

BW NotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

6 | 2022

Dezember 2022

HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A

70174 Stuttgart

SCHRIFTLÉITUNG

Notariatsverwalter Anton Gordon,

Heidelberg

ISSN-Nummer 1434-2979

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

ABHANDLUNGEN

Die beschränkt persönliche Dienstbarkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (oder Wohnungserbauberechtigten) als Alternative zur Grunddienstbarkeit bei der Sicherung der Versorgung von Nachbargrundstücken – ein Gestaltungsvorschlag mit Variationen
von Notar Dr. Johann Andreas Dieckmann, M.St (Oxford), Freiburg i.Br. ... 392

Der Verkauf von grundstücksgleichen Fischereirechten (§ 6 Abs. 3 FischereiG)
von Notar Dr. Peter Becker, Schwäbisch Gmünd 404

Im Grundbuch ungebuchte Anliegerwege
von Dipl. Ing. (FH) Otto Bogenschütz, Hechingen 408

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

OLG Hamm (11. Zivilsenat), Urteil vom 04.02.2022 – 11 U 124/18
mit Anmerkung Dieckmann/Hofstetter
Zur Reichweite der notariellen Belehrungspflicht im Rahmen eines Vertrages über die Bestellung eines Erbbaurechts 412

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 28.04.2022 – V ZB 12/20
Zum Prüfungsumfang des Vollstreckungsgerichts bei einer vom Notar erteilten Vollstreckungsklausel 426

GESELLSCHAFTSRECHT

OLG Celle (9. Zivilsenat), Beschluss vom 10.10.2022 – 9 W 81/22
Gründung einer Unternehmungsgesellschaft; Errichtung einer sogenannten Einheitsgesellschaft 442

ERBRECHT

OLG München (33. Zivilsenat), Beschluss vom 10.11.2022 – 33 W 775/22
Zum Umfang der Mitwirkung des Erblassers bei der Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses 458

Datenschutz speziell für Notare



Ich habe mich auf den Datenschutz für Notare in Baden-Württemberg und Bayern spezialisiert.

Ich biete

- Kernkompetenzen in Datenschutz, IT-Sicherheit und Organisation
- Jahrzehntelange Erfahrung in diesen Bereichen
- Eine Vielzahl von Referenzen im Notarbereich
- Überprüfte Dokumentationen bei meinen Kunden durch LDSB und Amtsprüfung

Ihre Vorteile:

- Ihre Tätigkeiten und Abläufe sind mir bekannt
- Ich kenne ihre Programme (NOAH, TriNotar, ARNOtop, ...) und ihre Systemhäuser
- Erstellung aller notwendigen Unterlagen (Verfahrensverzeichnis, TOMs, ...)
- Persönliche Betreuung im Datenschutz
- Direkter Ansprechpartner

Datenschutz zum fairen Preis !

Hubert Rommel

Externer Datenschutzbeauftragter



Mitglied im Berufsverband
der Datenschutzbeauftragten
Deutschlands e.V.

Kapellenstraße 56
88471 Laupheim

Tel.: 07392 / 96 44 880
Mail: Info@EOS-HR.de

88. BAND

BWNotZ**AUSGABE 6|2022 INHALTSVERZEICHNIS****HERAUSGEBER**

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart

SCHRIFTLÉITUNG

Notariatsverwalter Anton Gordon, Heidelberg

ISSN-Nummer 1434-2979

Erscheinungsweise: 6x pro Jahr

BESTELLUNGEN | ANZEIGEN

Geschäftsstelle des

Württembergischen Notarvereins e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart,

Tel. 0711 2237951, Fax 0711 2237956

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

Der Bezugspreis beträgt jährlich 60,- Euro einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt. Einzelhefte 10,50 Euro einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

HERSTELLUNG

Erich Schretzmann Siebdruck GmbH

siebdruck-schretzmann.de.

Huber Werbung, 73547 Lorch

www.huber-werbung-lorch.de

ABHANDLUNGEN

Seite

Von Notar Dr. Johann Andreas Dieckmann, M.St (Oxford), Freiburg i.Br. Die beschränkt persönliche Dienstbarkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (oder Wohnungserbbauberechtigten) als Alternative zur Grunddienstbarkeit bei der Sicherung der Versorgung von Nachbargrundstücken – ein Gestaltungsvorschlag mit Variationen	392
Von Notar Dr. Peter Becker, Schwäbisch Gmünd Der Verkauf von grundstücksgleichen Fischereirechten (§ 6 Abs. 3 FischereiG)	404
Von Dipl. Ing. (FH) Otto Bogenschütz, Hechingen Im Grundbuch ungebuchte Anliegerwege	408

RECHTSPRECHUNG**BERUFS- UND KOSTENRECHT**

OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 21.11.2022 – 34 Wx 459/22 Kost	411
OLG Hamm (11. Zivilsenat), Urteil vom 04.02.2022 – 11 U 124/18 mit Anmerkung Dieckmann / Hofstetter	412

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 28.04.2022 – V ZB 12/20	426
KG, Beschluss vom 12. Juli 2022 – 1 W 258/22	428
OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 25.05.2022 – 3 Wx 59/22	430
OLG Köln, Beschl. v. 11. Juli 2022 – 2 Wx 138/22	433
OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 03.11.2022 – 34 Wx 426/22	435

GESELLSCHAFTSRECHT

KG (22. Zivilsenat), Beschluss vom 01.07.2022 – 22 W 31/22	438
KG (22. Zivilsenat), Beschluss vom 30.06.2022 – 22 W 36/22	440
OLG Celle (9. Zivilsenat), Beschluss vom 10.10.2022 – 9 W 81/22	442

ERBRECHT

OLG Brandenburg (3. Zivilsenat), Beschluss vom 16.10.2022 – 3 W 130/21	444
OLG Celle (6. Zivilsenat), Beschluss vom 07.07.2022 – 6 W 77/22	447
OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 12.08.2022 – 3 Wx 71/22	450
OLG München (33. Zivilsenat), Beschluss vom 10.11.2022 – 33 W 775/22	458
OLG München (33. Zivilsenat), Endurteil vom 21.11.2022 – 33 U 2216/22	460

