteht das Recht in dem Umfang, in dem sich Einigung und Eintragung decken, also nur befristet. Die Eintragung eines unbefristeten Rechts wäre dann unrichtig. (Rn. 25)

BGH (V. Zivilsenat),

Beschluss vom 01.10.2020 – V ZB 51/20

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligte, eine Kommanditgesellschaft, ist im Grundbuch als Eigentümerin des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundbesitzes eingetragen. In Abteilung II ist unter der laufenden Nr. 1 zugunsten von Frau

K. L. eine Reallast eingetragen. Der Eintragungsvermerk lautet wie folgt:

„Reallast (Geldrente) – mit Wertsicherungsklausel – für K. L. ...

Bezug: Bewilligungen vom 29.10. und 23.12.2009 (UR-Nr. 407 und 504/2009 des Notars ...). Eingetragen am 27.01.2010.“

In der Bewilligung vom 29. Oktober 2009 heißt es unter anderem:

„Die Reallast dient der Sicherung einer Verbindlichkeit des Dr. jur. R. L., der Begünstigten, ..., eine monatlich im voraus fällige Rente von derzeit 3.200 € zu zahlen.

Der Rentenanspruch ergibt sich aus der Urkunde des Notars A. B. vom 13.06.1980 (dessen UR-Nr. 15/1980 ...).“

2 Am 23. Dezember 2009 ergänzte die Beteiligte die Bewilligung dahingehend, „dass Grundlage für die Eintragung dieser Bewilligung die in Kopie beigefügte Urkunde

vom 13. Juni 1980 (UR-Nr. 15/1980 des Notars A. B. ...) ist, jedoch mit der Maßgabe, dass der durch die Reallast besicherte Rentenanspruch derzeit 3.200 € beträgt ...“

3 Die der notariell beglaubigten Erklärung in Fotokopie beigelegte Urkunde vom 13. Juni 1980 enthält einen Unterhalts- und Auseinandersetzungsvertrag zwischen Frau L. und deren damaligen Ehemann (Herrn Dr. L.). Dieser gab in dem Vertrag – im Hinblick auf ein anderes, nicht im Eigentum der Beteiligten stehendes Grundstück – folgende Erklärung ab:

„Ich, ..., bin Eigentümer der Wohnhausgrundbesitzung ... eingetragen im Grundbuch von D. Bl. 2761. Ich bewillige und beantrage, im Grundbuch meines vorgenannten Grundbesitzes für ..., Frau K. L., ..., für die Lebensdauer (Unterstreichung durch den Senat) die Eintragung einer Reallast mit folgenden Bestimmungen:

„Die Rente beginnt am 01.11.1980. Sie beträgt monatlich 3.400 DM. Die Rente soll wertgesichert sein.“

4 Die Beteiligte hat zuletzt mit Schriftsatz vom 7. Januar 2019 bei dem Grundbuchamt die Löschung der Reallast beantragt und eine Sterbeurkunde vorgelegt, wonach die Reallastberechtigte Frau L. am 5. Januar 2018 verstorben ist. Das Grundbuchamt hat der Beteiligten durch Zwischenverfügung vom 17. Januar 2019 aufgegeben, eine Löschungsbewilligung der Erben der Reallastberechtigten sowie einen Erbennachweis einzureichen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde ist vor dem Oberlandesgericht erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte ihren Löschantrag weiter.“

► II. Aus den Gründen:

5 Das Beschwerdegericht meint, die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO lägen vor. Könne der Unrichtigkeitsnachweis nicht oder nicht vollständig geführt werden, bestünden keine Bedenken, dem jeweiligen Antragsteller durch eine Zwischenverfügung Gelegenheit zur Behebung des Hindernisses durch Beibringung der Bewilligung der durch die Eintragung in ihren Rechten Betroffenen zu geben. In der Sache könne die Reallast nur bei Vorliegen einer entsprechenden Bewilligung gemäß § 19 GBO gelöscht werden. Die Voraussetzungen für eine erleichterte Lösungsmöglichkeit gemäß den §§ 23, 24 GBO seien nicht gegeben. Zwar sei die Jahresfrist abgelaufen und kein Widerspruch des Rechtsnachfolgers gegen die Löschung erhoben worden (§ 23 Abs. 1 GBO). Es könne aber nicht davon ausgegangen werden, dass ein auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränktes Recht eingetragen worden sei. Hierfür genüge es nicht, dass

sich aus der Eintragungsbewilligung vom 23. Dezember 2009 in Verbindung mit der beigelegten Urkunde vom 13. Juni 1980 mit hinreichender Deutlichkeit ergebe, dass die Reallast lediglich ein auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränktes Rentenrecht habe sichern sollen. Eine Bezugnahme nach § 874 Satz 1 BGB scheide nämlich aus, weil Bedingungen oder Befristungen eines Rechts nicht lediglich dessen näheren Inhalt beträfen, sondern hiermit eine wesentliche Eigenschaft des Rechts angesprochen sei. Hieran ändere es nichts, dass lediglich das Stammrecht der Reallast auf den Tod des Berechtigten befristet sei, während eventuelle Ansprüche auf Rückstände nicht durch Fristablauf erloschen seien. Die Löschung sei auch nicht gemäß § 22 GBO vorzunehmen, da sich nicht feststellen lasse, dass die Reallast materiell-rechtlich (insgesamt) nur als auf die Lebenszeit beschränkt entstanden sei. Die Eintragung sei lediglich aufgrund einer einseitigen Bewilligung der Beteiligten erfolgt. Der in einfacher Kopie vorgelegte anwaltliche und notarielle Schriftwechsel genüge im Hinblick auf § 29 GBO nicht den im Rahmen des § 22 GBO geltenden Nachweisanforderungen.

6 1. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und gemäß § 78 Abs. 3 Satz 1 GBO i.V.m. § 71 FamFG auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat allein deshalb Erfolg, weil das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung mit einem nach § 18 GBO nicht zulässigen Inhalt erlassen hat.

7 a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats bezieht sich § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO nur auf die Beseitigung eines der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses und ist nicht anwendbar, wenn der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. Vor diesem Hintergrund kann dem Antragsteller mit einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO nicht aufgegeben werden, eine erst noch zu erklärende Eintragungsbewilligung eines unmittelbar betroffenen Dritten beizubringen (Senat, Beschluss vom 26. Juni 2014 – V ZB 1/12, FGPrax 2014, 192 Rn. 6; Beschluss vom 13. Oktober 2016 – V ZB 98/15, FGPrax 2017, 54 Rn. 5 f. jeweils mwN).

8 b) Danach liegt hier eine unzulässige Zwischenverfügung vor. Nach der Auffassung des Grundbuchamts, auf deren Grundlage die Zulässigkeit der Zwischenverfügung zu beurteilen ist (Senat, Beschluss vom 26. Juni 2014 – V ZB 1/12, FGPrax 2014, 192 Rn. 8), erfordert die Umsetzung des Eintragungsersuchens die Löschungsbewilligung der Erben der Reallastberechtigten. Von seinem Standpunkt aus hätte deshalb das Grundbuchamt keine Zwischenverfügung erlassen dürfen, sondern hätte den Löschantrag der Beteiligten zurückweisen müssen.

9 2. Hat das Beschwerdegericht, wie hier, die Beschwerde gegen eine unzulässige Zwischenverfügung zurückgewiesen, sind auf die Rechtsbeschwerde sein Beschluss und die Zwischenverfügung des Grundbuchamts aufzu-

heben. Eine Entscheidung in der Sache ist dem Rechtsbeschwerdegericht nicht möglich, weil Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens nur die Zwischenverfügung und nicht der Eintragungsantrag ist (Senat, Beschluss vom 13. Oktober 2016 – V ZB 98/15, FGPrax 2017, 54 Rn. 8 mwN).

10 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

11 1. Wie das Beschwerdegericht richtig sieht, wäre die Reallast zu löschen, wenn feststünde, dass diese auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt ist. In diesem Fall würde der von der Beteiligten geführte Nachweis, dass die Reallastberechtigte verstorben ist, ausreichen, ohne dass es einer Löschungsbewilligung der Erben der Berechtigten bedürfte.

12 a) Nach dem in § 22 Abs. 1 GBO niedergelegten Grundsatz bedarf es zur Berichtigung des Grundbuchs entweder einer Bewilligung gemäß § 19 GBO oder des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs. Dieser Grundsatz erfährt in den Fällen, in denen ein Recht auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist und Rückstände von Leistungen nicht ausgeschlossen sind, in § 23 GBO zum Schutz des Rechtsnachfolgers eine Modifizierung. Ein solches Recht darf gemäß § 23 Abs. 1 GBO – ein Löschungserleichterungsvermerk i.S.d. § 23 Abs. 2 GBO steht hier nicht in Rede – nur mit Bewilligung des Rechtsnachfolgers gelöscht werden, wenn die Löschung vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Tod des Berechtigten erfolgen soll oder wenn der Rechtsnachfolger der Löschung bei dem Grundbuchamt widersprochen hat. Ist die Jahresfrist abgelaufen und hat der Erbe der Löschung nicht widersprochen, genügt bei solchen Rechten, wie sich aus einem Umkehrschluss aus § 23 Abs. 1 GBO ergibt, der Nachweis des Todes des Berechtigten (vgl. *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 23 Rn. 15; BeckOK GBO/*Wilsch* [1.6.2020], § 23 Rn. 54; Meikel/*Böttcher*, GBO, 11. Aufl., §§ 23, 24 Rn. 5; Bauer/*Schaub/Schäfer*, GBO, 4. Aufl., §§ 23, 24 Rn. 2 mwN).

13 b) Bei subjektiv-persönlichen Reallasten (§ 1105 Abs. 1 Satz 1, § 1111 Abs. 1 BGB) – um eine solche handelt es sich hier – ist der Anwendungsbereich von § 23 GBO eröffnet (vgl. Meikel/*Böttcher*, GBO, 11. Aufl., §§ 23, 24 Rn. 36 mwN; BeckOK GBO/*Wilsch* [1.6.2020], § 23 Rn. 21, 23; Bauer/*Schaub/Schäfer*, GBO, 4. Aufl., §§ 23, 24 Rn. 35). Es ist nämlich zum einen eine Beschränkung auf die Lebenszeit des Berechtigten möglich; zum anderen besteht auch die objektive Möglichkeit von Rückständen (vgl. § 1107 BGB). Ob im konkret zu entscheidenden Einzelfall Rückstände tatsächlich bestehen oder nachgewiesen sind, ist unerheblich (vgl. Bauer/*Schaub/Schäfer*, GBO, 4. Aufl., §§ 23, 24 Rn. 30; Meikel/*Böttcher*, GBO, 11. Aufl., §§ 23, 24 Rn. 32).

14 c) Da nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts die in § 23 Abs. 1 GBO angeordnete Sperrfrist von einem Jahr nach dem Tod der Berechtigten abgelaufen ist und ein Widerspruch des Rechtsnachfolgers gegen die Löschung bei dem Grundbuchamt nicht vorliegt, wäre die Reallast auch ohne Bewilligung des Rechtsnachfolgers aufgrund des Nachweises des Todes der Berechtigten zu löschen, wenn die Reallast auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt ist.

15 2. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde steht jedoch nicht fest, dass die Reallast auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt ist.

16 a) Aus dem Grundbuch ergibt sich eine solche Beschränkung nicht. In dem Eintragungsvermerk ist sie nicht aufgeführt.

17 aa) Allerdings kann gemäß § 874 Satz 1 BGB bei der Eintragung eines Rechts, mit dem ein Grundstück belastet ist, „zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts“ auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Ist die Bezugnahme in diesem Sinne zulässig, hat dies zur Folge, dass die in Bezug genommene Urkunde genauso Inhalt des Grundbuchs ist wie die in ihm vollzogene Eintragung selbst (vgl. Senat, Beschluss vom 22. September 1961 – V ZB 16/61, BGHZ 35, 378, 381 f.; Beschluss vom 6. November 2014 – V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208 Rn. 8 mwN).

18 bb) Hier ist in der Eintragung auf die Eintragungsbewilligungen vom 29. Oktober 2009 und vom 23. Dezember 2009 Bezug genommen worden, die ihrerseits auf die in Kopie beigefügte Urkunde vom 13. Juni 1980 verweisen. Wie das Beschwerdegericht richtig ausführt, beziehen sich die Eintragungsbewilligungen nur auf ein auf die Lebenszeit befristetes Recht (Reallast).

19 cc) Diese Beschränkung stellt jedoch nicht lediglich eine „nähere Bezeichnung des Inhalts des Rechts“ i.S.d. § 874 Satz 1 BGB dar; deshalb ist die Bezugnahme unzulässig.

20 (1) Soll ein dingliches Recht an einem Grundstück unter einer Bedingung oder einer Befristung stehen, wird dies nur dann zum Inhalt des Grundbuchs, wenn die Bedingung oder die Befristung in das Grundbuch selbst aufgenommen werden. Die Bezugnahme auf eine Eintragungsbewilligung, in der die Bedingung oder die Befristung enthalten ist, genügt nicht. Dies entspricht – soweit ersichtlich – im Ausgangspunkt allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. OLG Düsseldorf, OLGZ 1983, 352, 353; OLG München, ZEV 2012, 428, 429; MittBayNot 2017, 248, 249; OLG Celle, NJW-RR 2014, 785, 786; MüKoBGB/*Kohler*, 8. Aufl., § 874 Rn. 6; Staudinger/*C. Heinze*, BGB [2018], § 874 Rn. 21; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 44 Rn. 20; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 4. Aufl., Rn. 266; BeckOK GBO/*Kral* [1.6.2020],

§ 44 Rn. 48; Lemke/Lemke, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 874 BGB Rn. 6). Auch nach Ansicht des Gesetzgebers sind Bedingungen und Befristungen – weil sie nicht zum Inhalt des Rechts zählen – in das Grundbuch selbst einzutragen (vgl. BT-Drucks. 17/12635 S. 19). Der Senat hat die Frage bislang offengelassen (vgl. Urteil vom 29. September 2006 – V ZR 25/06, WM 2006, 2226, 2228; Beschluss vom 7. April 2011 – V ZB 11/10, NJW-RR 2011, 882 Rn. 11 – jeweils zu einer auflösenden Bedingung) und entscheidet sie nunmehr im Sinne der allgemeinen Auffassung. Bedingungen und Befristungen betreffen den rechtlichen Bestand des eingetragenen Rechts und nicht nur dessen nähere Ausgestaltung. Sie müssen sich wegen der Publizitätsfunktion des Grundbuchs deshalb aus diesem selbst ergeben. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist bei bedingten oder befristeten Rechten nur zulässig zur näheren Kennzeichnung des Inhalts der Bedingung oder Zeitbestimmung wie z.B. Beginn und Ende der Frist (vgl. Staudinger/C. Heinze, BGB [2018], § 874 Rn. 21 mwN; Demharter, GBO, 31. Aufl., § 44 Rn. 20 mwN; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 266 mwN).

21 (2) Dies gilt auch, wenn – wie hier – eine Reallast auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt werden soll. Entgegen einer in Rechtsprechung (OLG Köln, OLGR 1994, 62; FGPrax 2018, 157) und Literatur (vgl. MüKoBGB/Mohr, 8. Aufl., § 1111 Rn. 2; Palandt/Herrler, BGB, 79. Aufl., § 1111 Rn. 2; jurisPKBGB/Otto, 9. Aufl., § 1111 Rn. 12) teilweise vertretenen Auffassung stellt dies eine Befristung der – vererblichen – Reallast dar und betrifft nicht nur deren Inhalt (so auch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 1306a; Bauer/Schaub/Weber, GBO, 4. Aufl., § 44 Rn. 46; Staudinger/C. Heinze, BGB [Neubearbeitung 2018], § 874 Rn. 21; BeckOGK/Sikora, BGB [1.4.2020], § 1105 Rn. 35; Lemke/Lemke, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 874 BGB Rn. 5; Lange-Parpat, RNotZ 2008, 377, 408). Im Fall des Todes des Berechtigten – eines gewissen Ereignisses – erlischt nämlich das Stammrecht der Reallast mit der Folge, dass keine weitergehenden wiederkehrenden Leistungen geltend gemacht werden können. Der Tod des Berechtigten ist daher Bestimmung des Endtermins des Rechts i. S.d. § 163 BGB und damit eine Befristung (richtig Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 1306a, Fn. 2224). Hieran ändert sich nichts dadurch, dass trotz des Erlöschens des Stammrechts die Ansprüche auf Einzelleistungen (§ 1107 BGB), die zu Lebzeiten des Berechtigten bereits entstanden und rückständig sind, auch nach dem Tod des Berechtigten fortbestehen. Dieser Sondersituation wird gerade durch die Bestimmung des § 23 Abs. 1 GBO Rechnung getragen, die für solche auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Rechte, bei denen Rückstände möglich sind, besondere Voraussetzungen für die Löschung aufstellt.