BUCHBESPRECHUNGEN

1. Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Auflage (Besprechung von Notariatsverwalter Anton Gordon, Heidelberg)	464
2. Winkler, Beurkundungsgesetz, 20. Auflage (Besprechung von Notariatsverwalter Anton Gordon, Heidelberg)	465
3. Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 3. Auflage (Besprechung von Notariatsverwalter Anton Gordon, Heidelberg)	465
4. Meikel, Grundbuchordnung, 12. Auflage (Besprechung von Notariatsverwalter Anton Gordon, Heidelberg)	466
5. Krätzschel/Falkner/Döbereiner, Nachlassrecht, 12. Auflage (Besprechung von Notariatsverwalter Anton Gordon, Heidelberg)	467
6. Diehn, Notarkostenberechnungen 8. Auflage (Besprechung von Notariatsverwalter Anton Gordon, Heidelberg)	468
7. Haase/Dorn, Vermögensverwaltende Personengesellschaften, 5. Auflage (Besprechung von Notariatsverwalter Anton Gordon, Heidelberg)	468
8. Müller-Engels/Braun, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 6. Auflage (Besprechung von Notariatsverwalter Anton Gordon, Heidelberg)	469

ABHANDLUNGEN

Die beschränkt persönliche Dienstbarkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (oder Wohnungserbbauberechtigten) als Alternative zur Grunddienstbarkeit bei der Sicherung der Versorgung von Nachbargrundstücken – ein Gestaltungsvorschlag mit Variationen¹

I. Einleitung	393	b) Leichtere Inhaltsänderung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit	399
1. Erhöhter Aufwand an Versorgungsdienstbarkeiten in neueren Wohngebieten	393	c) Leichtere Inhaltsänderung von anderen beschränkt dinglichen Rechten	399
2. Absicherung durch beschränkt persönliche Dienstbarkeiten und Grunddienstbarkeiten	393	d) Leichtere Bestellung eines Erbbaurechts und Änderung des dinglichen Inhalts eines Erbbaurechts	399
3. Vervielfältigung der Berechtigten einer Grunddienstbarkeit infolge WEG-Teilung	393	3. Nachteile der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit gegenüber der Grunddienstbarkeit	399
4. Auswirkungen der Berechtigten-Vielzahl bei der Grunddienstbarkeit – Problemfall I	393	a) Kein wesentlicher Bestandteil des Grundstücks nach § 96 BGB	399
a) Übersicht und Ausgangsfall	393	b) Ungesicherte Phase bis zur Entstehung der WEG-Gemeinschaft – Problem I	400
b) Entstehungsvoraussetzung Eintragung im Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB)	394	aa) Sicherungslücke bis zum Zeitpunkt von § 9a Abs. 1 WEG	400
c) Entstehungsvoraussetzung Einigung (§ 873 Abs. 1 BGB)	394	bb) Vorverlegung des relevanten Zeitpunkts?	400
II. Alternativer Gestaltungsvorschlag I: Beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer	395	c) Erlöschen der Dienstbarkeit und damit fehlende Sicherung bei Aufhebung der WEG-Gemeinschaft – Problem II	400
1. Der Gestaltungsvorschlag I: Grundsatz	395	d) Lösung für Problem I: Auflösend bedingte Grunddienstbarkeit für das Grundstück	401
2. Skepsis in der Literatur	395	e) Lösung für Problem II: Aufschiebend bedingte Grunddienstbarkeit für das Grundstück	401
III. Problemfälle der Grunddienstbarkeit bei WEG-Teilungen	396	f) Gestaltungsvorschlag II: Beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und flankierende bedingte Grunddienstbarkeiten	401
1. Entstehung der Grunddienstbarkeit bei bestehender „großer“ WEG-Gemeinschaft	396	aa) Dingliche Dreifachsicherung	401
2. Inhaltsänderung der Grunddienstbarkeit	396	bb) Schuldrechtliche Sicherung bei öffentlich-rechtlicher Körperschaft	401
3. Fernwirkung I: Erschwerung der Änderung anderer beschränkt dinglicher Rechte	396	g) Gestaltungsvorschlag III: Beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer neben unbedingter Grunddienstbarkeit	402
4. Fernwirkung II: Erschwerung der Entstehung oder Inhaltsänderung eines Erbbaurechtes	397	V. Zusammenfassung	402
IV. Voraussetzungen und Vor- und Nachteile des Lösungsvorschlags	397		
1. Die Vorfrage der notwendigen Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer	397		
2. Vorteile der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit gegenüber der Grunddienstbarkeit	398		
a) Entstehungsvoraussetzungen der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinschaft	398		

¹ Dr. Johann Andreas Dieckmann, M.St (Oxford), Notar in Freiburg i.Br.

I. Einleitung

1. Erhöhter Aufwand an Versorgungsdienstbarkeiten in neueren Wohngebieten

Neuere Wohnbaugebiete zeichnen sich dadurch aus, dass die Bebauung immer „dichter“ wird. Das heißt, die Grundstücke werden mit größeren Bauwerken bebaut, die Freiflächen werden kleiner. Die größere Verdichtung hat auch zur Folge, dass auf kleinerem Raum Einrichtungen für die Erschließung und Versorgung der Grundstücke untergebracht werden müssen. Häufig führt dies dazu, dass die **Versorgung** der einzelnen Grundstücke und Gebäude auch die Inanspruchnahme von Teilflächen der Nachbargrundstücke nötig macht. Oftmals werden auch gemeinschaftliche Einrichtungen, etwa für die Wärmeabfuhr, auf einem Grundstück errichtet und von mehreren anderen Grundstücken genutzt. Die damit verbundene **gegenseitige infrastrukturelle Abhängigkeit der Grundstücke** führt zu einem **erhöhten Bedarf an rechtlicher Absicherung**.

Eine solche **Absicherung** erfolgt durch **beschränkt dingliche Rechte**.

2. Absicherung durch beschränkt persönliche Dienstbarkeiten und Grunddienstbarkeiten

Um für die notwendige Absicherung zu sorgen, werden insbesondere **Dienstbarkeiten**, zum Teil auch Reallasten, benötigt und verwendet².

Typische Beispiele für solche Versorgungsdienstbarkeiten sind Wegerechte, Leitungsrechte, Mitbenutzungsrechte für die Tiefgaragenzufahrten und Tiefgaragendurchfahrten, Spielplätze und Müllabstellplätze, um nur einige zu nennen.

Soweit Anbieter der Daseinsvorsorge wie Energieversorger, Wasser- und Abwasserbetriebe zu sichern sind, ist aus dem Kreis der beschränkt dinglichen Rechte die **beschränkt persönliche Dienstbarkeit nach §§ 1090 ff. BGB** das verwendete Sicherungsmittel.

Soweit die Sicherung zugunsten „der Nachbargrundstücke“ erfolgen soll, ist hingegen die **Grunddienstbarkeit nach §§ 1018 ff. BGB** das Mittel der Wahl.

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass Grundbücher in solchen neueren Wohngebieten häufig eine sehr

hohe Anzahl von Belastungen in Abteilung II des Grundbuchs aufweisen – in der Regel ein oder zwei beschränkt persönliche Dienstbarkeiten z.B. für die „NN Energieversorgung GmbH & Co. KG mit Sitz in NN“ für Leitungsrechte und eine größere Anzahl von Grunddienstbarkeiten für den jeweiligen Eigentümer der Grundstücke 1000/1, 1000/2, 1000/3. Ein Fall mit z.B. 27 Dienstbarkeiten unterschiedlicher Art kann in der Praxis ohne Weiteres vorkommen³.

3. Vervielfältigung der Berechtigten einer Grunddienstbarkeit infolge WEG-Teilung

Oft sind Gebäude, die im Geschosswohnungsbau errichtet wurden, nach Wohnungseigentumsgesetz geteilt. Die einzelnen Einheiten werden an eine Vielzahl von Personen veräußert. So, wenn nach der Vorratsteilung nach § 8 WEG ein Bauträger Wohnungen verkauft. Oder, wenn eine Baugesellschaft oder Baugruppe einen Teilungsvertrag (§ 3 WEG) schließt. Dies führt zu einer erhöhten Anzahl von Beteiligten an den Rechtsverhältnissen der dinglichen Sicherung. Es gibt mehr Berechtigte an Grunddienstbarkeiten zugunsten eines Grundstückes, wenn dieses nicht einer Person allein, sondern einer Vielzahl von Miteigentümern gehört.

4. Auswirkungen der Berechtigten-Vielzahl bei der Grunddienstbarkeit – Problemfall I

a) Übersicht und Ausgangsfall

Die **Vielzahl** der Berechtigten hat insbesondere **Auswirkungen** auf den **Bestellungsvorgang** der Rechte, aber auch auf den Aufwand bei der **Änderung des dinglichen Inhaltes** eines solchen Rechts, sowie auf den Aufwand bei **Änderung des dinglichen Inhaltes** eines **vorrangig** zulasten desselben Gegenstands im Grundbuch eingetragenen **Rechts**.

Die Sicherung durch **Grunddienstbarkeit** ist in der Regel sachgerecht und richtig. Sie ist aber oftmals mit Schwierigkeiten und **negativen Nebenfolgen** verbunden, die nicht übersehen werden sollten.

Dies zeigt ein einfaches **Beispiel**.

Ausgangsfall

Flurstück 1000/1 ist mit einem zehnstöckigen Gebäude mit 30 Wohnungen sowie einer Tiefgarage

² Vgl. die Fälle bei *Schneider* in: Beck-FormB WEG, 5. Aufl. 2022, G.IV.1 S. 410 ff.

³ Vgl. den Fall OLG München NJW-RR 2016, 1110 (Kostenrechtssache).

mit 20 Plätzen bebaut. Es ist nach WEG geteilt in 30 Wohnungseigentumseinheiten und 20 Teileigentumseinheiten, die 70 verschiedenen natürlichen Personen gehören. 40 Jahre nach Errichtung des Gebäudes wird das Grundstück an das sich entwickelnde Fernwärmenetz angeschlossen. Nun soll im Jahr 2022 zugunsten dieses Grundstückes eine **Grunddienstbarkeit für Mitbenutzung der neugelegten Fernwärmeleitung** auf dem Nachbargrundstück Flurstück 1000/2 bestellt werden. Auf diesem lastet bereits eine Grunddienstbarkeit über Leitungsrecht zugunsten Flurstück 1000/3 (Abteilung II Nr. 1).

b) Entstehungsvoraussetzung Eintragung im Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB)

Die Entstehung einer Grunddienstbarkeit setzt gem. § 873 Abs. 1 BGB die **Eintragung** der Grunddienstbarkeit **im Grundbuch** sowie die **Einigung** des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung voraus⁴. Die **Eintragung** im Grundbuch erfolgt unproblematisch und einfach **aufgrund einseitiger Bewilligung**⁵ des Grundstückseigentümers von Flurstück 1000/2 (der „Berechtigte“ im Sinne von § 873 Abs. 1 BGB).

c) Entstehungsvoraussetzung Einigung (§ 873 Abs. 1 BGB)

Viel schwieriger als die Eintragung im Grundbuch ist die **Herstellung der Einigung**, genauer die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung im Sinne von § 873 Abs. 1 BGB. Berechtigter ist der Eigentümer des Grundstücks Flurstück 1000/1 als zukünftiger Inhaber der Dienstbarkeit.

Wer ist dieser „andere Teil“? Der andere Teil im Sinn vom § 873 Abs. 1 BGB sind die **sämtlichen Miteigentümer** des Grundstücks Flurstück 1000/1. Die Einigung als abstrakter dinglicher Vertrag ist also zwischen allen 70 Miteigentümern des Flurstücks 1000/1 und dem Eigentümer von Flurstück 1000/2 herbeizuführen. Dies logistisch zu organisieren ist schwierig.

Wie stellt man nun die Einigung her? Der **Inhalt** der Dienstbarkeit, also Textteil samt in Bezug genommener Plananlagen (wenn vorhanden), muss allen 70 Miteigentümern übermittelt und von ihnen als Gegenstand der Einigung

angenommen werden. Aktuelle Anschriften der bekannten Eigentümer erhält man gegebenenfalls vom Verwalter, unter Umständen auch vom Grundbuchamt. Die Erfahrung lehrt allerdings, dass beide Erkenntnisquellen fehleranfällig und unvollständig sind. Anschriftenänderungen werden dem Grundbuchamt von Eigentümern nur selten mitgeteilt. Außerhalb von Eintragungsverfahren erhält das Grundbuchamt hier zumeist auch keine Kenntnis von eventuellen Änderungen der Anschriften. Auch Verwalter werden nicht immer von allen Miteigentümern über neue Anschriften informiert. Es ist also schon zweifelhaft, ob wirklich alle Berechtigten auch nur den Inhalt der Dienstbarkeit zur Kenntnis bekommen.