22 (3) Selbst wenn aber die Beschränkung der Reallast auf die Lebenszeit wegen der nach dem Tod des Berechtigten fortwirkenden Bedeutung für rückständige Ansprüche auf Einzelleistungen nicht als Befristung, sondern (nur) als Ausschluss der Vererblichkeit angesehen würde (vgl. OLG Köln, OLGR 1994, 62; FGPrax 2018, 57), änderte sich an dem Ergebnis nichts. Eine solche Beschränkung betrifft nämlich den Kernbereich des Rechts, und muss daher in das Grundbuch selbst aufgenommen werden, so dass eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nicht genügt (vgl. auch Lemke/Lemke, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 874 BGB Rn. 5).

23 b) Die Beteiligte hat auch nicht mit sonstigen Beweismitteln i.S.d. § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen, dass die Reallast auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt ist.

24 aa) Hierfür kommt es entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht darauf an, ob das Grundbuchamt verpflichtet gewesen wäre, aufgrund der Eintragungsbewilligungen eine entsprechende Beschränkung in das Grundbuch einzutragen. Tatsächlich ist die Reallast als unbeschränktes Recht eingetragen worden. Unrichtig i.S.d. § 22 GBO wäre das Grundbuch insoweit nur, wenn diese Eintragung der materiellen Rechtslage widerspräche.

25 bb) Entscheidend ist deshalb, ob feststeht, dass die Beteiligte und die Reallastberechtigte sich einig waren, dass die Reallast auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt sein sollte (§ 873 Abs. 1 BGB). Einigen sich nämlich die Beteiligten lediglich über ein befristetes Recht und wird stattdessen ein unbefristetes Recht eingetragen, so entsteht das Recht in dem Umfang, in dem sich Einigung und Eintragung decken, also nur befristet (vgl. Senat, Beschluss vom 7. April 2011 – V ZB 11/10, NJW-RR 2011, 882 Rn. 11; Beschluss vom 13. Oktober 2016 – V ZB 98/15, NJW 2017, 1811 Rn. 25 mwN). Die Eintragung eines unbefristeten Rechts wäre dann unrichtig. Die Beteiligte hat jedoch eine entsprechende Einigung zwischen ihr und der Berechtigten i.S.d. § 873 BGB nicht nachgewiesen.

26 (1) Dieser Nachweis wird zunächst nicht durch die Eintragungsbewilligungen vom 29. Oktober 2009 und vom 23. Dezember 2009 nebst der beigelegten Urkunde vom 13. Juni 1980 geführt. Aus diesen Urkunden lässt sich die Einigung über die Beschränkung der Reallast auf die Lebenszeit der Berechtigten nicht mit der gebotenen Sicherheit entnehmen.

27 (a) Insoweit kann zwar mit der Rechtsbeschwerde davon ausgegangen werden, dass diese Erklärungen konkludent die Behauptung einer entsprechenden dinglichen Einigung i.S.d. § 873 Abs. 1 BGB enthalten. Dass der Eigentümer eines Grundstücks die Eintragung einer auf die Lebenszeit des Berechtigten befristeten Reallast bewilligt, begründet aber in aller Regel keinen Nachweis i.S.d. § 29 Abs. 1 GBO, dass es zu einer entsprechenden

Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten i.S.d. § 873 Abs. 1 BGB gekommen ist (aA KG, NJW-RR 2020, 964 Rn. 19). Es ist zwar möglich, in der Bewilligung des Betroffenen zugleich dessen materiell-rechtliche Zustimmung i.S.d. § 873 BGB zu sehen (vgl. allgemein Bauer/Schaub/Kössinger, GBO, 4. Aufl., § 19 Rn. 44; siehe auch Senat, Urteil vom 15. Dezember 1972 – V ZR 76/71, BGHZ 60, 46, 52 zu der Qualifizierung einer formell-rechtlichen Löschungsbewilligung als materiell-rechtliche Aufhebungserklärung i.S.d. § 875 BGB). Wird der Eintragungsantrag von dem Berechtigten gestellt, liegt hierin regelmäßig zugleich seine Zustimmung, so dass von einer entsprechenden Einigung i.S.d. § 873 Abs. 1 BGB ausgegangen werden kann (vgl. Bauer/Schaub/Kössinger, GBO, 4. Aufl., § 19 Rn. 44).

28 (b) Hier macht die Beteiligte jedoch nicht geltend, dass der Eintragungsantrag von der Reallastberechtigten gestellt worden sei, vielmehr verweist sie darauf, selbst die Eintragung bewilligt und beantragt zu haben. Damit fehlt es an einer Erklärung der Reallastberechtigten, die zusammen mit der Bewilligung der Beteiligten das Vorliegen einer Einigung mit dem von der Beteiligten behaupteten Inhalt nachweisen könnte. Insoweit muss auch berücksichtigt werden, dass die in der Bewilligung in Bezug genommene Urkunde aus dem Jahr 1980 zwischen dem früheren Ehemann und der Berechtigten zustande gekommen ist. Soweit es um das Rechtsverhältnis der Beteiligten und der Reallastberechtigten geht, liegt lediglich die – einseitige – Eintragungsbewilligung der Beteiligten vor.

29 (2) Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts hat die Beteiligte auch keine sonstigen den Anforderungen des § 29 GBO entsprechenden Unterlagen vorgelegt, aus denen sich die von ihr geltend gemachte Vereinbarung (§ 873 Abs. 1 BGB) einer Beschränkung der Reallast auf die Lebenszeit der Betroffenen ergibt.

30 3. Bei dieser Sachlage bleibt es dabei, dass das Grundbuchamt die Löschung der Reallast nur bei Vorlage einer entsprechenden Bewilligung (§ 19 GBO) der Rechtsnachfolger der Berechtigten vornehmen darf.

Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde

BGB § 134, § 1193 Abs. 1; ZPO § 724, § 732, § 726

Amtliche Leitsätze:

1. Bei dem Kündigungserfordernis des § 1193 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt es sich grundsätzlich um eine Vollstreckungsbedingung im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO, wenn

sich der Schuldner in der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde in Ansehung der Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. (Rn. 14)

2. Enthält die Urkunde außerdem die Erklärung, dass dem Gläubiger ohne Nachweis der das Bestehen und die Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung begründenden Tatsachen eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde erteilt werden kann, führt dies dazu, dass das Klauselerteilungsorgan auf Antrag eine einfache Vollstreckungsklausel gemäß § 724 ZPO zu erteilen hat. (Rn. 17)

3. Ob dieser Nachweisverzicht aus materiell-rechtlichen Erwägungen unwirksam ist, ist im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich nicht zu prüfen und kann deshalb vom Schuldner nicht mit Erfolg mit einer Klauselerinnerung (§ 732 ZPO) geltend gemacht werden. (Rn. 20)

BGH (VII. Zivilsenat),

Beschluss vom 07.10.2020 – VII ZB 56/18



I. Tatbestand:

1 Der Gläubiger betreibt gegen die Schuldnerin die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde.

2 Durch Urkunde des Notars Dr. L. vom 9. November 2015 bestellte die Schuldnerin dem Gläubiger an dem in ihrem Eigentum stehenden Grundbesitz, eingetragen im Grundbuch von D., Blatt, Flur, Nr., eine Sicherungsgrundschuld über 15.000 € zur Sicherung aller Ansprüche aus einem Darlehensvertrag vom 4. November 2015, nach dem ein gewährtes Darlehen in Höhe von bis zu 15.000 € spätestens bis zum 1. Juli 2016 zurückzuzahlen war. Die Schuldnerin unterwarf sich in Ansehung der Grundschuld nebst Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihren Grundbesitz. Die notarielle Urkunde enthält zudem in § 4 Nr. 2 folgende Regelung: „Dem Gläubiger kann ohne Nachweis der das Bestehen und die Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung begründenden Tatsachen eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde erteilt werden, jedoch nicht vor dem 2. Juli 2016.“

3 Am 4. Juli 2016 erteilte der Notar Dr. L. dem Gläubiger auf dessen Antrag eine mit einfacher Klausel gemäß § 724 ZPO versehene vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde vom 9. November 2015.

4 Eine durch die Schuldnerin am 10. Oktober 2017 erhobene Klauselerinnerung hat das Amtsgericht zurückgewiesen. Auf die sofortige Beschwerde der Schuldnerin hat das Beschwerdegericht diesen Beschluss aufgehoben und die Zwangsvollstreckung aus der dem Gläubiger am 4. Juli 2016 durch den Notar Dr. L. in der Urkunde Nummer erteilten Vollstreckungsklausel für unzulässig erklärt.

5 Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt der Gläubiger die Aufhebung der Beschwerdeentscheidung und die Zurückweisung der sofortigen Beschwerde der Schuldnerin.

► **II. Aus den Gründen:**

6 Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung und zur Zurückweisung der sofortigen Beschwerde der Schuldnerin, § 577 Abs. 5 Satz 1 ZPO.

7 1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, dass durch den Notar nicht lediglich eine einfache Vollstreckungsklausel gemäß § 724 ZPO habe erteilt werden dürfen, sondern es einer qualifizierten Klausel gemäß § 726 ZPO bedurft hätte.

8 Gemäß § 1193 Abs. 1 BGB werde das Kapital einer Grundschild erst nach vorgängiger Kündigung fällig, wobei die Kündigungsfrist sechs Monate betrage. Es handele sich bei dem Nachweis der Kündigung der Grundschild sowie des Ablaufs der anschließenden Sechsmonatsfrist um eine durch den Gläubiger gemäß § 726 ZPO zu beweisende Tatsache.

9 Der Nachweisverzicht in § 4 Nr. 2 der notariellen Urkunde sei unwirksam. Dies habe der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 30. März 2017 – V ZB 84/16 – inzidenter entschieden. Danach habe mit der Einführung des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB sichergestellt werden sollen, dass dem Schuldner einer Sicherungsgrundschild die Kündigungsfrist von sechs Monaten ungeschmälert erhalten bleibe. Er solle vor der Zwangsversteigerung und unabhängig von den Rechtsbehelfen des Zwangsversteigerungsverfahrens Gelegenheit zur Abwendung der Zwangsversteigerung haben. Ausgehend von diesem durch den Bundesgerichtshof festgehaltenen Sinn und Zweck des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB verstoße der in der notariellen Urkunde enthaltene Nachweisverzicht gegen die zwingende gesetzgeberische Wertung des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB und sei damit entsprechend § 134 BGB unwirksam.

10 Der Schutzzweck des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB sei bereits im Klauselerteilungsverfahren zu berücksichtigen, da die notarielle Vollstreckungsklausel die Anordnung der Zwangsversteigerung und die Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks im Grundbuch unmittelbar bedinge.

11 2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

12 Zu Recht hat Notar Dr. L. dem Gläubiger eine mit einer einfachen Vollstreckungsklausel gemäß § 724 Abs. 1 ZPO versehene vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde vom 9. November 2015 erteilt, § 797 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

13 Im Verfahren der Klauselerinnerung gemäß § 732 ZPO kann ein Schuldner in begründeter Weise grundsätzlich nur Einwendungen gegen eine dem Gläubiger erteilte Vollstreckungsklausel erheben, die Fehler formeller Art zum Gegenstand haben (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 16. April 2009 – VII ZB 62/08 Rn. 12, NJW 2009, 1887; Beschluss vom 4. Oktober 2005 – VII ZB 54/05, NJW-RR 2006, 567, juris Rn. 15; Beschluss vom 5. Juli 2005 – VII ZB 27/05, MDR 2005, 1432, juris Rn. 10). In diesem Rahmen ist unter anderem überprüfbar, ob ein Notar zu Recht eine einfache Vollstreckungsklausel gemäß § 724 ZPO erteilt hat oder ob es der Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel, etwa gemäß § 726 ZPO, bedurft hätte (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Januar 2012 – VII ZB 71/09 Rn. 14 f., NJW-RR 2012, 1146).

14 a) Noch zutreffend ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass es sich jedenfalls bei dem Kündigungserfordernis des § 1193 Abs. 1 Satz 1 BGB um eine Vollstreckungsbedingung im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO handelt, wenn sich der Schuldner in der notariellen Grundschildbestellungsurkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, so dass der Notar grundsätzlich gehalten ist, eine qualifizierte Vollstreckungsklausel frühestens nach entsprechendem Nachweis der Kündigung der Grundschild zu erteilen.

15 Das Klauselerteilungsorgan ist verpflichtet, durch Auslegung des Titels zu ermitteln, ob dessen Vollstreckbarkeit seinem Inhalt nach vom Eintritt einer vom Gläubiger zu beweisenden Tatsache abhängt. Der Auslegung sind allerdings durch die Formalisierung des Klauselerteilungsverfahrens Grenzen gesetzt. Da der Vollstreckungstitel Inhalt und Umfang der Zwangsvollstreckung festlegt und der Schuldner staatlichen Zwang nur nach dieser Maßgabe zu dulden hat, muss eine im Klauselerteilungsverfahren zu berücksichtigende Abhängigkeit der Vollstreckbarkeit nach § 726 Abs. 1 ZPO durch den Titel selbst festgestellt sein und sich klar aus diesem ergeben. Bei der Auslegung kann nicht auf außerhalb des Titels liegende Umstände abgestellt werden. Im Grundsatz muss der Titel daher aus sich heraus für eine Auslegung genügend bestimmt sein oder jedenfalls sämtliche Kriterien für seine Bestimmbarkeit eindeutig festlegen (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Juni 2011 – VII ZB 89/10 Rn. 22 ff. m.w.N., BGHZ 190, 172). Dabei können auch gesetzliche Regelungen Berücksichtigung finden, sofern sich deren Anwendbarkeit aus dem Titel zweifelsfrei ergibt. Nach diesen Maßstäben ist auch das Kündigungserfordernis des § 1193 Abs. 1 Satz 1 BGB zu beachten, wenn sich aus einer notariellen Grundschildbestellungsurkunde, die aufgrund einer Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung einen Titel darstellt (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO), nichts Abweichendes ergibt. Das materielle Kündigungs-

erfordernis ist dann zugleich Vollstreckungsbedingung (vgl. *Volmer*, MittBayNot 2009, 1, 6 f.; Musielak/Voit/*Lackmann*, ZPO, 17. Aufl., § 726 Rn. 3; MünchKommBGB/*Lieder*, 8. Aufl., § 1193 Rn. 5).

16 b) Zu Unrecht hat das Beschwerdegericht dagegen angenommen, der Notar habe die in § 4 Nr. 2 der notariellen Urkunde vom 9. November 2015 enthaltene Regelung, wonach dem Gläubiger ohne Nachweis der das Bestehen und die Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung begründenden Tatsachen eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde erteilt werden kann, nicht beachten dürfen.

17 aa) Die Erklärung eines solchen Nachweisverzichts ist nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich zulässig (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Oktober 2005 – VII ZB 54/05, NJW-RR 2006, 567, juris Rn. 18; Urteil vom 25. Juni 1981 – III ZR 179/79, NJW 1981, 2756, juris Rn. 13; vgl. ferner *Volmer*, MittBayNot 2009, 1, 8 m.w.N.), da sich der Verzicht nur auf das Klauselerteilungsverfahren bezieht und damit lediglich der Vereinfachung des Nachweises der Vollstreckungsvoraussetzungen dient (BGH, Urteil vom 22. Juli 2008 – XI ZR 389/07 Rn. 33, NJW 2008, 3208; Urteil vom 3. April 2001 – XI ZR 120/00, BGHZ 147, 203, juris Rn. 24). Eine materiell-rechtliche Wirkung geht mit dem Nachweisverzicht nicht einher, Einwendungen gegen den Anspruch selbst bleiben dem Schuldner erhalten. Der Verzicht auf den Nachweis führt dazu, dass das Klauselerteilungsorgan ohne Prüfung des Eintritts der betreffenden Tatsache eine einfache Vollstreckungsklausel zu erteilen hat. Die materielle Bedingung verliert hierdurch ihren Charakter als Vollstreckungsbedingung (vgl. *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl., Rn. 17.24 f., 17.45).

18 bb) Der Notar hat diesen Nachweisverzicht zutreffend als wirksam behandelt.

19 (1) Vom Klauselerteilungsorgan zu beachtende gesetzliche Vorschriften, die eine Unwirksamkeit dieser rein prozessualen Erklärung eines Schuldners anordnen, bestehen nicht.

20 (2) Ob der Nachweisverzicht bei Bestellung einer Sicherungsgrundschuld mit Unterwerfungserklärung aus materiell-rechtlichen Erwägungen – beispielsweise gemäß oder entsprechend § 134 BGB oder §§ 307 ff. BGB – unwirksam ist, ist im Klauselerteilungsverfahren aufgrund des in diesem Verfahren eingeschränkten Prüfungsmaßstabs grundsätzlich nicht zu prüfen. Weder der Notar noch der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle sind im Klauselerteilungsverfahren zu einer umfassenden materiell-rechtlichen Würdigung berufen (vgl. BGH, Beschluss vom 16. April 2009 – VII ZB 62/08 Rn. 14, NJW 2009, 1887; Zöller/*Geimer*, ZPO, 33. Aufl., § 797 Rn. 5 bis 7 m.w.N.). Daher können entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts etwaige Auswirkungen des Sinns und des Zwecks des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB auf vollstreckungsrechtliche

Erklärungen nicht im Klauselerteilungsverfahren berücksichtigt werden.

21 Der Prüfungsumfang im Klauselerteilungsverfahren entspricht insoweit demjenigen im Klauselerteilungsverfahren, auf dessen Überprüfung es ausgerichtet ist. Was vom Klauselerteilungsorgan aufgrund des eingeschränkten Prüfungsprogramms im Klauselerteilungsverfahren nicht zu prüfen ist, kann im Erinnerungsverfahren nicht zur Überprüfung gestellt werden (vgl. MünchKommZPO/*Wolfsteiner*, 6. Aufl., § 732 Rn. 3; Musielak/Voit/*Lackmann*, ZPO, 17. Aufl., § 732 Rn. 5; BeckOK ZPO/*Ulrich*, Stand: 1. September 2020, § 732 Rn. 11).

22 (3) Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes ist auch nicht deshalb geboten, weil – wie das Beschwerdegericht meint – die notarielle Vollstreckungsklausel die Anordnung der Zwangsversteigerung und die Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks im Grundbuch unmittelbar bedinge. Der Schuldner ist nicht schutzlos gestellt. Ihm stehen, unabhängig vom Vollstreckungsverfahren, Möglichkeiten zur Verfügung, sich gegen eine Vollstreckungsklausel zur Wehr zu setzen, im Rahmen derer er materiell-rechtliche Einwendungen geltend machen kann.

23 Zum einen kann der Schuldner im Falle der bevorstehenden Einleitung der Zwangsvollstreckung durch den Gläubiger, die eine vorherige Zustellung des Schuldtitels voraussetzt (§ 798 ZPO), bereits vor dem Beginn der Zwangsvollstreckung Vollstreckungsabwehrklage gemäß §§ 767, 797 Abs. 4 und 5 in Verbindung mit § 795 Satz 1 ZPO erheben und einstweiligen Rechtsschutz gemäß § 769 ZPO beantragen (vgl. auch BT-Drucks. 16/9821, S. 18). Diese Klage hat Erfolg, wenn es an einer Kündigung oder dem Ablauf der Frist des § 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB fehlt.

24 Für den Schuldner besteht ab dem Zeitpunkt der Errichtung der notariellen Urkunde zum anderen die Möglichkeit, eine etwaige Unwirksamkeit seiner Unterwerfungserklärung nebst Nachweisverzicht im Wege einer prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO geltend zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 27. September 2001 – VII ZR 388/00, NJW 2002, 138, juris Rn. 13 ff.). Dies gilt in gleicher Weise, wenn er sich nur gegen die Wirksamkeit des Nachweisverzichts wenden will.

25 cc) Der vom Beschwerdegericht für seine Entscheidung herangezogene Beschluss des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 30. März 2017 – V ZB 84/16 – steht dieser Beurteilung nicht entgegen, da er das Klauselerteilungsverfahren und dessen Prüfungsumfang nicht betrifft (vgl. *Lindemeier* RNotZ 2020, 86, 91).

26 Soweit dort zur Begründung einer den Schutz des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB auch auf Grundschuldzinsen erstreckenden Rechtsanalogie ausgeführt wird, der Gesetzgeber habe mit der Einführung dieser Vorschrift sicher-

stellen wollen, dass dem Schuldner einer Sicherungsgrundschuld die Kündigungsfrist von sechs Monaten ungeschmälert erhalten bleibe und dieser vor der Zwangsversteigerung und unabhängig von den Rechtsbehelfen im Zwangsversteigerungsverfahren Gelegenheit zur Abwendung der Zwangsversteigerung haben solle (BGH, Beschluss vom 30. März 2017 – V ZB 84/16 Rn. 17, 21, NJW 2017, 2469), erfordert diese Zielsetzung, wie ausgeführt, keine – im formalisierten System der Klausurerteilung grundsätzlich nicht vorzunehmende – Überprüfung der Wirksamkeit eines erklärten Nachweisverzichts unter materiell-rechtlichen Gesichtspunkten (vgl. *Freckmann*, BKR 2020, 301, 302).

Unwirksamkeit einer von der Ausübung des Mietervorkaufsrechts abhängigen Preiserhöhung

BGB § 138, § 464 Abs. 2, § 465, § 467 S. 1, § 573 Abs. 1 Nr. 3, § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1

Amtlicher Leitsatz:

Eine differenzierte Preisabrede, die eine Preiserhöhung von der Ausübung des Vorkaufsrechts bzw. abstrakt vom Erlöschen mietvertraglicher Bindungen abhängig macht, ist im Verhältnis zum vorkaufsberechtigten Mieter unwirksam. (Rn. 18)

KG (17. Zivilsenat),
Urteil vom 02.10.2020 – 17 U 18/18

I. Tatbestand:

1 Die Klägerin begehrt von der Beklagten nach Ausübung eines Mietervorkaufsrechts die Rückzahlung eines Teils des an diese unter Vorbehalt gezahlten Kaufpreises.

2 Die Beklagte war Eigentümerin des mit einem Mehrfamilienhaus bebauten Grundstücks in der ... Straße ... in B. Die Klägerin war seit dem 01.01.2011 Mieterin der Wohnung Nummer 23 des Wohnhauses, eine 46,60 qm große unsanierte Wohnung. Die Beklagte teilte das Mehrfamilienhaus im Jahr 2015 in Wohnungseigentumseinheiten auf. Die Klägerin erklärte gegenüber dem von der Beklagten mit dem Verkauf der Eigentumswohnungen beauftragten Makler im Vorfeld mehrfach ihr Interesse am Erwerb der Wohnung. Mit Kaufvertrag vom 06.12.2016 zu Urkundenrollennummer .../2016 des Notars S. (Anlage K 1) verkauf-

te die Beklagte die von der Klägerin bewohnte Wohnung (eingetragen im Grundbuch ...) an Frau G. Unter 2.1 des Kaufvertrages haben die Parteien folgendes vereinbart:

„Der Kaufpreis für den vorbezeichneten Grundbesitz beträgt 163.266,67 € (...). Die Parteien gehen davon aus, dass Bemessungsgrundlage des Wohnungskaufpreises in Höhe von 163.266,67 € die Lieferung des Wohnungseigentums ohne Mietverhältnis mit einem Dritten ist. Der Kaufgegenstand ist derzeit vermietet. Es gilt „ohne Mietverhältnis mit einem Dritten“ zu liefern, soweit der Mieter sein Vorkaufsrecht ausübt oder der Verkäufer dem Käufer binnen eines Monats nach Beurkundung nachweist, dass das Mietverhältnis aufgelöst oder gekündigt ist. Wird das Wohnungseigentum gegen vorstehender Beschreibung mit dem laufenden oder einem anderen Mietverhältnis geliefert, mindert sich der Kaufpreis um 10% auf 146.940,00 € für das Wohnungseigentum.“

3 Alle Kaufverträge, mit denen die Beklagte vermietete Wohnungen, die einem Vorkaufsrecht unterlagen, im Objekt ... verkaufte, enthalten eine solche Klausel. Sie fehlt hingegen in den Kaufverträgen, mit denen die Beklagte vermietete Wohnungen in diesem Objekt verkaufte, für die kein Vorkaufsrecht gilt, wie die Klägerin in der mündlichen Berufungsverhandlung unstreitig vorgetragen hat.

4 Mit Schreiben vom 14.02.2017 (Anlage K 3) an die Beklagte übte die Klägerin das Vorkaufsrecht für ihre Wohnung aus. Hierbei wies sie bereits vorsorglich darauf hin, dass sie in der Regelung zum Kaufpreis einen Verstoß gegen § 577 Abs. 5 BGB sehe. Mit Schreiben vom 15.02.2017 (Anlage K 4) bestätigte Notar S. die rechtzeitige Ausübung des Vorkaufsrechts. Die Klägerin zahlte 163.266,67 € an die Beklagte unter dem Vorbehalt der teilweisen Rückforderung.

5 Die Klägerin hat beim Landgericht Berlin beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie die Differenz in Höhe von 16.326,67 € zwischen dem für eine unvermietete Wohnung gezahlten und dem für eine vermietete Wohnung zu entrichtenden Kaufpreis nebst Zinsen zu zahlen, da die differenzierte Preisabrede eine Umgehung des Mietervorkaufsrecht gemäß § 577 Abs. 5 BGB darstelle.

6 Mit am 22.08.2018 verkündetem Urteil, auf dessen tatsächliche Feststellungen Bezug genommen wird, hat das Landgericht Berlin die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 16.326,67 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.10.2017 zu zahlen, da die zwischen der Beklagten und dem Käufer vereinbarte differenzierte Preisabrede gegen den Schutzzweck von § 577 Abs. 5 BGB verstoße und deshalb unwirksam sei, soweit diese einen um 16.326,67 € höheren Kaufpreis bestimme für den Fall, dass der Mieter sein Vorkaufsrecht ausübt und die Wohnung deshalb als unvermietet verkauft gilt. Das Landgericht Berlin hat weiter ausgeführt,

dass auch der unterschiedliche Wertzuwachs im Fall einer unvermieteten und einer vermieteten Wohnung eine solche Abrede nicht rechtfertige. Der Käufer gehe im Fall des Bestehens eines Mietervorkaufsrechts grundsätzlich von einer vermieteten Wohnung aus. Auch die Möglichkeit des Mieters, die Wohnung nach Erwerb zu einem höheren Preis weiterzuveräußern und somit einen Gewinn zu erzielen, spreche nicht dagegen, denn die gewinnbringende Weiterveräußerung stelle einen Vorteil dar, der dem Mieter durch § 577 BGB zufällig zufalle. Wegen des weitergehenden Zinsantrages hat das Landgericht Berlin die Klage im Übrigen abgewiesen.

7 Gegen das ihr am 28.08.2018 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 11.09.2018, der beim Kammergericht am 14.09.2018 eingegangen ist, Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 05.11.2018 mit Schriftsatz vom 01.11.2018, der am gleichen Tag beim Kammergericht eingegangen ist, begründet.

8 Die Beklagte rügt:

9 Die vom Landgericht Berlin für unwirksam gehaltene differenzierte Preisabrede sei wirksam. Die Klausel stelle keine einseitige Benachteiligung der Mieterin dar, da auch die Erstkäuferin den ungeminderten Kaufpreis hätte zahlen müssen, wenn eine Auflösung oder Kündigung des Mietverhältnisses innerhalb von einem Monat nach Beurkundung nachgewiesen worden wäre. Dies sei wegen des regelmäßig höheren Wertes einer unvermieteten Wohnung auch sachgerecht; denn der Mieter erhalte auch ansonsten den wirtschaftlichen Vorteil einer unvermieteten Wohnung. Der verlangte Preis für eine unvermietete Wohnung entspreche den Marktgegebenheiten.

10 Die Beklagte beantragt, unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Berlin vom 22.08.2018 – 84 O 214/17 – die Klage abzuweisen.

11 Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

12 Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil; sie ist der Ansicht, die differenzierte Preisabrede sei unwirksam. Im Übrigen sei die Regelung, wonach sich der Verkäufer zur Übertagung einer unvermieteten Wohnung verpflichtet und der Kaufpreis in diesem Fall 163.266,67 € betragen soll, mangels Rechtsbindungswillens der Parteien des Kaufvertrages als Scheinvereinbarung gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig.

II. Aus den Gründen:

13 Die gemäß §§ 511, 517, 519, 520 ZPO zulässige Berufung hat keinen Erfolg. Das Landgericht Berlin hat zu Recht einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte

auf Rückzahlung von 16.326,67 € gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB bejaht. Die Beklagte hat die Zahlung in dieser Höhe durch eine Leistung der Klägerin ohne Rechtsgrund erlangt, denn die unter 2.1 vereinbarte differenzierte Preisabrede ist gemäß §§ 464 Abs. 2, 577 Abs. 5, 138 BGB gegenüber der Klägerin als Mieterin unwirksam, soweit diese einen um 16.326,67 € höheren Kaufpreis bestimmt für den Fall, dass der Mieter sein Vorkaufsrecht ausübt und die Wohnung deshalb als unvermietet verkauft gilt. Insoweit wird zunächst auf die rechtlichen Darlegungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen. Die Berufungsbegründung gibt Anlass zu folgenden ergänzenden Ausführungen.

14 Differenzierte Preisabreden in Kaufverträgen über eine mit einem Mietervorkaufsrecht belastete Wohnung können unterschiedlich ausgestaltet sein. Sie lassen sich grob in drei Gruppen unterteilen. Es gibt Klauseln, die eine Preiserhöhung nur für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts vorsehen und vom Erstkäufer – unabhängig vom weiteren Bestand des Mietvertrages nach Kaufvertragsschluss – einen geringeren Kaufpreis verlangen. In einer weiteren Variante wird die Preiserhöhung nicht lediglich von der Ausübung des Vorkaufsrechts, sondern allgemein von dem Erlöschen des Mietverhältnisses (durch Konfusion, Auflösung oder Kündigung) abhängig gemacht. Schließlich ist eine Variante vorstellbar, nach der ein höherer Kaufpreis dann gezahlt werden soll, wenn die Wohnung vor Eigentumsübergabe frei geworden, der Mieter also tatsächlich ausgezogen ist. Die hiesige Klausel ist vom Regelungsgehalt der zweiten Variante zuzuordnen. Sie macht einen höheren Kaufpreis zwar nicht abstrakt von dem Erlöschen mietvertraglicher Bindungen abhängig. Dass sie die einzelnen Beendigungsmöglichkeiten konkret auflistet (Ausübung des Vorkaufsrechts und Auflösung bzw. Kündigung des Mietvertrages), ist für die Einteilung jedoch unerheblich.

15 Zur Zulässigkeit von differenzierten Preisabreden im Falle eines Mietervorkaufsrechts gibt es mehrere Auffassungen. Teilweise wird bereits eine differenzierte Preisabrede, die allein für den Mieter bei Ausübung des Vorkaufsrechts einen höheren Kaufpreis vorsieht, unter Hinweis auf § 464 Abs. 2 BGB (OLG München, Beschluss vom 21.02.2005 – 10 W 672/05, MittBayNot 2005, 306) bzw. wegen des in § 573 Abs. 1 Nr. 3 BGB (gemeint ist wohl § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB) enthaltenen Rechtsgedankens der wirtschaftlichen Verwertung (*Drasdo* in: Bub/Treier MietR-HdB, 2019, Kapitel VII. Das vermietete Wohnungseigentum Rn. 279, beck-online) für wirksam gehalten.

16 Nach einer anderen Ansicht werden jedenfalls differenzierte Preisabreden, die die Kaufpreiserhöhung von mietvertraglichen Bindungen abhängig machen, unter

Hinweis auf die unterschiedlichen Marktpreise für vermietete und unvermietete Wohnungen für zulässig gehalten (*Derleder*, NJW 1996, 2817, 2819). Teilweise wird zusätzlich gefordert, dass die Preisdifferenz den Marktgegebenheiten entspricht (*Blank* in Schmidt-Futterer, 14. Auflage, 2019, BGB, § 577 Rn. 79; *Tiedemann* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Auflage, § 577 BGB, Stand: 01.02.2020, Rn. 122). Es wird argumentiert, dass der Mieter die Wohnung zu günstigeren Bedingungen als der Erstkäufer erwerben könne, da der Mietvertrag mit dem Eigentumserwerb des Mieters erlösche. Dies zeige sich insbesondere dann, wenn der Mieter die Wohnung nach dem Eigentumserwerb freistehend – zu einem höheren Preis – weiterveräußert. Die damit verbundenen Vermögensvorteile seien vom Schutzzweck des § 577 BGB nicht gedeckt (*Blank* a.a.O. Rn. 79).

17 Schließlich wird vertreten, dass differenzierte Preisabreden, die die Kaufpreiserhöhung nur für den vorkaufsberechtigten Mieter vorsehen oder aber abstrakt von mietvertraglichen Bindungen abhängig machen, unzulässig sind. Schon der Ausgangspunkt der ersten Ansicht, wonach vermietete Wohnungen stets nur mit einem Preisabschlag verkauft werden, wird in dieser Allgemeinheit nicht für zutreffend angesehen, da ein Preisabschlag nur bei einem unterhalb des Marktniveaus vermietetem Objekt bzw. dann im Raum stehe, wenn es zur Eigennutzung erworben werden soll (*Herrler*, ZfPW 2018, 328, 344). Eine differenzierte Gestaltung des Preises verstößt nach dieser Auffassung gegen den Rechtsgedanken des § 465 BGB, weil eine Abrede, die von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängt, dem Mieter nicht zum Nachteil gereichen könne. Entscheidend ist nach dieser Ansicht, dass sich eine derartige differenzierte Preisabrede ausschließlich zulasten des Mieters auswirke und daher ein Preisunterschied zwischen vermieteten und unvermieteten Wohnungen lediglich als Deckmantel dafür diene, dem Mieter die Ausübung des Mietervorkaufsrechts zu verleiden bzw. den nach § 467 Satz 1 BGB ihm zugeordneten Paketausschlag nicht gewähren zu müssen. Ungeachtet der abstrakten Formulierung dieser Preisabrede führe diese unweigerlich dazu, dass der Mieter bei Ausübung seines Vorkaufsrechts stets den höheren Preis zu zahlen hat, wohingegen der Erstkäufer im Regelfall (also bei Fortbestehen des bisherigen Mietverhältnisses) lediglich eine niedrigere Zahlungsverpflichtung trifft. Im Ergebnis handele es sich um zwei verschiedene Kaufverträge über dieselbe Sache, aber mit unterschiedlichen Preisen. Der Vertrag mit dem niedrigeren Preis sei auflösend, der mit dem höheren Preis aufschiebend bedingt durch die Ausübung des Vorkaufsrechts. Darin wird eine Benachteiligung des Mieters gesehen, weil ihm entgegen

§ 464 Abs. 2 BGB, § 465 BGB ein Kaufvertrag mit der primär vereinbarten Bestimmung eines niedrigeren Preises verwehrt werde (*Sonnenschein*, NJW 1997, 1270, 1283 für die gleichlautenden §§ 505 Abs. 2, 506 BGB a.F.; *Herrler* a.a.O. Seite 345; *Rolfs* in Staudinger, BGB, 2018, § 577, Rn. 83; *Krenke* in: Spielbauer/Schneider, Mietrecht, 2. Auflage, 2018, § 577 BGB Vorkaufsrecht des Mieters, Rn. 65; *Walburg*, WuM 2020, 135, 137). Auch wenn es sich hierbei nicht um eine lediglich zum Schein aufgenommene „Abschreckungsvereinbarung“ handelt, bestehen nach dieser Ansicht wegen der deutlich hervortretenden Eignung zur Vereitelung des Vorkaufsrechts erhebliche Bedenken, denn nach dem Rechtsgedanken des § 465 BGB könne sich der Verkäufer nicht auf Abreden berufen, die vom Nichteintritt des Mieters abhängig sind, was hinsichtlich des niedrigeren Kaufpreises der Fall wäre (*Häublein* in: MüKoBGB, 8. Auflage, 2020, BGB § 577 Rn. 30; *Klühs* in: BeckOGK, 1.7.2020, BGB § 577 Rn. 122).