Die Einigung kann auch nach Eintragung des Rechts im Grundbuch erfolgen⁶. Nach § 55 Abs. 1 GBO soll die Eintragung allen aus dem Grundbuch ersichtlichen Personen bekannt gegeben werden, zu deren Gunsten die Eintragung erfolgt ist. Jedenfalls die Buchberechtigten werden vom Grundbuchamt informiert. Erhalten sie eine Eintragungsnachricht und nehmen sie diese zustimmend zur Kenntnis, kann man dies als notwendige Einigung verstehen. Das Grundbuchamt versendet Eintragungsnachrichten aber ausschließlich an die aus den Grundakten festzustellenden Anschriften. Eine Pflicht des Grundbuchamts zur Ermittlung von Änderungen von Anschriften besteht nicht. Kommt eine Eintragungsnachricht mit dem Vermerk an das Grundbuchamt zurück, der Empfänger sei nicht zu ermitteln oder verstorben, wird vom Grundbuchamt nicht weiter ermittelt. Die Mitteilung wird auf Verfügung des zuständigen Beamten zu den Akten genommen⁷.

Jedenfalls in größeren WEG-Anlagen ist also nicht sicher, dass alle die Personen, die der andere Teil im Sinne des § 873 Abs. 1 BGB sind, auch nur die notwendigen Unterlagen der Dienstbarkeit erhalten.

Selbst wenn dies der Fall ist und alle Personen den Inhalt der Dienstbarkeit akzeptieren, ist nicht sichergestellt, dass die Einigung wirksam ist.

Es muss nur einer der 70 Mitberechtigten geschäftsunfähig oder mit ungeklärter Erbfolge verstorben sein, um die Einigung zivilrechtlich unerreichbar werden zu lassen.

Folge ist: Auch wenn das Recht im Grundbuch eingetragen ist, ist es **nie wirksam entstanden**. Es ist ein **unwirksames Buchrecht**.

4 MüKoBGB/Mohr, 8. Aufl. 2020, BGB § 1018 Rn 67; BeckOGK/Kazele, 1.8.2022, BGB § 1018 Rn 189 ff.; Grüneberg-Herrler, 81. Aufl. 2022, § 1018 BGB Rn 28.

5 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn 1116; Staudinger-J. Weber, 2017, § 1018 Rn 21; BeckOGK/Kazele, 1.8.2022, BGB § 1018 Rn 214; Bauer/Schaub-Bayer/Lieder GBO, 4. Aufl. 2018, C. Zweite Abteilung des Grundbuchs, Rn 368.

6 MüKoBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, BGB § 873 Rn 108; Staudinger-Heinze, 2018, § 873 Rn 186; BeckOGK/Enders, 1.6.2022, BGB § 873 Rn 192; BeckOK/Eckert, 1.8.2022, BGB § 873 Rn 24, 16; Staudinger-Heinze, 2018, § 873 Rn 9.

7 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn 303.

Wird im Ausgangsfall die Grunddienstbarkeit aufgrund der einseitigen Bewilligung des Eigentümers des dienenden Grundstücks im Grundbuch eingetragen, ist nicht sicher, dass das dingliche Recht wirksam entstanden ist. Möglicherweise liegt ein reines Buchrecht vor.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Erwerbstatbestand einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines bereits nach WEG geteilten Grundstücks, das einer größeren Anzahl von Personen gehört, in vielen Fällen trotz Eintragung im Grundbuch nicht vollendet ist.

II. Alternativer Gestaltungsvorschlag I: Beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer

1. Der Gestaltungsvorschlag I: Grundsatz

Das Versorgungsinteresse des nach WEG geteilten Grundstücks wird also herkömmlich durch eine **Grunddienstbarkeit** zugunsten des Grundstücks erfüllt. Gleiches gilt bei WEG-Teilung eines Erbbaurechtes. Hier ist herrschendes Grundstück im Sinne von § 1018 BGB das Erbbaurecht.

Der Alternativvorschlag sieht nun vor, statt der Grunddienstbarkeit eine **inhaltsgleiche beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten der WEG-Gemeinschaft** zu verwenden.

Der Inhalt der Dienstbarkeiten kann weitgehend identisch gestaltet werden. Nach § 1090 Abs. 1 Alt. 2 BGB kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass der Begünstigte eine sonstige Befugnis erhält, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann. Der Unterschied liegt in Folgendem: Bei der Grunddienstbarkeit muss die Nutzung dem herrschenden Grundstück einen Vorteil bieten, § 1019 BGB, wohingegen der Umfang der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit sich im Zweifel nach den persönlichen Bedürfnissen des Berechtigten richtet, § 1091 BGB. Beide Rechte sind hinreichend rechtsähnlich und beide Rechte sind geeignet, das Versorgungsinteresse dinglich abzusichern.

Statt also zugunsten des Flurstücks 1000/1 eine Grunddienstbarkeit für den jeweiligen Eigentümer von Flurstück 1000/2 für Mitbenutzung der Leitung zu bestellen, wird eine **beschränkt persönliche Dienstbarkeit** mit gleichem Inhalt **zugunsten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer** an Flurstück 1000/2 bestellt.

Schon im Beispielsfall zeigt sich der Vorteil der Gestaltung: Die Einigung über die Entstehung des Rechts ist nicht mit 70 Personen, sondern nur mit dem Verwalter als Vertreter der rechtsfähigen und grundbuchfähigen Gemeinschaft⁸ zu bewirken. Das ist relativ einfach.

Die WEG-Gemeinschaft ist rechtsfähig und kann eine solche Dienstbarkeit als Inhaber erwerben. Inhaltlich besteht Parallelität von beschränkt persönlicher Dienstbarkeit und Grunddienstbarkeit. Beide Rechte sind hinreichend funktionsgleich, um das sachliche Sicherheitsbedürfnis in gleicher Weise abdecken zu können.