18 Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Eine differenzierte Preisabrede, die eine Preiserhöhung von der Ausübung des Vorkaufsrechts bzw. abstrakt vom Erlöschen mietvertraglicher Bindungen abhängig macht, widerspricht im Verhältnis zum Mieter dem Gesetzeswortlaut, wonach eine zum Nachteil des Mieters von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarung unwirksam ist (§ 577 Abs. 5 BGB). In den nach § 577 Abs. 1 Satz 3 BGB auf das Mietervorkaufsrecht anzuwendenden Vorschriften über den Vorkauf ist bestimmt, dass mit der Ausübung des Vorkaufsrechts der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande kommt, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat (§ 464 Abs. 2 BGB). Kaufobjekt ist dabei immer eine vermietete Wohnung, denn Kauf bricht nicht Miete (§ 566 BGB). Ein Mietverhältnis kann auch nur unter ganz engen Voraussetzungen gekündigt werden. Die gesetzliche Regelung in §§ 577 Abs. 5, 464 Abs. 2 BGB kann deshalb nicht allein mit dem Hinweis auf höhere Marktpreise für unvermietete Wohnungen ausgehebelt werden. Wie bereits das Landgericht unter Berufung auf ein zur Schadensersatzpflicht bei Vereitelung eines Mietervorkaufsrechts ergangenes Urteil des Bundesgerichtshofs vom 21.01.2015 – VIII ZR 51/14 – (Rn. 37, juris) festgestellt hat, war dem Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien u.a. daran gelegen, dem Mieter die Möglichkeit zu eröffnen, die Wohnung zu einem Kaufpreis zu erwerben, den auch ein Dritter für die Wohnung zu zahlen bereit ist (BT-Drucks. 12/3013, Seite 18; 12/3254, Seite 40). Dabei kann es sich entgegen der Ansicht der Beklagten nur um den Preis für die vermietete Wohnung handeln, denn das Verkaufsobjekt, das einem Mietervorkaufsrecht unterliegt, ist notwendigerweise eine vermietete Wohnung, wie das Landgericht bereits zutreffend dargelegt hat. Die dem Mie-

ter mit § 577 BGB und aufgrund der Beendigung des Mietverhältnisses infolge Konfusion eingeräumte Rechtsposition beinhaltet – im Falle eines geringeren Marktpreises für eine vermietete Wohnung – gleichzeitig mittelbar die Zuweisung eines Vermögensvorteils an ihn, wie auch *Herrler* (a.a.O. Seite 345) anhand des Beispiels einer Abfindungszahlung darlegt. Eine solche Zuweisung des Vermögensvorteils benachteiligt den Vermieter auch nicht, denn er ist von Anfang an lediglich Eigentümer einer vermieteten Wohnung, die am Markt gegebenenfalls (s.o.) nur mit einem Preisabschlag verkauft werden kann. Dem Verkäufer muss daher im Falle einer dem Mieter zu seinem Schutz durch ein Vorkaufsrecht eingeräumten Rechtsposition kein – zusätzlicher – Vermögensvorteil zugeordnet werden. Im Verhältnis zum Mieter besteht auch für eine Klausel, die abstrakt den Fall eines Erlöschens des Mietverhältnisses regelt, gar kein Grund, denn bei Ausübung des Vorkaufsrechts erlischt das Mietverhältnis immer durch Konfusion. In Bezug auf ihn als Vertragspartner handelt es sich bei der Differenzierung zwischen einer vermieteten und einer unvermieteten Wohnung um eine reine Fiktion. Ein Bedürfnis des Verkäufers für eine solche Regelung zur Preiserhöhung bei Erlöschen des Mietverhältnisses kann allenfalls im Verhältnis zum Erstkäufer bestehen und deshalb auch nur dort Wirksamkeit entfalten. Anzumerken ist insoweit allerdings, dass bei Abschluss eines Kaufvertrages über eine Wohnung regelmäßig klar ist, ob eine Beendigung des Mietverhältnisses im Raum steht. Außerdem dürfte für die Kaufpreisbildung tatsächlich relevanter sein, ob eine mögliche Auflösung bzw. Beendigung des Mietverhältnisses durch eine Räumung der Wohnung umgesetzt worden ist oder ob die eventuell ungewisse Durchsetzung im weiteren Verlauf noch dem Käufer obliegt. In entsprechenden Abfindungsvereinbarungen mit dem vorkaufsberechtigten Mieter wird deshalb sicherlich regelmäßig eine kurze – spätestens vor Eigentumsübergang – liegende Frist zu Räumung aufgenommen.

19 Soweit die Beklagte Bezug nimmt auf Ausführungen einiger Vertreter der letztgenannten Ansicht, wonach eine Abrede jedenfalls zulässig sein soll, die für den Fall des Freiwerdens der Wohnung vor Eigentumsübergang eine Kaufpreiserhöhung vorsieht, weil diese Regelung auch den Dritten binde, während die andere ausschließlich zu Lasten des Mieters wirke (*Herrler* a.a.O. Seite 345 zu Räumung durch den Mieter; *Häublein* a.a.O. Rn. 30 zu Freiwerden der Wohnung; *Klühs* a.a.O. Rn. 123 zu Mieterauszug), ist anzumerken, dass die streitgegenständliche Preisabrede gerade keine solche Freiwerdensklausel enthält und die vorkaufsberechtigte Mieterin die Wohnung auch nicht geräumt hat. In dem hiesigen Vertrag sind lediglich zwei Varianten geregelt, wann das Kaufobjekt als „ohne Mietverhältnis mit einem Dritten“ geliefert wird. Zum einen, wenn

der Mieter sein Vorkaufsrecht ausübt und zum anderen, wenn der Verkäufer binnen eines Monats nach Beurkundung dem Käufer nachweist, dass das Mietverhältnis aufgelöst oder gekündigt ist. Die Klausel regelt damit gerade keine Preiserhöhung für den Fall des tatsächlichen Mieterauszugs; Grundlage soll vielmehr lediglich der Bestand der mietvertraglichen Bindungen sein. Eine solche Klausel ist nach Auffassung des Senats jedenfalls im Verhältnis zum vorkaufsberechtigten Mieter unwirksam (s.o.). Dabei ist es entgegen der Auffassung der Beklagten unerheblich, ob die differenzierte Preisabrede semantisch so ausgestaltet ist, dass eine Erhöhung des für eine vermietete Wohnung geltenden Kaufpreises oder dass eine Verringerung des für eine unvermietete Wohnung zu zahlenden Kaufpreises erfolgen soll.

Auflassungsvormerkung, Eintragungsbewilligung, Eintragungshindernis, Grundbuch, Rückauflassungsvormerkung

GBÖ § 18 Abs. 1, § 19, § 22 Abs. 1 S. 1, § 23 Abs. 1, Abs. 2, § 71 Abs. 1, § 72, § 73, § 75; BGB § 140, § 1922; GNotKG § 22 Abs. 1 S. 1, § 25 Abs. 1

Amtliche Leitsätze:

1. Zur – vom Senat befürworteten – Umdeutung einer beantragten Löschungserleichterung im Hinblick auf eine Rückauflassungsvormerkung, für die ein Löschungserleichterungsvermerk dahin, dass zur Löschung des Rechts der Nachweis des Todes des Berechtigten genügen solle, weder zulässig noch eintragungsfähig ist, in eine Löschungsvollmacht.
2. Zum Zwecke der Beseitigung eines Eintragungshindernisses in Bezug auf ein auf Grundbuchunrichtigkeit gestütztes Gesuch um Löschung einer Rückauflassungsvormerkung gemäß § 22 GBO kann das Grundbuchamt nicht im Wege der Zwischenverfügung die Beibringung einer Erbenbewilligung gemäß § 19 GBO verlangen.

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat),
Beschluss vom 28.10.2020 – I-3 Wx 103/20

I. Tatbestand:

1 E. K. war eingetragene Eigentümerin des vorbenannten Grundbesitzes. Mit notariellem Kaufvertrag des Notars ...

in Erkelenz vom 24. Juni 1997 (UR-NR. 891/1997) veräußerte sie den Grundbesitz an die Beteiligte. Im Kaufvertrag wurde vereinbart, dass die Beteiligte auf Lebenszeit eine Leibrente an E. K. zu zahlen hatte. Weiter heißt es im Kaufvertrag:

„Zur Absicherung der Leibrentenverpflichtung bewilligen und beantragen die Beteiligten die Eintragung einer entsprechenden Reallast zulasten des hier verkauften Grundbesitzes und zugunsten von Frau E. K. im Grundbuch mit dem Vermerk, daß zur Löschung des Rechts der Nachweis des Todes (sic!) des Berechtigten genügen soll.“

2 Die Kaufvertragsparteien vereinbarten ferner ein Rücktrittsrecht der Rentenberechtigten:

„Die Rentenberechtigte behält sich den Rücktritt von diesem Verträge in folgenden Fällen vor:

1. Wenn der Käufer in Höhe von drei Rentenbeträgen länger als einen Monat in Verzug gerät. Zur Begründung des Verzuges bedarf es keiner Mahnung.
2. Wenn das Konkurs- oder Vergleichsverfahren über das Vermögen des Käufers eröffnet ist oder mangels Masse eingestellt ist.
3. Im Falle der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung des hier verkauften Grundbesitzes.
4. Falls die Zinsen der der Reallast vorhergehenden oder gleichstehenden Belastungen nicht binnen Monatsfrist nach ihrem letzten Fälligkeitszeitpunkt gezahlt sein sollen.
5. Falls der Käufer den Kaufgrundbesitz treffende öffentliche Abgaben und Lasten nicht zahlt und aus diesem Grunde die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung in den Grundbesitz behördlicherseits angeordnet wird.
6. Falls der Käufer fällige Pflichten für die Gebäudeversicherung nicht pünktlich entrichtet und der Versicherungsschutz für den Kaufgrundbesitz aus diesem Grunde erlischt.“

3 Dazu heißt es weiter:

„Zur Absicherung dieser aufschiebend bedingten Rücküberbegrüßungsverpflichtung bewilligen und beantragen die Beteiligten die Eintragung einer entsprechenden Auflassungsvormerkung zugunsten von Frau E. K. im Grundbuch mit dem Vermerk, daß zur Löschung des Rechts der Nachweis des Todes der Berechtigten genügen soll.“

4 Auf Antrag der Kaufvertragsparteien wurde die Reallast in Abt. II Nr. 2 des Grundbuchs eingetragen, wobei – trotz entsprechender Verfügung der zuständigen Rechtspflegerin – die Eintragung des Löschungserleichterungsvermerks unterblieb. Die Rückauflassungsvormerkung wurde in Abteilung II Nr. 4 des Grundbuchs eingetragen, dies allerdings ohne den beantragten Löschungserleichterungsvermerk.

5 Nach dem Tod der E. K. hat die Beteiligte unter dem 19. Februar 2020 unter Vorlage der Sterbeurkunde die Löschung der in Abteilung II des Grundbuchs eingetragenen Rechte lfd. Nr. 2 und 4 beantragt.

6 Mit Zwischenverfügung vom 22. April 2020 hat das Grundbuchamt mitgeteilt, zur Erledigung des Antrags bedürfe es der Einreichung der Bewilligung bzw. Zustimmung der Erben der E. K. nebst Erbennachweis, der durch Vorlage einer Erbscheinsausfertigung oder einer beglaubigten Abschrift eines öffentlichen Testaments oder Erbvertrags mit Eröffnungsprotokoll geführt werden könne.

7 Es hat ausgeführt, da der Löschungserleichterungsvermerk versehentlich nicht in das Grundbuch eingetragen worden sei, könne die Reallast gem. § 23 Abs. 1 GBO vor Ablauf eines Jahres nach dem Tod der E. K. grundsätzlich nur aufgrund der Bewilligung ihrer Erben gelöscht werden. Von dem Bewilligungserfordernis könne aber wegen der aufgrund Versehens des Grundbuchamtes unterbliebenen Eintragung des Löschungserleichterungsvermerks ausnahmsweise abgesehen werden. Da zur Löschung der in Abt. II Nr. 4 eingetragenen Vormerkung zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine Zustimmung der Erben beizubringen wäre, werde anheimgestellt, dass die Erben die Löschung des Rechtes Abt. II Nr. 2 in gleicher Urkunde mitbewilligten.

8 In der Bewilligung der Eintragung der Rückauflassungsvormerkung vom 24. Juni 1997 sei zwar die Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks gem. § 23 Abs. 2 GBO bewilligt worden. Dieser sei jedoch richtigerweise nicht in das Grundbuch eingetragen worden, da § 23 GBO auf eine Rückauflassungsvormerkung nicht anwendbar sei. Da die Übertragbarkeit und Vererblichkeit des durch die Vormerkung gesicherten Rückübertragungsanspruchs nicht ausgeschlossen sei, bedürfe deren Löschung nur kurze Zeit nach dem Tod der im Grundbuch eingetragenen Berechtigten aufgrund der durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Theorie zur „Wiederaufladbarkeit“ einer Vormerkung mit einem neuen gleichartigen Anspruch der Zustimmung ihrer Erben.

9 Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten vom 23. Mai 2020, mit der sie geltend macht, die Ausführungen des Amtsgerichts in dem angefochtenen Beschluss seien zwar zutreffend. Es sei aber möglich, die beantragte Löschungserleichterung in eine Lösungsvollmacht umzudeuten. Es sei ihr nicht möglich, ein Erbscheinsverfahren in Gang zu bringen, weil sie nach Auffassung des Amtsgerichts Erkelenz nicht antragsbefugt sei. Die Erben wollten keinen Erbschein beantragen, weil kein Vermögen vorhanden sei. Die in Betracht kommenden gesetzlichen Erben hätten angekündigt, die Erbschaft gegebenenfalls auszuschlagen.

10 Durch Beschluss vom 4. Juni 2020 hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt. Es hat ausgeführt, eine unzulässige Löschungserleichterung,

die bezüglich der Rückauflassungsvormerkung zwar in der Eintragungsbewilligung zur Eintragung bewilligt, jedoch richtigerweise nicht im Grundbuch eingetragen worden sei, könne nicht in eine Vollmacht des Vormerkungsberechtigten zur Löschung umgedeutet werden.

11 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Grundbuchakten Bezug genommen.

► **II. Aus den Gründen:**

12 Gegenstand der Beschwerde ist die Zwischenverfügung, soweit sich diese auf die Löschung der Rückauflassungsvormerkung (Abt. II Nr. 4) bezieht. Denn nur insoweit begründet die Beteiligte ihre Beschwerde, nachdem das Grundbuchamt eine Löschung der Reallast aufgrund der versehentlich unterbliebenen Eintragung des Löschungserleichterungsvermerks auch ohne Zustimmung der Erben der E. K. in Aussicht gestellt hat.

13 Die so verstandene Beschwerde ist gemäß §§ 18 Abs. 1, 71 Abs. 1, 72, 73 GBO zulässig und nach der vom Amtsgericht ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen, § 75 GBO.

14 Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg, weil die Zwischenverfügung nicht hätte ergehen dürfen.

15 Die Zwischenverfügung ist schon deshalb zu beanstanden, weil das Grundbuchamt eine von ihm für notwendig erachtete Berichtigungsbewilligung nicht verlangen kann, wenn der Berichtigungsantrag – wie hier – darauf gestützt ist, dass der Unrichtigkeitsnachweis geführt sei. In einer solchen Situation kann die aus Sicht des Grundbuchamts fehlende Berichtigungsbewilligung nicht im Wege der Zwischenverfügung verlangt werden, sondern das Grundbuchamt hat den Berichtigungsantrag sofort zurückzuweisen (OLG München ZEV 2016, 708).