2. Skepsis in der Literatur

Die Idee der Absicherung durch beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten der WEG-Gemeinschaft ist nicht neu. In der Literatur wurde sie insbesondere nach der „Erfindung“ der Teilrechtsfähigkeit der WEG-Gemeinschaft durch die Rechtsprechung erörtert⁹, aber **zumeist verworfen**. Es wird ausgeführt, ihr Einsatz in der Praxis erscheine regelmäßig als **untauglich**¹⁰. Die Bestellung und Eintragung einer Dienstbarkeit für eine Eigentümergemeinschaft sei praktisch nur von untergeordneter Bedeutung¹¹. Bei bereits eingetragenen Dienstbarkeiten wurde bei Erörterung der Auswirkungen der Änderung der Rechtsprechung und Annahme der Teilrechtsfähigkeit der WEG nach altem Recht auf erhebliches Konfliktpotenzial hingewiesen¹². Vereinzelt wurde beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten zur Sicherung von Leitungsrechten oder Grenzabständen die Anerkennung versagt, da sie nicht zur Verwaltung des Gemeinschaftseigentums gehörten, sondern ein Recht des Miteigentums begründen sollten¹³. Es nimmt nicht wunder, dass in der Formularbuchliteratur die Gestaltung nicht viel behandelt wird¹⁴.

⁸ Die Frage der inneren Willensbildung der WEG-Gemeinschaft darüber, ob und mit welchem Inhalt die Dienstbarkeit erworben werden soll, wird hier nicht behandelt.

⁹ Vgl. nur *Hügel*, DNotZ 2005, 753, 769 ff.; *Wilsch*, RNotZ 2005, 536, 539 f.; Staudinger-*J. Weber*, 2017, § 1018 Rn 46 a.E. („theoretisch wäre auch eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten der teilrechtsfähigen WEG möglich“); *Armbrüster*, in: Aktuelle Fragen des Wohnungseigentumsrechts, 2009, S. 41, 56 f.; *Rapp*, MittBayNot 2005, 449, 458 a.E.

¹⁰ *Hügel*, DNotZ 2005, 753, 770; *Hügel*, DNotZ 2007, 326, 338; DNofl-Report 2007, 171; *Grothier*, in: J. Weber, Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 1. Aufl. 2020, Kap. 2 Rn 578 („kaum praktikabel“); ähnlich *Berg*, RNotZ 2018, 505, 508 f. (bzgl. grundstücksübergreifender Gemeinschaftsanlagen).

¹¹ *Hügel*, DNotZ 2005, 753, 771; ähnlich *Demharter*, NZM 2005, 601, 602: „Dienstbarkeiten werden grundsätzlich nur als Grunddienstbarkeit in Betracht kommen.“

¹² *Wilsch*, RNotZ 2005, 536, 540.

¹³ So *Wenzel*, ZWE 2006, 2, 7 gegen *Hügel*, DNotZ 2005, 753, 770 und *Rapp*, MittBayNot 2005, 449 ff.

¹⁴ Vgl. nur *Schneider* in: Beck-FormB WEG, 5. Aufl. 2022, G.IV.1. Der Verfasser eingeschlossen: Beck'sches Formularbuch, Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Auflage 2016, IV A.9. ua schweigt zu der Frage.

Die Skepsis in der Literatur war mit Gründen versehen und auch nach Inkrafttreten des WEMoG und der Anerkennung der (vollen) Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bleibt die Skepsis erhalten¹⁵. Im Folgenden sollen diese Begründungen der Skepsis bei Erörterung der Vor- und Nachteile der Varianten mit diskutiert werden. Schon hier sei aber verraten: Soweit die Gründe auch nach dem WEMoG noch fortgelten, kann ihnen durch eine Erweiterung des Gestaltungsvorschlags begegnet werden.

III. Problemfälle der Grunddienstbarkeit bei WEG-Teilungen

Zunächst soll eine **Übersicht über Problemfälle der Grunddienstbarkeit** bei WEG-Teilung gegeben werden. In den folgenden Konstellationen führt die Vervielfältigung der Mitberechtigten an Grundstück oder Erbbaurecht zu Schwierigkeiten.

▶ 1. Entstehung der Grunddienstbarkeit bei bestehender „großer“ WEG-Gemeinschaft

Wie ausgeführt, kann die **erstmalige Bestellung einer Grunddienstbarkeit** zugunsten eines nach WEG geteilten Grundstücks oder eines nach WEG geteilten Erbbaurechts wegen der Vielzahl der Berechtigten **schwierig** oder gar unmöglich sein¹⁶. Alle Eigentümer des herrschenden Grundstücks (oder beim Erbbaurecht des herrschenden Erbbaurechts) müssen mit dem Eigentümer des dienenden Grundstücks über die Entstehung des Rechts und seinen Inhalt einig sein. Dies ist oftmals faktisch nicht zu erreichen und selbst wenn es erreicht wird, kann es sehr lange dauern.

▶ 2. Inhaltsänderung der Grunddienstbarkeit

Die gleichen Schwierigkeiten wie bei der Begründung der Grunddienstbarkeit bestehen bei der **Änderung des dinglichen Inhalts** einer bestehenden **Grunddienstbarkeit**. Dies zeigt die Abwandlung 1 zum Beispielfall:

Abwandlung 1

Die Grunddienstbarkeit zur Mitbenutzung der Fernwärmeleitung wurde 2022 im Grundbuch in Abt. II unter Nr. 2 eingetragen.

¹⁵ H^{ügel}, Wohnungseigentum/H^{ügel}, 5. Aufl. 2021, § 4 Rn 38; J. *Weber*, in: J. *Weber*, Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. (im Erscheinen), Kap. 1 Rn 28.

¹⁶ S.o. I. 4.

Der Inhalt dieser Grunddienstbarkeit über das Mitbenutzungsrecht Abteilung II Nr. 2 muss drei Jahre später geändert werden.

Von den Wohnungseigentumseinheiten an Flurstück 1000/2 sind dabei 20 mit Grundpfandrechten für zehn verschiedene Gläubiger belastet (Sparkasse NN, Volksbank NN eG und weitere Institute).

Auch die Inhaltsänderung setzt das Erfüllen der beiden gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen, Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles sowie Eintragung im Grundbuch, voraus, §§ 873 Abs. 1, 877 BGB. Bei der Inhaltsänderung genügt allerdings grundbuchverfahrensrechtlich nicht das Vorliegen der Bewilligung des Eigentümers des belasteten Grundstücks. Vielmehr müssen alle Berechtigten die Eintragung der Rechtsänderung in grundbuchtauglicher Form bewilligen. Im Beispielfall bedeutet dies, dass alle 70 Miteigentümer in der Form des § 29 GBO, also in öffentlicher Urkunde (jedenfalls Unterschriftsbeglaubigung), die Eintragung der Rechtsänderung bewilligen müssen. Auch die Inhaber der Zweigrechte müssen zustimmen.