16 Denn die Zwischenverfügung ist ein Mittel, einer beantragten Eintragung den nach dem Eingang des Antrags bestimmten Rang zu sichern, der bei sofortiger Zurückweisung nicht gewahrt würde. Eine Zwischenverfügung ist daher ausgeschlossen, wenn der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann, weil anderenfalls die beantragte Eintragung einen ihr nicht gebührenden Rang erhielte (Senat ZEV 2016, 707; BayObLGZ 1990, 6). In der Anforderung der Bewilligung der Erben gem. § 19 GBO kann danach ein Mittel zur Beseitigung eines Eintragungshindernisses in Bezug auf das auf Grundbuchunrichtigkeit gestützte Gesuch um Löschung der Rückauflassungsvormerkung gem. § 22 GBO nicht gesehen werden, weil der Löschantrag hierdurch auf eine neue Basis gestellt würde. Denn das Grundbuchamt vertritt hierdurch die Auffassung, dass die Beteiligte die Eintragung nur unter veränderten Voraus-

setzungen zu erlangen vermag, was nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein kann.

17 Vorsorglich sei in der Sache – ohne Bindungswirkung – bemerkt:

18 In der Sache erscheint der Antrag der Beteiligten auf Löschung der Rückauflassungsvormerkung erfolgversprechend. Die vom Grundbuchamt geforderte Vorlage einer Bewilligung bzw. Zustimmung der Erben der E. K. nebst Erbennachweis dürfte nicht erforderlich sein.

19 Gemäß § 19 GBO erfolgt eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Der Grundsatz der einseitigen Bewilligung gilt sowohl für rechtsändernde als auch für berichtigende Eintragungen, wobei zu den Eintragungen auch Löschungen zählen (vgl. *Demharter*, GBO, § 19 Rn. 3).

20 Einer Bewilligung nach § 19 GBO bedarf es nur dann nicht, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen ist, § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO. Der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt als Nachweis für die Unrichtigkeit eines Grundbucheintrags über eine Rückauflassungsvormerkung nur dann, wenn sich aus der zugrunde liegenden Vereinbarung explizit oder durch Auslegung ergibt, dass mit dem Tod des Berechtigten der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann und wenn ausgeschlossen werden kann, dass die Vormerkung auch einen zu Lebzeiten entstandenen, aber bis zum Tod des Berechtigten nicht mehr durchgesetzten und nach § 1922 BGB auf die Erben übergegangenen Übertragungsanspruch sichert (OLG München, a.a.O.).

21 Die Vereinbarungen im notariellen Kaufvertrag enthalten für ein Erlöschen des gesicherten Rückauflassungsanspruchs durch den Tod der Berechtigten keine Anhaltspunkte. Weder ist der Rückübertragungsanspruch durch Vereinbarung im Grundstücksübertragungsvertrag auf die Lebenszeit der Übertragerin befristet, noch enthält der Vertrag eine ausdrückliche Bestimmung des Inhalts, dass der Rückübertragungsanspruch weder übertragbar noch vererblich sein soll.

22 Dies stellt die Beteiligte auch nicht in Abrede, ebenso wenig dass eine Löschung gem. § 23 Abs. 2 GBO aufgrund der im Kaufvertrag bewilligten und beantragten Rückauflassungsvormerkung nicht in Betracht kommt. Denn hinsichtlich einer Rückauflassungsvormerkung ist ein Löschungserleichterungsvermerk nicht zulässig (ausführlich: BGH NJW 1992, 1683; NJW 1996, 59), weswegen dieser im Ergebnis zu Recht nicht in das Grundbuch eingetragen worden ist.

23 Es spricht aber Einiges dafür, hier eine Umdeutung der beantragten Löschungserleichterung in eine Löschungsvollmacht vorzunehmen.

24 In der Literatur wird vertreten, unzulässige Löschungserleichterungsvermerke könnten, jedenfalls in Übergangs-

fällen, gem. § 140 BGB analog in eine Löschungsvollmacht umgedeutet werden (vgl. *Amann*, DNotZ 1998, 6, 11 ff.; *Frank* MittBayNot 1997, 217; *Herrler*, in: Beck'sches Notarhandbuch, 7. Auflage 2019, § 5 Rn. 502; zur Möglichkeit, bereits in die notarielle Urkunde eine Vollmacht zur Löschung der Rückauflassungsvormerkung nach dem Tod des Berechtigten aufzunehmen: OLG München ZEV 2016, 656; *Enders*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, Stand: 1. Juli 2020, § 875 Rn. 78.3; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1544b).

25 Die Rechtsprechung hat dies in verschiedenen Entscheidungen abgelehnt, die allerdings jeweils die nicht zu Lebzeiten des Berechtigten zu erbringenden Leistungen einer Reallast betrafen (BayObLGZ 1997, 121; 1998, 250; OLG Hamm NJOZ 2014, 1569; vgl. auch OLG München FGPrax 2012, 250 – Leibgeding; zustimmend *Schrandt/Kalb*, in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht – Kommentar, 8. Aufl. 2019, § 23 Rn. 51), und argumentiert, es sei widersprüchlich, den Willen des Berechtigten dahin zu interpretieren, dass er dem Eigentümer eine Vollmacht erteile, die zur Aufhebung und Löschung eines Teils der Reallast in dem Augenblick ermächtigte, in dem dieser Teil des Rechts erst zum Tragen komme und für den Rechtsnachfolger des Berechtigten Bedeutung erlangen könne. Anders als in den dort entschiedenen Fällen war aber hier die durch die Rückauflassungsvormerkung gesicherte Leibrentenverpflichtung mit dem Tod der Beteiligten beendet.

26 Das OLG München (Beschluss vom 8. April 2010, 34 Wx 21/10, BeckRS 2010, 33286) hat die Umdeutung des einer Eigentumsvormerkung beigefügten (unzulässigen) Löschungserleichterungsvermerks in eine Löschungsvollmacht für möglich gehalten. Es hat ausgeführt, Bedenken seien in einem solchen Fall weniger erheblich als im Falle einer Reallast, weil ein zu Lebzeiten entstandener, beim Tod des Berechtigten noch nicht ausgelöst oder durchgesetzter Rückübereignungsanspruch eine eher seltene Ausnahme sei und die Grundbucheintragung der Berechtigten eine geeignete Grundlage für die Konversion bilde.

27 Dieser Auffassung erscheint dem Senat für den hier ebenfalls zu entscheidenden Fall der Löschung einer Rückauflassungsvormerkung interessengerecht. Die Berechtigten haben durch Bewilligung des Löschungserleichterungsvermerks zu erkennen gegeben, dass die Löschung der Rückauflassungsvormerkung einer Bewilligung ihrer Erben nicht bedarf. Die Löschungsvollmacht ermöglicht es, den von den Beteiligten angestrebten rechtlichen Erfolg zu realisieren, ohne in ihren Wirkungen über diejenigen einer Löschungserleichterung hinauszugehen (vgl. *Amann*, a.a.O.).

Löschung einer Zwangssicherungshypothek

GBO § 53; EheWiVG § 5, § 3, § 1 Abs. 1, § 9; FamFG § 84; BGB § 894

Amtlicher Leitsatz:

Zur Zulässigkeit der Eintragung einer Zwangssicherungshypothek an einem in Gütergemeinschaft nach dänischem Recht eingetragenen Eigentumsanteil eines Ehegatten.

OLG München (34. Zivilsenat),

Beschluss vom 27.10.2020 – 34 Wx 568/19

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten zu 1 und 2 sind im Grundbuch als Eigentümer von Grundeigentum „in Gütergemeinschaft nach dänischem Recht“ eingetragen. Sie hatten das Grundeigentum mit Vertrag vom 10.7.2018 käuflich erworben und aufgelassen erhalten. Gemäß Ziffer 2. dieses Vertrages wurde der Grundbesitz von Frau X.X. an den Beteiligten zu 2 und die Beteiligte zu 1 „zum Gesamthandseigentum in dänischer Gütergemeinschaft“ verkauft. In Ziffer 3. des Vertrages (Auflassung) wurde die Einigung über den Eigentumsübergang „im angegebenen Erwerbsverhältnis gemäß Ziffer 2.“ erklärt.

2 Ziffer 14. (Auslandsbezug) des Vertrages enthält folgende Regelung:

„...Der Vertrag unterliegt deutschem Recht.

Im Hinblick auf das anzuwendende Güterrecht erklären die Ehegatten, dass ... <die Beteiligte zu 1> deutsche Staatsangehörige ist und war, ... <der Beteiligte zu 2> dänischer Staatsangehöriger ist und war und er mit ihr in Dänemark die Ehe geschlossen hat und er zum Zeitpunkt der Eheschließung seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Dänemark und sie zum Zeitpunkt der Eheschließung ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland hatten. Dies hat sich nach Angabe nicht verändert. Per Ehevertrag in Dänemark haben sie nach Angabe das dänische Recht der Gütergemeinschaft gewählt. Sie gehen davon aus, dass sich die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe aus deutscher Sicht nach dänischem Recht richten. ... Die Beurkundung einer vorsorglichen Rechtswahl zugunsten des deutschen Güterrechtes ... wird ausdrücklich nicht gewünscht.“

3 Der anlässlich der bevorstehenden Eheschließung geschlossene Ehevertrag vom 27.1.2016 zwischen der Beteiligten zu 1 und dem Beteiligten zu 2 enthält u.a. folgende

Regelungen:

„§ 1: Alles, was jeder von uns bei der Eheschließung besitzt, soll dem/der Betreffenden als vollständiges Sondergut gehören und ist somit im Falle der Trennung bzw. der Scheidung oder im Falle des Todes nicht zu teilen.

§ 3: Alles, was jeder von uns während der Ehezeit erwirbt, soll Bestandteil unserer allgemeinen Gütergemeinschaft sein.“

4 Auf Ersuchen des Beteiligten zu 3 vom 1.4.2019 trug das Grundbuchamt zu dessen Gunsten am 25.6.2019 eine Zwangssicherungshypothek zu € 9.100,00 am Anteil der Beteiligten zu 1 ein. Dem Eintragungsantrag beigelegt war ein Vollstreckungsbescheid gegen die Beteiligte zu 1 vom 16.6.2015.

5 Mit anwaltlichem Schreiben vom 23.7.2019 beantragten die Beteiligten zu 1 und 2 diese Zwangssicherungshypothek zu löschen. Sie hätten das Grundstück als Gesamthandseigentum erworben. Die Eintragung sei unzulässig, die Vollstreckung hätte eines Titels gegen beide Schuldner bedurft. Der Gläubiger besitze nur einen Titel gegen die Beteiligte zu 1, nicht jedoch gegen den Beteiligten zu 2.

6 Der Beteiligte zu 3 beantragte, den Antrag abzuweisen. Die Gütergemeinschaft nach dänischem Recht stelle gerade keine Gütergemeinschaft nach deutschem Recht dar. Der dänische Güterstand der Gütergemeinschaft ähnele vielmehr einer Gütertrennung bzw. sei der Zugewinnsgemeinschaft vergleichbar, da es kein gesamthandgebundenes Sondervermögen gebe und jeder Ehegatte alle von ihm eingebrachten und erworbenen Vermögenswerte selbständig verwalten und darüber verfügen könne. Es sei daher von einem je hälftigen Miteigentumsanteil der Eheleute auszugehen, an welchem auch gesondert jeweils eine Sicherungshypothek eingetragen werden könne.

7 Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 5.9.2019 den Löschungsantrag zurückgewiesen. Eine Löschung komme nicht in Betracht, da die Eintragung nicht inhaltlich unzulässig sei. In Dänemark gelte während der Ehe Gütertrennung. Erst bei Auflösung der Ehe seien die Ehegatten an einer echten Vermögensgemeinschaft beteiligt. Der Anteil eines in – irreführenderweise so bezeichneten – Gütergemeinschaft nach dänischem Recht eingetragenen Miteigentümers sei daher wie ein echter Miteigentumsanteil zu behandeln. Die Eintragung der Zwangssicherungshypothek sei daher richtigerweise erfolgt.

8 Dagegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 vom 22.10.2019. In dem zwischen ihnen geschlossenen Ehevertrag sei vereinbart, dass alles was in der Ehe erworben wird, Bestandteil der allgemeinen Gütergemeinschaft sein soll. Aus dem notariellen Kaufvertrag über den Grunderwerb vom 10.7.2018 werde deutlich, dass die Beschwerdeführer sich ausdrücklich darauf geeinigt haben, dass das dänische Recht der Gütergemein-

schaft für sie gelten soll. Das Recht der dänischen Gütergemeinschaft unterscheide sich inhaltlich nicht von dem der deutschen Gütergemeinschaft.

9 Das Amtsgericht – Grundbuchamt – hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

II. Aus den Gründen:

10 Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

11 1. Das Rechtsmittel ist als beschränkte Beschwerde mit dem Ziel statthaft, gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO die Löschung der Eintragung wegen inhaltlicher Unzulässigkeit oder gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO die Eintragung eines Widerspruchs gegen deren Richtigkeit herbeizuführen (Hügel/Kramer GBO 4. Aufl. § 71 Rn. 71 und 122).

12 Die Beteiligten zu 1 und 2 sind beschwerdeberechtigt. Für die beschränkte Beschwerde mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs ist nur beschwerdeberechtigt, wer, falls die Eintragung unrichtig wäre, nach § 894 BGB einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs hätte (Senat vom 24.9.2010, 34 Wx 120/10 = NJW-RR 2011, 235; OLG Hamm FGPrax 1996, 210; Hügel/Kramer § 71 Rn. 198; Demharter GBO 31. Aufl. § 71 Rn. 68 f.), also derjenige, der durch die Unrichtigkeit unmittelbar beeinträchtigt ist. Die Tatsachen, aus denen sich die Beschwerdeberechtigung ergibt, müssen zwar nicht positiv festgestellt werden; es muss aber die ernsthafte Möglichkeit der Rechtsbeeinträchtigung bestehen (Hügel/Kramer § 71 Rn. 198).

13 Dies trifft zweifelsfrei auf die Beteiligte zu 1, an deren Anteil die Zwangssicherungshypothek eingetragen wurde, zu. Aber auch der Beteiligte zu 2 ist beschwerdeberechtigt. Eine Beschwerdeberechtigung des Beteiligten zu 2 würde zwar fehlen, wenn es sich bei dem belasteten Anteil der Beteiligten zu 1 um einen rechtlich selbständigen Miteigentumsanteil handelt (Senat vom 1.3.2016, 34 Wx 70/16 = NJOZ 2016, 753). Ob die Zwangssicherungshypothek wirksam lediglich an dem Anteil der Beteiligten zu 1 bestellt werden konnte oder ob auch Eigentumsrechte des Beteiligten zu 2 berührt sind, ist aber vorliegend als sogenannte doppelrelevante Tatsache im Rahmen der Begründetheit zu klären (Hügel/Kramer § 71 Rn. 213). Es genügt für die Beschwerdeberechtigung des Beteiligten zu 2, dass insoweit die ernsthafte Möglichkeit einer Rechtsbeeinträchtigung besteht.

14 Das Rechtsmittel ist von den Beteiligten zu 1 und 2 im Übrigen zulässig erhoben (§ 73 GBO, § 10 Abs. 2 FamFG).

15 2. In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet.

16 a) Eine Amtslöschung kommt nur im Falle einer unzulässigen Eintragung in Betracht. Unzulässig im Sinne von

§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO wäre die Eintragung nur, wenn sie nach ihrem Inhalt einen Rechtszustand oder -vorgang verlautbaren würde, den es aus Rechtsgründen nicht geben kann (BGH NJW-RR 2005, 10/11; BayObLGZ 2001, 301/305; OLG Karlsruhe FGPrax 2014, 49/50; Hügel/Holzer § 53 Rn. 56). Dabei muss sich die Unzulässigkeit aus dem Eintragungsvermerk selbst oder den zulässig in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen ergeben (BayObLGZ 1975, 398/403).

17 aa) Die angegriffene Eintragung ist nicht in diesem Sinne unzulässig. Das Gesetz sieht die Eintragung der Zwangssicherungshypothek mit dem verlautbarten Inhalt vor, §§ 866, 867 Abs. 1 und 2 ZPO. Den Mindestbetrag von 750 € gemäß § 866 Abs. 3 ZPO überschreitet die eingetragene Zwangshypothek.

18 bb) Die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek ist auch nicht insoweit unzulässig, als ein in Gütergemeinschaft nach dänischem Recht eingetragener Eigentumsanteil belastet wurde. Eine inhaltlich unzulässige Eintragung liegt insoweit nicht vor. Zutreffend hat das Grundbuchamt den Anteil der Beteiligten zu 1 als Miteigentumsanteil behandelt, der einer gesonderten Belastung zugänglich ist.

19 (1) Eine Beurteilung auf der Grundlage der zwangsvollstreckungsrechtlichen Regelungen für die Gütergemeinschaft, insbesondere des § 740 ZPO, war nicht veranlasst. Sind Ehegatten als Berechtigte eines ausländischen Güterstandes eingetragen, so bemißt sich die Frage, inwieweit Verfügungen oder Vollstreckung bezüglich des einzelnen Anteils zulässig sind, danach, wie das jeweilige Fremdrecht den Güterstand ausgestaltet, ob er also im Wesentlichen wie ein gütergemeinschaftlicher Gesamthandsanteil oder wie ein echter Miteigentumsanteil zu behandeln ist (Hügel/Zeiser GBO 4. Aufl. IPR Rn. 80).

20 Die Gütergemeinschaft nach dänischem Recht ist mit der Gütergemeinschaft nach deutschem Recht nicht vergleichbar. Es handelt sich vielmehr um eine aufgeschobene Gütergemeinschaft, der Zugewinnsgemeinschaft vergleichbar. Während der Ehe besteht Gütertrennung (Hertel in: Limmer/Hertel/Frenz/Mayer Würzburger Notarhandbuch 5. Aufl. Rn. 1121, 1141; Münch Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis 3. Aufl. § 20 Auslandsberührung Rn. 207). Die allgemeine Gütergemeinschaft nach dänischem Recht entfaltet sichtbar erst Konsequenzen bei Beendigung des Güterstandes. Erst bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung (im Falle des Todes eines Ehegatten, der Trennung oder Scheidung) wirkt sich der gesetzliche Güterstand aus. Bei der Auseinandersetzung hat jeder Ehegatte gemäß § 5 Abs. 1 des am 1.1.2018 in Kraft getretenen dänischen Gesetzes über die wirtschaftlichen Verhältnisse von Ehegatten (Ehe-

WiVG) ein Anrecht auf die Hälfte des dann vorhandenen gemeinschaftlichen Vermögens (Giesen in: Bergmann/Ferid Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht Dänemark Stand 5.4.2019 S. 36, 38 f.). Während der Ehe besteht kein gesamthandsgebundenes Sondervermögen (i.S.v. Gesamtgut), da jeder Ehegatte gemäß § 1 Abs. 1 EheWiVG über sein Vermögen selbständig verfügen kann, unabhängig davon, ob es vor oder nach Eingehung der Ehe erworben wurde, und jeder Ehegatte gemäß § 3 EheWiVG für seine Verpflichtungen mit seinem Vermögen haftet, unabhängig davon, ob die Verpflichtungen vor oder während der Ehe entstanden sind. Dies entspricht inhaltlich den früheren Vorschriften der § 16 und § 25 des dänischen Gesetzes über die Ehwirkungen (vgl. hierzu Ring/Olsen-Ring in: Süß/Ring Eherecht in Europa 3. Aufl. Dänemark Rn. 17, 18; Hertel in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer Rn. 1142), das durch das EheWiVG abgelöst wurde. Aus dem Vortrag der Beteiligten zu 1 und 2 ergibt sich auch nicht, dass bereits vor der Eintragung der Sicherungshypothek die Ehe in eine güterrechtliche Auseinandersetzung übergegangen ist. Demnach sind die Eigentumsanteile der Beteiligten zu 1 und 2 als Miteigentumsanteile zu behandeln, die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek an dem Anteil der Beteiligten zu 1 stellt daher keine unzulässige Eintragung dar.

21 (2) Sofern die Beteiligten zu 1 und 2 nach der Eintragung der Sicherungshypothek, z.B. aufgrund Trennung oder Scheidung in eine güterrechtliche Auseinandersetzung eingetreten sein sollten, führt dies zu keiner anderen rechtlichen Bewertung, für die Frage der Unzulässigkeit einer Eintragung nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO kommt es auf den Zeitpunkt der Eintragung an (Hügel/Holzer § 53 Rn. 84).

22 (3) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 6 EheWiVG. Danach darf ein Ehegatte nicht ohne Zustimmung des anderen Ehegatten die ganzjährige Ehewohnung verkaufen, verpfänden, vermieten oder verpachten, wenn diese Wohnung ganz oder teilweise der Gleichteilung gemäß § 5 EheWiVG unterliegt. Unabhängig davon, ob es sich bei dem gegenständlichen Grundeigentum um eine solche Wohnung handelt und ob eine Verpfändung in diesem Sinne vorliegt, findet § 6 EheWiVG nur auf Wohnungen in Dänemark Anwendung (vgl. § 9 EheWiVG).

23 (4) Auch die Auflassungserklärung vom 10.7.2018 ändert nichts an der Einordnung der im Grundbuch eingetragenen „Gütergemeinschaft nach dänischem Recht“ als Miteigentum im Sinne der deutschen Vorschriften. Zwar wurde in der Auflassung auf Ziffer 2. des Vertrages und damit auf den dort abgeschlossenen Kauf „zum Gesamthandseigentum in dänischer Gütergemeinschaft“ verwiesen. Nach dänischem Recht existiert aber nach den obigen

Feststellungen bei Vereinbarung der Gütergemeinschaft zumindest während der Ehe kein Gesamthandseigentum, so dass die Auflassungserklärung im Wortlaut widersprüchlich ist. Die Auflassungserklärung ist allerdings geltungserhaltend dahingehend auszulegen, dass der Erwerb entsprechend den gesetzlichen Regelungen der dänischen Gütergemeinschaft erfolgen sollte. Aus der Formulierung des Kaufvertrages und aus Ziffer 14. des Vertrages geht klar hervor, dass die Beteiligten für die güterrechtlichen Folgen der Auflassung von der Maßgeblichkeit des dänischen Rechts ausgegangen sind. Danach ist das erworbene Grundeigentum – wie bereits festgestellt – als Miteigentum zu qualifizieren. Hingegen ergibt sich aus der Vertragsurkunde nicht, dass – abweichend von den gesetzlichen Regelungen des dänischen Ehegüterrechts – ein Gesamthandseigentum bereits während der Ehe geschaffen werden sollte, insbesondere da es nach dänischem Recht keine vertraglichen Güterstände gibt (*Sieghörtner/Nicht* in: Keller/Munzig Grundbuchrecht 8. Aufl. § 8 Einl. Internationale Bezüge Rn. 269).

24 (5) Auch der zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 geschlossene Ehevertrag führt zu keiner anderen rechtlichen Einordnung. Da auf diesen in der Eintragung nicht Bezug genommen wird, ist er für die Frage der Eigentumsverhältnisse und der Prüfung einer möglichen Unzulässigkeit der Eintragung der Zwangssicherungshypothek nicht von Bedeutung. Im Übrigen soll nach § 3 des Vertrages alles, was jeder von beiden während der Ehezeit erwirbt, Bestandteil ihrer allgemeinen Gütergemeinschaft sein. Auch dies beinhaltet somit lediglich einen Verweis auf die gesetzlichen Regelungen, die nach den obigen Feststellungen eben nicht der Gütergemeinschaft nach deutschem Recht entsprechen. Eine Begründung von Gesamthandseigentum für während der Ehe erworbene Vermögensgegenstände lässt sich hieraus nicht entnehmen.

25 b) Die Eintragung eines Amtswiderspruchs als weiteres zulässiges Beschwerdeziel kommt ebenfalls nicht in Betracht. Die Eintragung eines Amtswiderspruchs kann im Weg der Beschwerde nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO nur dann mit Erfolg verlangt werden, wenn die beanstandete Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften erfolgt ist und das Grundbuch dadurch unrichtig geworden ist; dabei müssen die Gesetzesverletzung feststehen und die Unrichtigkeit des Grundbuchs glaubhaft sein. Von einer Unrichtigkeit des Grundbuchs kann nach den obigen Feststellungen nicht ausgegangen werden, die Sicherungshypothek an dem Anteil der Beteiligten zu 1 ist mit der Eintragung wirksam entstanden, § 867 Abs. 1 S. 2 ZPO. Ferner ist auch eine Verletzung gesetzlicher Vorschriften bei der Eintragung nicht ersichtlich.

Vertragliche Vereinbarung über die Auferlegung von Kosten als dinglicher Inhalt eines Wohnungsrechts

GBO § 71; BGB § 874, § 1018, § 1090 Abs. 2, § 1093 Abs. 1

Amtlicher Leitsatz:

Eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Berechtigten eines Wohnungsrechts, nach der die Kosten für Schönheitsreparaturen, Wasser, Abwasser, Heizung, Strom und Gas, den Kaminkehrer und die Müllabfuhr der Eigentümer trägt, kann zum dinglichen Inhalt des Wohnungsrechts gemacht werden. (Rn. 10 und 14 – 17)

OLG Nürnberg (15. Zivilsenat),
Beschluss vom 06.10.2020 – 15 W 2130/19

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten zu 1) und 2) sind als Eigentümer des Anwesens N Gebäude- und Freifläche zu 1.199 qm, Fl.Nr. und des Ackerlandes M mit der Fl.Nr. zu 22.872 qm im Grundbuch des Amtsgerichts S. für O Blatt eingetragen. Mit notarieller Urkunde vom 26.02.2020, URNr., übertragen sie diese dem Beteiligten zu 3). Die Beteiligten erklärten die Auflassung.

2 Unter Abschnitt IV der notariellen Urkunde ist folgendes vereinbart:

„Vorbehaltene Rechte

1. Wohnungsrecht

Die Veräußerer – nachstehend Berechtigte genannt – behalten sich als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB und mit der Maßgabe, dass nach dem Ableben eines der Berechtigten das Wohnungsrecht dem Längerlebenden ungeschmälert zur Alleinberechtigung zusteht, auf die Lebensdauer des Längerlebenden von ihnen ein Wohnungsrecht in dem übergebenen Anwesen vor.

Dieses besteht in dem Recht der ausschließlichen Benutzung der Wohnung im Erdgeschoss – unter Ausschluss des Eigentümers – und dem Recht auf Mitbenutzung der zum gemeinsamen Gebrauch der Hausbewohner bestimmten Anlagen, Einrichtungen und Räume, insbesondere der Waschküche und der Garage. Der Erwerber als künftiger Eigentümer ist verpflichtet, die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume auf eigene Kosten in gut bewohnbarem und beheizbarem Zustand zu halten.

Der Erwerber als künftiger Eigentümer trägt sämtliche Kosten, die für das Anwesen und die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume anfallen, insbesondere die Kosten der Schönheitsreparaturen in dem in Mietverträgen üblichen Umfang, die Kosten für Wasser und Abwasser, Beheizung, Strom und Gas, Kaminkehrer und Müllabfuhr, auch soweit sie auf der Wohnnutzung des Berechtigten beruhen.

...

Der Erwerber bestellt hiermit das Wohnungsrecht an dem in Ziffer I beschriebenen Grundbesitz zu Gunsten des Berechtigten – mehreren als Gesamtberechtigten nach § 428 BGB – und bewilligt und beantragt die Eintragung im Grundbuch. ...“

3 Mit Schreiben vom 27.03.2020 beantragte der Notar den Vollzug der Urkunde. Das Amtsgericht – Grundbuchamt – S. erließ am 04.06.2020 eine Zwischenverfügung dahingehend, dass das Wohnrecht nicht am Ackerland (Fl.Nr.) bestellt werden könne. Weiterhin könnten die Leistungspflichten des Eigentümers (Kostentragungspflicht) nicht gesetzlicher Inhalt des Wohnungsrechts sein.

4 Hiergegen wendet sich der zuständige Notar in der Beschwerde mit Schreiben vom 25.06.2020, eingegangen am 27.06.2020. Der Antrag in Ziffer IV.1. des Überlassungsvertrages werde dahingehend eingeschränkt, dass das Wohnungsrecht nur am Grundstück Fl.Nr. eingetragen werden solle. Die Beschwerde richte sich nur gegen den Teil des Beschlusses, wonach die Leistungspflicht des Eigentümers nicht gesetzlicher Inhalt des Wohnungsrechts sein könne. Zur Begründung werde u.a. auf die Entscheidung des Bayerisches Oberstes Landesgericht vom 18.06.1980 verwiesen.

5 Das Amtsgericht half der Beschwerde nicht ab und führte aus, die Kostentragungspflicht des Eigentümers könne nicht Inhalt eines Wohnungsrecht sein. Die Vereinbarung der Leistungspflicht des Eigentümers mit dinglicher Wirkung sei ausgeschlossen.

II. Aus den Gründen:

6 Die Beschwerde ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen zulässig (§§ 73, 15 Abs. 2 GBO, 10 Abs. 2 Nr. 3 FamFG).

7 Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Das Grundbuchamt darf vorliegend den Eintragungsantrag nicht beanstanden, da die genannten Kosten (für Schönheitsreparaturen, Wasser, Abwasser, Heizung, Strom und Gas, den Kaminkehrer und die Müllabfuhr) zum dinglichen Inhalt des Wohnungsrechts gemacht werden können.

8 1. Unproblematisch zulässig und vom Amtsgericht auch nicht beanstandet ist die in der notariellen Urkunde ent-

haltene Pflicht des Eigentümers, die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume auf eigene Kosten in gut bewohnbarem und beheizbarem Zustand zu halten. Das Wohnungsrecht ist – wie sich aus § 1093 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt – ein besonderer Fall der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Auf diese finden nach § 1090 Abs. 2 BGB eine Reihe von Vorschriften über die Grunddienstbarkeiten, insbesondere § 1021 BGB, entsprechende Anwendung. Danach kann bestimmt werden, dass der Eigentümer des belasteten Grundstücks eine auf dem Grundstück befindliche Anlage, die zur Ausübung der Grunddienstbarkeit gehört, zu unterhalten hat (BayObLGZ 1979, 372). Derartige Anlagen sind z.B. Wege, Ver- und Entsorgungsleitungen sowie die Heizanlage, die der Eigentümer zu unterhalten hat, um die Bewohn- und Beheizbarkeit der dem Wohnrecht unterliegenden Räume zu gewährleisten. 9 2. Ebenso ist der Eigentümer verpflichtet, die Kosten zu tragen, soweit sie gemeinschaftliche Anlagen und Einrichtungen betreffen. Denn da § 1093 Abs. 3 BGB anders als § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht auf § 1041 BGB verweist, obliegt die Unterhaltung der gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen dem Eigentümer. Dem Wohnungsberechtigten würde andernfalls die ordnungsgemäße Benutzung seiner Räume unmöglich gemacht (BGH, Urteil vom 21. Oktober 2011 – V ZR 57/11 zur Pflicht des Eigentümers, die Kosten für Instandhaltung und Instandsetzung der Zentralheizung zu tragen).

10 3. Entgegen der Meinung des Amtsgerichts können auch die anfallenden Kosten für Schönheitsreparaturen und die laufenden Kosten für Strom, Wasser, Abwasser, Heizung, Müllabfuhr und Kaminkehrer durch Vereinbarung dem Eigentümer mit dinglicher Wirkung auferlegt werden.

11 a) Zwar ist auf dem Gebiet des Sachenrechts die Vertragsfreiheit grundsätzlich ausgeschlossen. Durch das Gesetz wird nicht nur die Zahl der dinglichen Rechte erschöpfend bestimmt, sondern auch ihr Inhalt zwingend vorgeschrieben. Für Rechte mit unbestimmtem (bedingtem) Inhalt ist hier kein Raum (Bayerisches Oberstes Landesgericht, BayObLGZ 1964, 1). Dieser Grundsatz gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Soweit entweder das Gesetz selbst die Abänderbarkeit vorsieht oder zulässt oder bei einer Abänderung des Inhalts eines im Gesetz vorgesehenen Rechts nicht gegen tragende und damit zwingende Grundprinzipien (insbesondere hinsichtlich der Wesensmerkmale der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, der grundsätzlichen Nichtübertragbarkeit des Wohnungsrechts sowie des Ausschlusses des Eigentümers) verstoßen wird, sind abweichende Vereinbarungen zwischen den Beteiligten über den Inhalt eines zu bestellenden dinglichen Rechts nicht nur mit schuldrechtlicher, sondern – bei Eintragung in das Grundbuch bzw.

zulässiger Bezugnahme auf die entsprechende Eintragungsbewilligung (§ 874 BGB) – auch mit dinglicher Wirkung möglich (Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 18. Juni 1980 – BReg 2 Z 28/80; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 11. Oktober 1990 – BReg 2 Z 114/90).

12 Wegen des abschließenden Katalogs des möglichen Inhalts einer Dienstbarkeit in § 1018 BGB kann aber die Verpflichtung des Eigentümers zu einem positiven Tun nicht Hauptinhalt einer solchen Dienstbarkeit sein (Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 18. Juni 1980 – BReg 2 Z 28/80). Denn eine gegen das Wesen des bestellten dinglichen Rechts verstoßende Vereinbarung ist nichtig (Keller in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht – Kommentar, 8. Aufl. 2019, § 1 Rn. 62).

13 b) Hieraus schließt eine Meinung in der Literatur, auf die sich das Amtsgericht in seiner Abhilfeentscheidung stützt, dass eine Kostentragungspflicht des Eigentümers nicht mit dinglicher Wirkung vereinbart werden könne, da sie eine positive Leistungspflicht des Eigentümers begründe. Eine derartige, dem Dienstbarkeitscharakter zuwiderlaufende Vereinbarung sei unzulässig. Die Begründung zusätzlicher Leistungspflichten würden die nach §§ 1090 Abs. 2, 1093 Abs. 1 S. 2 BGB anzuwendenden Vorschriften nicht ermöglichen. Kosten, die bei Ausübung des Wohnungsrechts entstehen, und die Verpflichtung zur Lieferung von Strom, Wasser, Warmwasser oder Heizenergie usw. könnten dem Grundstückseigentümer daher nur mit schuldrechtlicher Wirkung vertraglich auferlegt werden. Die vertragliche Verpflichtung des Eigentümers zu Nebenleistungen für die Räume des Wohnungsberechtigten könne nur durch eine Reallast gesichert werden (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Auflage 2020, Zweiter Teil Grundbuchformulare mit Erläuterungen Rn. 1253, 1254).