Für die Beteiligten bedeutet dies einen erhöhten Organisationsaufwand und es ist mit vermehrten Kosten verbunden. Jede Bewilligung löst zwar nur geringe Beglaubigungsgebühren aus, in der Summe aber kommt ein nicht unerheblicher Betrag zustande. Der Prüfungsaufwand für das Grundbuchamt ist ganz erheblich. Es müssen neben der Erklärung des Eigentümers des belasteten Grundstücks jedenfalls 70 Erklärungen von Berechtigten geprüft werden. Weiterhin müssen 70 Wohnungsgrundbücher im Hinblick darauf geprüft werden, wer denn in der Tat Berechtigter ist.

▶ 3. Fernwirkung I: Erschwerung der Änderung anderer beschränkt dinglicher Rechte

Eine Fernwirkung der Vervielfältigung der Anzahl der Berechtigten zeigt sich, wenn der Ausgangsfall erneut leicht abgewandelt wird.

Abwandlung 2

Zulasten Flurstück 1000/1 besteht bereits eine vorrangige Grunddienstbarkeit für Leitungsrecht zugunsten Flurstück 1000/3 (Abteilung II Nr. 1), als die Grunddienstbarkeit für Mitbenutzung bestellt und in Abteilung II unter der laufenden Nr. 2 im Grundbuch eingetragen wurde. Der Inhalt dieser Grund-

dienstbarkeit über das Leitungsrecht Abteilung II Nr. 1 muss im Jahr 2030 geändert werden.

Die Eigentumszuordnung und Belastung der Wohnungseigentumseinheiten ist unverändert zur Abwandlung 1.

Auch hier ist problematisch, dass die Berechtigtenzahl der Grunddienstbarkeit zugunsten Flurstück 1000/2 erhöht ist. Denn zur Änderung des dinglichen Inhalts des vorrangigen Rechts ist die Zustimmung aller dinglich Berechtigten erforderlich, §§ 873, 874, 876, 877 BGB. Das bedeutet, dass auch alle 70 Miteigentümer von Flurstück 1000/2 ihre Zustimmung zur Änderung des Leitungsrechtes erteilen müssen. Auch hier gilt wieder das Formerfordernis des § 29 GBO.

Auch die zehn verschiedenen Grundpfandgläubiger müssen als mittelbar Berechtigte zustimmen. Dabei ist das zivilrechtliche Erfordernis der Zustimmung von dem Nachweis der Zustimmung gegenüber dem Grundbuchamt zu unterscheiden. Ist ein Herrschvermerk nach § 9 Abs. 1 GBO im Grundbuch eingetragen, müssen zum Grundbuchvollzug der Änderung des Inhalts des Rechts Abteilung II Nr. 1 grundbuchtaugliche Zustimmungen vorliegen, § 21 GBO¹⁷. Fehlt der Vermerk, muss das Grundbuchamt die Zustimmung nicht prüfen. Für die Wirksamkeit der Änderung des dinglichen Inhalts sind sie aber nötig.

Auch zur Änderung des Inhalts des Leitungsrechtes muss man einen außerordentlich großen Aufwand betreiben. Es müssen nicht nur die notwendigen 70 Zustimmungen in der gehörigen Form eingeholt werden. Ehe die Eintragung erfolgen kann, müssen diese Zustimmungen auch einzeln vom Grundbuchamt geprüft werden. Darüber hinaus müssen zudem zehn Zustimmungen der Inhaber der Zweigrechte vorliegen.

▶ 4. Fernwirkung II: Erschwerung der Entstehung oder Inhaltsänderung eines Erbbaurechtes

Eine weitere gravierende Fernwirkung der Vervielfältigung der Anzahl der Berechtigten zeigt sich, wenn zulasten des mit einer Grunddienstbarkeit belasteten Grundstückes ein Erbbaurecht im Sinne des Erbbaurechtsgesetzes bestellt werden soll¹⁸. Dieses muss nach

§ 10 ErbbauRG grundsätzlich ausschließlich ersten Rang im Grundbuch erhalten. Wird nicht von allen dinglich Berechtigten am Grundstück der notwendige Rangrücktritt erklärt, kann das Recht nicht entstehen. Bei einer großen WEG-Gemeinschaft mit vielen Mitgliedern kann sich dadurch die Entstehung des Erbbaurechtes als unmöglich erweisen.

Würde in der Abwandlung nicht der Inhalt der Grunddienstbarkeit Abteilung II laufende Nr. 1 geändert, sondern ein **Erbbaurecht bestellt**, müssten dieselben Personen den **Rangrücktritt** hinter das Recht erklären. Angesichts der Anzahl ist **zweifelhaft, ob das gelingt**.

Auch bei der **Inhaltsänderung** eines bestehenden **Erbbaurechtes** ist die Zustimmung der nachrangig dinglich Berechtigten erforderlich¹⁹. Das gilt jedenfalls dann, wenn bei den Rechten nicht ein **Vorrangvorbehalt** nach § 881 BGB aufgenommen ist, der auch die Änderung des dinglichen Inhalts des Erbbaurechtes abdeckt²⁰.

IV. Voraussetzungen und Vor- und Nachteile des Lösungsvorschlags

Wie vermeidet man nun diese Nachteile? Wie folgt:

▶ 1. Die Vorfrage der notwendigen Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer

Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer – bei nach WEG geteiltem Erbbaurecht die Gemeinschaft der Wohnungserbbauberechtigten – kann (natürlich) nur dann Inhaber einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit sein, wenn ihr die hierfür erforderliche Rechtsfähigkeit zukommt. Erste Voraussetzung ist also, dass die Gemeinschaft insoweit rechtsfähig ist.

Nach § 9a WEG in der Fassung des Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetzes – WEMoG 2020²¹ mit Wirkung am 01.12.2020 ist dies unzweifelhaft. Danach kann die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen und vor Gericht klagen und verklagt werden. Die Gemeinschaft der Woh-

¹⁷ Vgl. nur Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn 1150.