14 c) Die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur, der sich auch der Senat anschließt, sieht dagegen in der Vereinbarung der oben genannten Kostentragungspflicht des Eigentümers mit dinglicher Wirkung keinen Verstoß gegen die zwingende gesetzliche Regelung, dass positive Leistungspflichten des Eigentümers nicht Dienstbarkeitsinhalt sein können.

15 Es ist bereits zweifelhaft, ob der Eigentümer durch eine Regelung, nach der er die von ihm zu entrichtenden laufenden Kosten für Strom, Heizung, Müllabfuhr usw. nicht von dem Wohnungsberechtigten ersetzt verlangen kann, zu einem positiven Tun verpflichtet wird (OLG Köln, Beschluss vom 17. Januar 1991 – 2 Wx 51/91).

16 Jedenfalls handelt sich bei dieser Vereinbarung, die die Verbrauchs- und Instandhaltungskosten dem Eigentümer auferlegt, um eine bloße Nebenpflicht. Die Hauptpflicht des Eigentümers, besteht – wie § 1093 Abs. 1 BGB voraussetzt – nach wie vor darin, die Ausübung des Wohnungsrechts durch den Berechtigten zu dulden. Die Kostenregelung dient nur der Ausgestaltung des gesetzlichen Schuldverhältnisses, stellt aber keine unzulässige Begründung einer Hauptpflicht des Eigentümers zu positivem Tun dar (Bayerisches Oberstes Landesgericht, a.a.O.; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 09. Juni 1994 – 2 W 52/94; Staudinger/Reymann (2017) BGB § 1093 Rn. 46; OLG Köln a.a.O.; Keller/Munzig a.a.O. § 6 Rn. 162; Amann in DNotZ 1989, 534, 545; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Auflage, Kapitel 4 Rn. 1588, mit der Beschwerde auszugsweise vorgelegt). Dass es sich bei den laufenden Verbrauchs- und Instandhaltungskosten nicht um Hauptleistungen, sondern um Nebenleistungen handelt, ergibt sich bereits aus der Parallele zur Raummiete, bei der solche Leistungen gemeinhin als „Nebenleistungen“ und das Entgelt als „Nebenkosten“ bezeichnet werden (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht a.a.O.).

17 Der zusätzlichen Bestellung einer Reallast bedarf es für die dingliche Absicherung der vertraglichen Vereinbarung daher nicht (BayObLG a.a.O.).

18 4. Die weite Fassung der Kostenregelung in der notariellen Urkunde vom 26.02.2020 unter IV. steht einer Eintragung des Wohnungsrechts nicht entgegen. Zwar hat der Eigentümer die Kosten, soweit sie auf das restliche Anwesen, das dem Wohnungsrecht nicht unterliegt, entfallen, auch ohne Vereinbarung hierüber sowieso zu tragen. Eine Eintragung wäre insoweit nicht erforderlich. Aber angesichts der ausführlichen Regelung in der notariellen Urkunde und der besseren Verständlichkeit hierdurch ist es unschädlich, wenn einzelne Punkte in der Vereinbarung mitgeregelt werden, die jedenfalls nicht ausschließlich Gegenstand einer Eintragungsbewilligung sein könnten (BayObLG a.a.O.).

19 5. Da die Vereinbarung hinsichtlich der Kostentragungspflicht mit dinglicher Wirkung zulässig ist, ist auch die Eintragungsfähigkeit der entsprechenden Vereinbarung im Grundbuch gegeben (Keller/Munzig a.a.O. § 1 Rn. 47).

20 Eine Entscheidung in der Sache kann der Senat nicht treffen, da Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens nur die Zwischenverfügung und nicht das Eintragungsersuchen selbst ist (BGH, Beschluss vom 26.09.2013 – V ZB 152/12).



Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht

Von Prof. Dr. Matthias Schüppen und Dr. Bernhard Schaub (Hrsg.),
(– Verlag C.H. Beck, München, 3. Auflage 2018, Hardcover (in Leinen).
199,- €. ISBN 978-3-406-69220-8.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Das Aktienrecht gehört sicherlich nicht in jedem Notarbüro zum täglichen Geschäft. Wenn aber aktienrechtliche Fragestellungen auftauchen, sind diese häufig komplex, und erfordern eine gründliche Recherche der zugrundeliegenden Problematik. An diesem Punkt leistet das vorliegende Werk, welches nunmehr bereits in dritter Auflage erschienen ist, wertvolle Hilfe. Dabei darf der Titel den notariellen Anwender nicht täuschen. Das Werk richtet sich keinesfalls nur an den anwaltlichen Berater, auch der Notar kann aus diesem Werk einen hohen Mehrwert ziehen.

Das Konzept als Handbuch ist dabei überaus übersichtlich und erleichtert die tägliche Recherche enorm. Die wesentlichen rechtlichen Probleme werden ausführlich erläutert, wobei nicht nur auf aktienrechtliche, sondern auch auf steuerrechtliche, kapitalmarktrechtliche, konzernrechtliche sowie teilweise betriebswirtschaftliche Aspekte eingegangen wird. Sehr hilfreich sind dabei auch die zahlreichen Checklisten sowie, aus notarieller Sicht besonders interessant, Formulierungsvorschläge.

Als positives Beispiel für den hohen Praxisbezug des Werks ist beispielhaft § 5 zu nennen, welcher sich mit den internationalen Bezügen beschäftigt. Es kommt sehr häufig vor, dass ausländische natürliche oder juristische Personen an einer Aktiengesellschaft beteiligt sind. Dieser Auslandsbezug wirft zahlreiche, vor allem praktische, aber auch rechtliche Fragen auf, welche vom Schaub in diesem Abschnitt adressiert werden. Oft besonders pro-

blematisch in diesem Zusammenhang ist der Nachweis der Vertretungsbefugnis für die Organe ausländischer Gesellschaften, vor allem aus dem anglo-amerikanischen Raum. Hier werden nicht nur die relevanten Probleme erörtert, sondern auch praktikable Lösungen präsentiert, welche durch einen umfassenden Formulierungsvorschlag eines Certificate of Incorporation und für den anglo-amerikanischen Raum abgerundet wird. Ferner findet sich in diesem Abschnitt eine Übersicht der gängigen ausländischen Gesellschaften, deren vertretungsberechtigte Organe sowie die hierfür vorhandenen Vertretungsnachweise für knapp 20 Länder.

Für den Notar ebenfalls hilfreich ist § 27 welcher sich mit der Durchführung der Hauptversammlung befasst. Gerade hier stellen sich viele Detailfragen, welche sich mit der kompakten und dennoch fundierten Darstellung von *Bohnet* schnell und unkompliziert lösen lassen. Auch hier bieten die Checklisten und Formulierungsvorschläge eine willkommene Hilfestellung bei der Vorbereitung des Termins.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass das Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht auch in der dritten Auflage und auch für den Notar eine sinnvolle Ergänzung der Handbibliothek darstellt. Vor allem in Büros in denen das Aktienrecht kein Randphänomen ist wird das Werk dem Notar eine wertvolle Hilfestellung geben und ist daher auf jeden Fall zur Anschaffung zu empfehlen.



Palandt - Bürgerliches Gesetzbuch

Bearbeitet von Prof. Dr. Jürgen Ellenberger, Dr. Christian Grüneberg, Dr. Renata von Pückler, Walther Siede, Prof. Dr. Karsten Thorn, Dr. Dietmar Weidlich, Prof. Dr. Isabell Götz, Sebastian Herrler, Bjorn Retzlaff, Hartwig Sprau, Walter Weidenkaff und Prof. Dr. Hartmut Wicke,
(– Verlag C.H. Beck, München, 80. Auflage 2021, Hardcover (in Leinen).
119,- €. ISBN 978-3-406-75380-0.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Der *Palandt* ist und bleibt der „Fels in der Brandung“ des deutschen Zivilrechts. Auch in dem krisengeschüttelten Jahr 2020 kommt nunmehr die 80. Jubiläumsauflage des Kurz-Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch auf den Markt. Wie immer unübertroffen ist die konkurrenzlose Aktualität des Werks. So findet sich in dem Band bereits eine ausführliche Kommentierung des neuen WEG bereits unter Berücksichtigung des WEMoG welches zum 01.12.2020 in Kraft getreten ist. Auch im Übrigen ist der Redaktionsschluss zum 15. Oktober 2020 nicht zu übertreffen. Damit liefert der *Palandt* wie jedes Jahr die aktuellste Darstellung des BGB und der relevanten Nebengesetze die auf dem Markt zu finden ist.

Doch auch der *Palandt* bleibt von Änderungen nicht verschont. Auf personeller Ebene haben Walther Siede und Dr. Renata von Pückler den verstorbenen Dr. Gerd Brudermüller bei der Bearbeitung im Familienrecht ersetzt. Ferner ist Bjorn Retzlaff als Autor eingetreten und wird nunmehr im Laufe mehrerer Auflagen große Teile der Kommentierung von Hartwig Sprau übernehmen.

Geboten wird auch aus notarieller Sicht eine Menge Neues: So hat der BGH mit seiner Entscheidung zur Auslandsbeurkundung im Grundstücksrecht (BWNotZ 2020, 416) klargestellt, dass nur ein deutscher Notar zur Entgegennahme der Erklärungen zuständig ist, und kein ausländischer Notar (§ 925 Rn. 2).

Im Familienrecht ist die Kommentierung des neuen § 1766a BGB von besonderem Interesse. Mit dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber den Beschluss des BVerfG vom 26.03.2019 (FamRZ 2019, 1061) umgesetzt und ermöglicht einem nichtehelichen Partner nunmehr ebenfalls die Adoption. Zu Recht kritisiert Götz in diesem Zusammenhang aber das Abstellen auf den Begriff der verfestigten Lebensgemeinschaft, da dieser Begriff aus dem Unterhaltsrecht stammt und dort abweichenden Voraussetzungen unterliegt (§ 1766a Rn. 3).

Aus notarieller Sicht aber von besonderem Interesse ist die von Wicke verantwortete Kommentierung des WEG, welche wie oben bereits erwähnt die Neuerungen durch das WEMoG bereits berücksichtigt. Diese Reform wird die notarielle Praxis in der nächsten Zeit vor zahlreiche Fragestellungen stellen, welche durch eine fundierte Kommentierung sicher beantwortet werden können. Eine solche liegt hier vor.

Zusammenfassend ist der *Palandt* auch in der 80. Auflage für jeden Notar ein Muss. Er ist und bleibt für die notarielle Praxis unverzichtbar und bietet Antworten auf alle kleinen und manchmal auch großen Fragen des juristischen Alltags. Der Spagat zwischen kompakter Darstellung und fundierten Inhalt gelingt den Autoren dabei ausgezeichnet.



Wohnungseigentumsgesetz

Von Dr. Stefan Hügel und Dr. Oliver Elzer,
(– Verlag C.H. Beck, München, 3. Auflage 2021, Hardcover (in Leinen).
99,- €. ISBN 978-3-406-75662-7.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Die beiden Autoren Notar Dr. Stefan Hügel und Richter am KG Dr. Oliver Elzer sind bereits durch zahlreiche Veröffentlichungen zum WEG jedem Praktiker bekannt. Nunmehr erscheint deren Kurzkomentar zum WEG in der dritten Auflage. Dies allein ist für jeden Praktiker Grund genug dieses Werk anzuschaffen. Besonders in diesem Jahr kann die Anschaffung jedem dringlichst empfohlen werden. So erläutert die Neuauflage als eines der ersten Werke die durch das zum 01.12.2020 in Kraft getretene Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz (WEMoG), welches grundlegende Änderungen und Neuerungen bringt und die Praxis sowie die Gerichte vor zahlreiche Detailfragen stellt. Für viele dieser Detailfragen bietet der Hügel/Elzer bereits jetzt eine Lösung an. Die vertretenen Lösungsansätze sind dabei stets sowohl praxisorientiert als auch wissenschaftlich fundiert was an der langjährigen Erfahrung der beiden Autoren in diesem Bereich liegt. Besonders hervorzuheben in diesem Zusammenhang ist der Umstand, dass hinter der gesamten Kommentierung stets beide Autoren stehen und es daher nie zu unterschiedlichen Rechtsmeinungen bei identischen Themen kommt, da beide Autoren stets mit einer Stimme sprechen.

Eine der wesentlichen Neuerungen die das WEMoG nunmehr bringt ist die Fiktion der Raumeigenschaft für aller Arten von Stellplätzen, wodurch das bisherige System grundlegend verändert wird. Hierzu gibt die Kommentierung bereits hilfreiche Gestaltungshinweise. So ist es nunmehr möglich an jedem einzelnen Stellplatz eines Doppelparkers Sondereigentum zu begründen. Die Teile, welche aber beiden Stellplätzen dienen, wie die Hydraulik und die Hebeanlage bleiben weiterhin im Gemeinschafts-

eigentum. Die Autoren empfehlen daher eine abweichende Kostenregelung in der Gemeinschaftsordnung vorzusehen (§ 3 Rn. 64).

Eine weitere Neuerung bildet die Erleichterung der Löschung der Verfügungsbeschränkung gemäß § 12 Abs. 4 WEG. Dieser verweist nun auf § 7 Abs. 2 WEG, sodass die Niederschrift über eine entsprechende Beschlussfassung und die beglaubigten Unterschriften der in § 24 Abs. 6 bezeichneten Personen ausreichend ist. Antragsberechtigt ist nach den neuen Regeln (vgl. § 9b Abs. 1 Satz 1) die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer vertreten durch den Verwalter. Insgesamt wurde die Rechtsstellung des Verwalters erweitert, so ist dieser nunmehr, bis auf Abschluss von Grundstückskaufverträgen und Darlehensverträgen zur umfassenden Vertretung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer berechtigt. Dadurch wird zum Beispiel die Problematik um die Ausstellung einer löschungsfähigen Quittung für eine Zwangssicherungshypothek (vgl. OLG München, Beschluss vom 16. 2. 2011 – 34 Wx 156/10) welche früher an der fehlenden Berechtigung des Verwalters gescheitert ist, obsolet.

Das WEMoG wird die Praxis in den nächsten Monaten vor viele Herausforderungen stellen. Das vorliegende Werk erleichtert dabei die Anpassung der täglichen Arbeit an die neuen Regeln und bietet, wie schon die Voraufgaben, eine verlässliche Quelle zur Lösung vieler sich in der Praxis stellenden Fragen. Gerade für die notarielle Praxis bietet das Werk einen entscheidenden Mehrwert, da viele Fragen auch aus der notariellen Sicht beantwortet werden. Der Hügel/Elzer gehört daher auch in der dritten Auflage auf jeden Fall auf den Schreibtisch von jedem Notar.



WEG-Recht 2021

Von Wolfgang Dötsch, Dr. Hendrik Schultzky und Dr. Frank Zscheschack,
Verlag C.H. Beck, München, 1. Auflage 2021, Softcover.
49,- €. ISBN 978-3-406-75388-6.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Am 01.12.2020 ist das neue Wohnungseigentumsrecht in Kraft getreten. Die Änderungen und Neuerungen durch diese Reform werden die Praxis und vor allem die Notare intensiv beschäftigen und vor neue Herausforderungen stellen. Das vorliegende Werk knüpft an dieser Stelle an und macht sich zur Aufgabe einen vollständigen und umfassenden Überblick über die Neuerungen zu geben und deren praktische Auswirkungen auf die tägliche Praxis darzustellen. Die drei Autoren sind hierfür mehr als prädestiniert. Diese haben als Mitglieder der Bund-Länder-Arbeitsgruppe das Gesetzgebungsverfahren von Anfang an begleitet und haben die Hintergründe der einzelnen Regelungen und die vorbereitenden Diskussionen hautnah verfolgt.

Das Werk gliedert sich in insgesamt 17 Kapitel. Nach einer kurzen Einleitung werden die wesentlichen Neuerungen knapp dargestellt wobei hier nur auf die Kernpunkte der einzelnen Themenblöcke eingegangen wird. Diese 16 Kernpunkte spiegeln die folgenden Kapitel des Buches in denen die einzelnen Schwerpunkte dann umfassend erläutert werden.

So behandelt Kapitel 1 die Änderungen im Sachen- und Grundbuchrecht, Kapitel 2 geht auf die Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft ein, Kapitel 3 wendet sich der Gemeinschaft als Verband zu, während Kapitel 4 die Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer am Eigentum beleuchtet. Sodann wird in Kapitel 5 die Regelung der Verwaltung und Benutzung erläutert und in Kapitel 6 das wichtige Thema der baulichen Veränderungen bevor sich Kapitel 7 den Nutzungen und Kosten widmet.

Kapitel 8 und 9 widmen sich der Eigentümerversammlung und dem Verwalter, Kapitel 10 dem Finanzwesen der Gemeinschaft. Sodann werden in den Kapiteln 11 bis 16 der Verwaltungsbeirat, die Entziehung, Haftungsfragen, das Verfahrensrecht, Sonderfragen zur Vermietung sowie schließlich das Schicksal von Altvereinbarungen erläutert.

Die umfassende Darstellung des Werks soll im Folgenden Anhand eines Beispiels erläutert werden. Neu seit dem WEMoG ist die Sondereigentumsfähigkeit von Freiflächen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber, dass diese kein eigenständiges Sondereigentum bilden können, sondern nur im Rahmen einer Zuordnung zu einem Miteigentumsanteil. Problematisch ist dabei, ob die Freiflächen dadurch selbstständig mit Grunddienstbarkeiten belastet werden können. Richtigerweise wird dies aus sachenrechtlicher Sicht bejaht (Kapitel 1 Rn. 46), wobei die Autoren darauf hinweisen, dass das Einräumen von Rechten an Dritte im Innenverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander wiederum durch § 13 WEG beschränkt sein könnte. Im konkreten Einzelfall ist daher stets zu prüfen, ob die Belastung möglicherweise einem Zustimmungsvorbehalt der Gemeinschaft unterliegt.

Alles in einem handelt es sich bei dem besprochenen Werk um eine hilfreiche Ergänzung jeder notariellen Bibliothek. Vor allem in den ersten Monaten nach Inkrafttreten des WEMoG wird es eine umfassende Hilfestellung bieten und jedem Praktiker hilfreiche Tipps zur Lösung alltäglicher Probleme geben. Es ist daher jedem zur Anschaffung zu empfehlen.



Beurkundungsgesetz

Von Prof. Dr. Karl Winkler,

(– Verlag C.H. Beck, München, 19. Auflage 2019, Hardcover (in Leinen).

139,- €. ISBN 978-3-406-73193-8.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Das Beurkundungsgesetz ist am 01.01.1970 in Kraft getreten. In der Zeit seit seinem Inkrafttreten hat das Gesetz viele Änderungen erfahren und wurde stets an die Entwicklungen der Zeit und des Rechts angepasst. So haben verbraucher-schützende Vorschriften Eingang in das Gesetz gefunden, ebenso strahlt das Datenschutzrecht und das Geldwäschegesetz auf das Beurkundungsrecht aus. Eine Konstante ist aber seit dem Inkrafttreten des Gesetzes immer geblieben, und das ist die Kommentierung von *Winkler*, welche nunmehr in der 19. Auflage erschienen ist. Beeindruckend dabei ist, dass der umfangreiche Kommentar weiterhin von nur einem Autor bearbeitet wird und auf alle Fragen rund um das Beurkundungsrecht eine fundierte und praxisorientierte Lösung bietet.

Was die vorliegende Auflage besonders macht, ist der Umstand, dass *Winkler* bereits jetzt Vorschriften kommentiert welche erst zum 01.01.2022 in Kraft treten werden. Damit liegt eine der wenigen Kommentierungen betreffend die Errichtung des Elektronischen Urkundenarchivs vor.

Ein Thema, welches die Notare im ganzen Bundesgebiet in den letzten Jahren besonders beschäftigt hat, ist die Neufassung des Geldwäschegesetzes und jüngst die damit zusammenhängende Beurkundungsverbote und Meldepflichten. Während letzteres bei der Kommentierung noch nicht berücksichtigt werden konnte, werden die Pflichten des Notars im Hinblick auf das Geldwäschegesetz umfassend und detailliert dargestellt (§ 10 Rnn. 31 ff.) Richtigerweise geht *Winkler* davon aus, dass das Erfüllen der Pflichten aus dem GwG nicht mit der Urkundsgewäh-

rungspflicht des Notars kollidiert und diese trotz fehlender Mitwirkung seitens der Beteiligten weiterhin besteht (§ 10 Rn. 76). Zwar wurde dies durch die zwischenzeitlich kodifizierten Beurkundungsverbote relativiert, allein die fehlende Mitwirkung eines Beteiligten bei der geldwäschekonformen Identifizierung berechtigt den Notar aber nicht zur Ablehnung der Beurkundung (a.A. LG Dessau-Roßlau, BWNotZ 2020, 102).

Aus notarieller Sicht ebenfalls sehr hilfreich und für ein Kommentar eher nicht üblich sind die zahlreichen Formulierungsvorschläge, die im Rahmen der Kommentierung von *Winkler* präsentiert werden. Damit werden die rechtlichen Probleme nicht nur umfassend dargestellt und in der gebotenen Tiefe erörtert, sondern es wird sofort ein Gestalterischer Lösungsvorschlag mitgeliefert. Exemplarisch sei hier der Formulierungsvorschlag im Rahmen des § 24 BeurkG genannt, welcher sich mit den Besonderheiten für hör- und sprachbehinderte Beteiligte beschäftigt und dem Leser eine umfassende Lösung für den Alltag bietet (§ 24 Rn. 17).

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass der Kommentar von *Winkler* aus dem notariellen Alltag nicht wegzudenken ist und jedem uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden kann. Es bleibt zu hoffen, dass der Autor das BeurkG auch weiterhin begleiten wird und kommenden Generationen von Notaren eine verlässliche Quelle für Lösungen von kleinen und großen Problemen des notariellen Alltags bieten wird. Ein Notariat ohne einen *Winkler* ist kaum vorstellbar.



Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch

Mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntVO und EuErbVO.
Herausgegeben von Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner,
Verlag C.H. Beck 2021, 18. Aufl. 2021, XLIV, 2831 Seiten, geb.
69,- €. ISBN 978-3-406-75772-3.

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

Der *Jauernig* bietet in handlichem Format und zu einem überschaubaren Preis eine umfassende Kommentierung des BGB. Kompakter kann ein brauchbarer BGB-Kommentar nicht sein. Den Fokus legt der Kommentar auf das, was ein Kommentar dieser Größe am besten kann: Aktuelle und wertvolle Hinweise auf die wichtigsten Themen geben, die sich in der Rechtsanwendung stellen. Durch seinen überschaubaren Umfang empfiehlt sich der *„Jauernig“* seit jeher naturgemäß besonders für Studenten und Referendare, ist aber durch seine Kompaktheit, Aktualität und Abdeckung des gesamten BGB auch für berufliche Rechtsanwender eine wertvolle Erkenntnisquelle.

Nicht unmittelbar erschließt sich die Auswahl, der neben dem BGB mitkommentierten Gesetze zum Internationalen Privatrecht. Zu den aufgenommenen Regelwerken (Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntVO, EuErbVO) finden sich hier knappe und hilfreiche Kommentierungen. Die in der Praxis ebenfalls gängigen (und für die Ausbildung, jedenfalls im Schwerpunktbereich, nicht irrelevanten) Vorschriften der EuGüVO/EuPartVO oder des EGBGB sind dagegen nicht kommentiert, was verwundert. Damit soll jedoch nicht für eine Aufnahme auch dieser Vorschriften plädiert werden, da gerade die Beschränkung des Umfangs und die Konzentration auf das Wesentliche das ausschlaggebende Argument für den Erwerb des *„Jauernig“* darstellt; vielmehr könnte seitens des Verlags und des Herausgebers sogar umgekehrt überlegt werden, ob in weiteren Auflagen ggf. im Interesse eines handlichen Umfangs Abstriche bei den IPR-Vorschriften gemacht werden können, da IPR-Anwender ohnehin auf Spezialliteratur werden zurückgreifen müssen.

Das Kommentatorenteam ist seit der Voraufgabe (17. Auflage von 2018) gleichgeblieben, und auch im Gesetzesrecht hat sich wenig verändert. Eingearbeitet wurde das Gesetz über die Maklerkosten bei der Vermittlung von

Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser. Die neu geschaffenen §§ 656a - 656d BGB werden von *Mansel* übersichtlich kommentiert. Erstmals gelten nun transparente Regelungen, die die Erwerbsnebenkosten senken und im derzeitigen Verkäufermarkt faktisch den Käufer schützen sollen. Zudem spricht künftig auch das BGB von *„Makler“*.

Änderungen gab es ferner im Recht der Ehe für gleichgeschlechtliche Personen, wo das Gesetz zur Umsetzung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts und die zum Themenkomplex bereits ergangene Rechtsprechung berücksichtigt werden konnte. Etwa soll es nach der Rechtsprechung *de lege lata* auch weiterhin dabei bleiben, dass die Ehefrau der Mutter nicht analog § 1592 Nr. 1 BGB Mutter des Kindes wird (vgl. hierzu mit Diskussion und überzeugender Stellungnahme im vorgenannten Sinn *Budzikiewicz*, § 1592 Rn. 1). Auch eine Mutterschaftsanerkennung entbehrt derzeit einer gesetzlichen Grundlage.

Größeren Raum nimmt demgegenüber die Behandlung der Covid-19-Pandemie ein, was umso anerkennenswerter ist, als der Kommentar auf dem Stand von Ende April 2020 ist und lediglich teilweise noch Entwicklungen bis Ende Juni 2020 berücksichtigen konnte. Nichtsdestotrotz füllt das Stichwort *„Covid-19-Pandemie“* eine halbe Spalte im Stichwortverzeichnis. Auch für den notariellen Rechtsanwender enthält der Kommentar hierbei wertvolle weiterführende Hinweise zu teilweise eher *„beurkundungsfernen“* Themen, etwa Entwicklungen im Arbeitsrecht (Arbeitsschutz, Home Office, Kurzarbeit; zur Frage des Betriebsrisikos bei behördlicher Betriebsschließung (hier ist regelmäßig ein Risiko des Arbeitgebers verwirklicht) siehe etwa die Ausführungen von *Mansel*, § 615 Rn. 8), Auswirkungen auf bestimmte Verträge (vgl. zum sog. *„Corona-Moratorium“* nach Art. 240 § 1 EGBGB die Kommentierung von *Stadler*, vor §§ 323 - 326 Rn. 5 ff.) oder auf das Vereinsrecht (so bewirkt das COVMOG, dass

Vorstände übergangsweise auch nach Ablauf ihrer Amtszeit im Amt bleiben können und dass Versammlungen auch ohne Satzungsgrundlage virtuell abgehalten werden können, vgl. hierzu § 26 Rn. 1, § 32 Rn. 1).

Im Übrigen hält der „Jauernig“ seine bewährte kompakte Kommentierung auf dem aktuellen Niveau der Rechtsprechung und Diskussion in der Literatur. Dabei beschränkt sich die Kommentierung nicht auf eine Wiedergabe von Referenzen, sondern nimmt auch selbst Stellung. Zur Verdeutlichung seien einige auch aus notarieller Sicht relevante Problemkreise herausgegriffen:

Bei der Veräußerung von Mietobjekten wendet sich *Teichmann*, § 566 Rn. 1, gegen die hM und hält auch die Norm des § 566 BGB für zwingend zu Gunsten des Mieters, um einen Wertungswiderspruch mit § 565 BGB zu vermeiden. Hier gilt es zudem - insbesondere bei der Urkundsgestaltung - die neue Rechtsprechung des BGH zu beachten, der § 566 BGB bei der Übertragung auf einen Mit-Vermieter nicht anwendet (NJW-RR 2019, 332).

Neue Rechtsprechung ist auch in die Kommentierung zum Pflichtteilsrecht eingearbeitet worden, etwa die (ablehnende) Entscheidung des BGH zur sog. „aleatorischen Zuwendung“ (BGH ZEV 2020, 420, kommentiert von *Stürner*, § 2325 BGB Rn. 5).

Die transmortale Vollmacht und die Möglichkeit, mit einer solchen ggf. die Notwendigkeit eines Erbscheins zu vermeiden, werden kompakt und übersichtlich kommentiert - zugegebenermaßen an etwas versteckter Stelle bei den Vorschriften über den Testamentsvollstrecker, vor § 2197 Rn. 2, auf die jedoch zahlreiche Verweise etwa

bei Kommentarstellen zur Vollmacht und zum Erbschein hinweisen. Mit einer post- oder transmortalen Vollmacht tritt der Bevollmächtigte für die Erben auf und ist an Beschränkungen des Testamentsvollstreckers nicht gebunden. Selbst der Alleinerbe kann sich durch die Vollmacht gegenüber dem Grundbuchamt legitimieren, sofern kein Erbschein vorliegt, der seine Erbenstellung beweist. Der Umfang und die Auswahl von hierzu aufgeführter Rechtsprechung und Literatur lassen (fast) keine Wünsche offen. Aufgenommen werden hätte an dieser Stelle noch ein Hinweis auf die jüngste und widerstreitende Rechtsprechung zum noch nicht befriedigend geklärten Verhältnis einer General- und Vorsorgevollmacht zu Vor- und Nacherbschaft (OLG Stuttgart 29.5.19, OLG München 14.6.19), die an anderer Stelle, nämlich beim Verfügungsrecht des Vorerben kommentiert wird (*Stürner*, § 2112 Rn. 6), oder die überraschende Entscheidung des OLG Köln 30.10.2019 - 2 Wx 327/19, RNotZ 2020, 97, der zufolge eine von der Betreuungsbehörde beglaubigte Vollmacht wegen deren eingeschränkter Beglaubigungskompetenz nur als Vorsorge-Vollmacht im engeren Sinne verwendet, nach dem Tod des Vollmachtgebers aber nicht mehr als Urkunde im Sinn des § 29 GBO verwendet werden kann.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass der „Jauernig“ sich durch die Breite der behandelten Gebiete und die Konzentration auf das Wesentliche auszeichnet und daher eine sinnvolle Ergänzung jeder Bibliothek ist. Gerade die Buchversion eignet sich hervorragend zum Einlesen in sonst eher fernliegende Bereiche. Auch der Rechtsanwender in der Ausbildung erhält hier sehr viel Kommentar für einen überschaubaren Anschaffungspreis. Die Kaufempfehlung kann guten Gewissens ausgesprochen werden.



FamFG

Von Dr. Theodor Keidel (begr.), herausgegeben von Helmut Engelhardt und Werner Sternal,

Verlag C.H. Beck, München, 20. Auflage 2020, Hardcover (in Leinen).

149,- €. ISBN 978-3-406-74058-9.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Die Notare sind Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit und üben durch vorsorgende Rechtspflege Hoheitsgewalt aus. Aus diesem Grund ist die Kenntnis der relevanten Verfahren und Vorschriften der freiwilligen Gerichtsbarkeit für die notarielle Praxis unerlässlich. Das vorliegende Werk ist der führende Kommentar zum Verfahrensrecht in Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der Keidel erscheint nunmehr in 20. Auflage. Nur drei Jahre nach der Voraufgabe machten umfangreiche Neuerungen sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Rechtsprechung eine Überarbeitung des Werks nötig. Auch personell gab es im Vergleich zur Voraufgabe Veränderungen, so ist Lutz Budde als Autor ausgeschieden. Neu im Autorenkreis sind nunmehr Jörg Dimmer und Dr. Alfred Göbel.

Inhaltlich hat aus notarieller Sicht vor allem das Gesetz betreffend die Einführung der elektronischen Akte und des elektronischen Rechtsverkehrs für Neuerungen gesorgt. Die prominenteste ist dabei die Einführung der notariellen Prüfungspflicht auf Eintragungsfähigkeit nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG. Richtigerweise geht Heinemann in seiner Kommentierung davor aus, dass sich die Prüfungspflicht nur auf solche Anmeldungen erstreckt die nicht von einem deutschen Notar oder einer Landesbehörde beglaubigt wurden, also vor allem auf von den Beteiligten selbst oder von Dritten (Steuerberater/Rechtsanwälte) entworfene Erklärungen (§ 378 Rn. 25.).

Zuzustimmen ist dem Bearbeiter auch im Hinblick auf die Verstoßfolgen. So geht Heinemann zutreffen davon aus, dass die Prüfung nur im Interesse des Registergerichts und nicht im Interesse der Beteiligten erfolgt, und daher bei einer falschen oder fehlenden Prüfung nicht zu Amtshaftungsansprüchen führen kann.

Aus notarieller Sicht ebenfalls interessant ist das von Zimmermann bearbeitete Kapitel zu den Aufgebotsverfahren. Immer wieder kommt es im notariellen Alltag vor das Grundpfandrechte eingetragen sind für welche der Brief und/oder der Gläubiger nicht mehr auffindbar ist. Oftmals wünschen die Beteiligten, dass der Notar im Rahmen der Abwicklung des Kaufvertrages auch das Aufgebotsverfahren betreibt. Sämtliche Detailfragen, welche sich in diesem Zusammenhang stellen können, werden von Zimmermann praxisnah und übersichtlich beantwortet und geben dem Anwender das notwendige Handwerkszeug für die Durchführung des relevanten Verfahrens.

An den vorstehenden Beispielen zeigt sich, dass der Keidel in der notariellen Praxis eine hilfreiche Ergänzung bietet. Die Autoren sorgen für hohe Qualität und Praxisnähe und bieten das perfekte Handwerkszeug für den Praxisalltag. Kurz gesagt, es ist jedem Praktiker in der freiwilligen Gerichtsbarkeit uneingeschränkt zu empfehlen.