¹⁸ Vgl. Hügel, DNotZ 2005, 753, 769 f.; Wilsch, RNotZ 2005, 536, 540; Krampen-Lietzke, RNotZ 2013, 575, 591; Armbrüster, in: Aktuelle Fragen des Wohnungseigentumsrechts, 2009, S. 56

¹⁹ Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn 36; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, ErbbauRG, 12. Aufl. 2022, § 11 Rn 60; J.A. Dieckmann/Hofstetter, BWNotZ 2021, 434, 437 ff.

²⁰ Hierzu J.A. Dieckmann/Hofstetter, BWNotZ 2021, 434 ff. und J.A. Dieckmann/Hofstetter, Beck'sche Online-Formulare, Vertrag, 61. Edition 2022, 8.5 sowie J.A. Dieckmann, ErbbauZ 2020, 104, 109 ff.

²¹ BGBl. 2020 I 2187.

nungseigentümer entsteht dabei mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher. Dies gilt auch im Fall des § 8 WEG. Dabei ist die Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft uneingeschränkt²².

Zuvor war man nur von einer Teilrechtsfähigkeit ausgegangen.

Der Gesetzgeber des ursprünglichen WEG hatte eine solche Rechtsfähigkeit nicht vorgesehen. Im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung und in ausdrücklicher Abkehr von seiner vorherigen Rechtsprechung wurde vom BGH mit Beschluss vom 2.6.2005²³ dann statuiert, dass die Gemeinschaft rechtsfähig sei, soweit sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnehme. Danach sei die Gemeinschaft ein „rechtsfähiger Verband *sui generis*“²⁴. Der Gesetzgeber hat im Jahr 2007 in § 10 Abs. 6 S. 1 und S. 2 WEG die Teilrechtsfähigkeit auch normiert²⁵. Danach konnte die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gegenüber Dritten und Wohnungseigentümern selbst Rechte erwerben und Pflichten eingehen. Sie war darüber hinaus Inhaberin der durch sie als Gemeinschaft gesetzlich begründeten und rechtsgeschäftlich erworbenen Rechte und Pflichten.

Es war schon vor dem WEMoG anerkannt, dass der Verband selbst Grundbesitz und Eigentum erwerben kann²⁶. Wenn die WEG aber sogar zivilrechtliches Eigentum erwerben konnte, musste sie erst recht ein beschränkt dingliches Recht wie die beschränkt persönliche Dienstbarkeit erwerben können²⁷. Es war allerdings im Rahmen der Bewilligung darzulegen, dass das Recht dem Verwaltungsvermögen zuzuordnen war²⁸.

Der Erwerb einer solchen beschränkt persönlichen Dienstbarkeit durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer war nach altem Recht und ist auch nach neuem Recht also möglich²⁹.

Über § 30 WEG gilt für die Gemeinschaft der Wohnungserbbauberechtigten das Gleiche³⁰. Aus für sie kann eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit bestellt werden.

▶ 2. Vorteile der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit gegenüber der Grunddienstbarkeit

Die **Vorteile der Verwendung** der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer oder beim Erbbaurecht der Gemeinschaft der Wohnungserbbauberechtigten **liegen auf der Hand**. Weil **letztlich nur ein Berechtigter vorhanden** ist, fallen alle Schwierigkeiten weg, die ihren Grund in der Vielzahl der Berechtigten finden. Dies gilt jedenfalls, sofern ein Verwalter als Vertreter der Gemeinschaft bestellt ist.

a) Entstehungsvoraussetzungen der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinschaft

Die normativen Entstehungsvoraussetzungen der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit sind dieselben wie bei der Grunddienstbarkeit: Es bedarf der Einigung der Beteiligten (Grundstückseigentümer und Berechtigter) über die Entstehung des Rechts und der Eintragung des Rechts im Grundbuch³¹. Auch hier gilt § 873 Abs. 1 BGB. Wie auch die Grunddienstbarkeit wird die beschränkt persönliche Dienstbarkeit aufgrund einseitiger Bewilligung des Betroffenen, also des Grundstückseigentümers, im Grundbuch eingetragen³². Die Einigung ist formfrei wirksam. Anders als bei der Grunddienstbarkeit bedarf es jedoch nur der Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Vertreter der Gemeinschaft. Dies ist nach § 9b Abs. 1 S. 1 WEG deren Verwalter. Hat die Gemeinschaft keinen Verwalter, wird sie durch die Wohnungseigentümer gemeinschaftlich vertreten (§ 9b Abs. 1 S. 2 WEG).

Wenn, wie im Regelfall, ein Verwalter bestellt ist, ist das Tatbestandsmerkmal der Einigung leicht erreichbar. Gibt es keinen Verwalter, müssen alle Wohnungseigentümer mitwirken, da es sich § 9b Abs. 1 S. 2 WEG um einen Fall

22 MüKoBGB/*Burgmair*, 8. Aufl. 2021, WEG § 9a Rn 8; Hügel/Elzer WEG, 3. Aufl. 2021, § 9a Rn 60; BeckOGK/*Falkner*, 1.6.2022, WEG § 9a Rn 54.

23 BGH NJW 2005, 2061, 2063 ff.

24 BGH NJW 2005, 2061, 2066.

25 Vgl. Ausführungen bei Jennißen/*Abramenko* WEG, 7. Aufl. 2022, § 9a Rn 2.

26 BGH NJW 2016, 2177, 2178 (Rn 24 ff. m.w.N.); OLG München ZWE 2017, 93; OLG Frankfurt MietRB 2015, 210; OLG Hamm NZM 2009, 914; OLG Celle ZMR 2008, 310; Hügel, DNotZ 2005, 753, 771; Wenzel, NZM 2006, 321, 323; aA LG Heilbronn ZMR 2007, 649; LG Nürnberg ZMR 2006, 812; *Bonifacio*, ZMR 2009, 261.

27 MüKoBGB/*Commichau*, 8. Aufl. 2020, WEG § 10 Rn 100; KG ZWE 2016, 23.

28 Hügel, DNotZ 2005, 753, 770; *Wilsch*, RNotZ 2005, 536, 539 f.

29 KG ZWE 2016, 23, 24; MüKoBGB/*Burgmair*, 8. Aufl. 2021, WEG § 9a Rn 12; Staudinger-*Reymann*, 2017, § 1090 Rn 2 allgemein für rechtsfähige Subjekte.

30 *Wolfgang Schneider*, ZfIR 2018, 589, 591 f.; Ingenstau/Hustedt/Drasdo, ErbbauRG, 12. Aufl. 2022, Anhang III Rn 33 ff.; *Drasdo*, ErbbauZ 2020, 143; Hügel, Wohnungseigentum/Hügel, 5. Aufl. 2021, § 14 Rn 6.

31 MüKoBGB/*Mohr*, 8. Aufl. 2020, BGB § 1090 Rn 40; Staudinger-*Reymann*, 2017, § 1090 Rn 38; BeckOGK/*Kazele*, 1.8.2022, BGB § 1090 Rn 49.

32 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn 1194; BeckOGK/*Kazele*, 1.8.2022, BGB § 1090 Rn 53.

der Gesamtvertretung handelt³³. In dieser Konstellation stellt sich dasselbe Problem wie bei der Grunddienstbarkeit. Es lässt sich aber leichter lösen: Man muss schlicht einen Verwalter bestellen, dieser kann dann allein handeln.

Zu beachten ist aber, dass die Einigung nur dann wirksam erfolgen kann, wenn die notwendige Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft bereits eingetreten ist³⁴. Um sicher zu sein, dass die Gemeinschaft besteht, ist die Anlegung der Wohnungsgrundbücher im Sinne von § 9a Abs. 1 S. 2 WEG abzuwarten³⁵.

b) Leichtere Inhaltsänderung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit

Auch die Inhaltsänderung einer bestehenden beschränkt persönlichen Dienstbarkeit ist bei Berechtigung der WEG-Gemeinschaft einfacher als bei der Grunddienstbarkeit. Auch zur Inhaltsänderung sind Einigung zwischen dem Eigentümer des belasteten Grundstücks und dem Inhaber der Dienstbarkeit sowie Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Notwendig ist also nur die Einigung des Verwalters mit dem Grundstückseigentümer, ferner die Bewilligung von Eigentümer und Verwalter namens der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer sowie die Eintragung im Grundbuch³⁶. Gegenüber der Rechtslage in der Abwandlung 1 ist die Gestaltung und Umsetzung im Grundbuch viel einfacher.

c) Leichtere Inhaltsänderung von anderen beschränkt dinglichen Rechten

Nicht nur die Entstehung und die Inhaltsänderung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit ist gegenüber der Grunddienstbarkeit erleichtert. Auch soweit ein anderes beschränkt dingliches Recht seinem Inhalt nach geändert werden soll oder für das Recht eine Rangänderungserklärung notwendig ist, tut man sich mit der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit leichter. Nach § 877 BGB finden die Vorschriften der §§ 873, 874, 876 auch auf die Änderung des Inhalts eines Rechts an einem Grundstück Anwendung. Über die Bezugnahme auf § 876 BGB sind Inhaber von sogenannten Zweigrechten am zu ändernden Recht zu schützen³⁷. Diese Inhaber der Drittrechte müssen

der Änderung zustimmen, es sei denn ihr Recht bliebe unberührt.

Soll also der Inhalt einer vorrangigen Grunddienstbarkeit, die zulasten des gleichen Grundstücks eingetragen ist, geändert werden, bedarf es der Zustimmung der Inhaber der nachrangigen Grunddienstbarkeit oder eben beschränkt persönlichen Dienstbarkeit. Auch hier ist die Berechtigung der WEG-Gemeinschaft als solcher vorteilhaft. In der zweiten Abwandlung zum Ausgangsbeispiel müssen nicht 70 Miteigentümer als Mitberechtigzte der Grunddienstbarkeit, sondern nur die eine einzige Berechtigte, vertreten durch den Verwalter, zustimmen.

d) Leichtere Bestellung eines Erbbaurechts und Änderung des dinglichen Inhalts eines Erbbaurechts

Auch die Bestellung eines Erbbaurechts sowie die Änderung des dinglichen Inhalts eines Erbbaurechts ist bei der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit der WEG-Gemeinschaft viel einfacher. Der zur Erreichung der ausschließlich ersten Rangstelle nach § 10 ErbbauRG notwendige Rangrücktritt muss nur von dem Verwalter für die Gemeinschaft erklärt werden. Bei Änderung des dinglichen Inhaltes des Erbbaurechts, z.B. seiner zeitlichen Verlängerung³⁸, ist ebenfalls nur die Zustimmung des Verwalters als Vertreter der WEG erforderlich.

▶ 3. Nachteile der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit gegenüber der Grunddienstbarkeit

Es wäre schön, wenn der Regelungsvorschlag ausschließlich Vorteile hätte. Das ist leider nicht der Fall. Auch wenn die **Nachteile** deutlich **unterwiegen**, sollen sie nicht verschwiegen werden.

a) Kein wesentlicher Bestandteil des Grundstücks nach § 96 BGB

Die Grunddienstbarkeit ist nach § 96 BGB wesentlicher Bestandteil des herrschenden Grundstücks³⁹. Ihre Ausübung kann zum Inhalt des Sondereigentums gemacht

33 Hügel/Elzer, DNotZ 2021, 3, 20; BeckOKBGB/Hügel, 1.8.2022, WEG § 9b Rn 10; Hügel/Elzer WEG, 3. Aufl. 2021, § 9b Rn 21; MüKoBGB/Burgmair, 8. Aufl. 2021, WEG § 9b Rn 23; BeckOKWEG/Leidner, 3.9.2022, WEG § 9b Rn 18; Jennißen/Zschieschack WEG, 7. Aufl. 2022, § 9b Rn 55.

34 Vgl. zutreffend zum alten Recht Berg, RNotZ 2018, 505, 508 f.

35 Vgl. aber unten IV. 3 b).

36 BeckOGK/Kazele, 1.8.2022, BGB § 1090 Rn 62.

37 MüKoBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, BGB § 877 Rn 9 f.; BeckOK/Eckert, 1.8.2022, BGB § 877 Rn 6.

38 Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn 33; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, ErbbauRG, 12. Aufl. 2022, § 11 Rn 61; Staudinger-Rapp, 2021, § 11 ErbbauRG Rn 27.

39 Staudinger-J Weber, 2017, § 1018 Rn 9, 41; MüKoBGB/Mohr, 8. Aufl. 2020, BGB § 1018 Rn 69; BeckOGK/Kazele, 1.8.2022, BGB § 1018 Rn 44; Grüneberg-Herrler, 81. Aufl. 2022, BGB § 1018 Rn 3, 34.

werden. Dies ist bei der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit nicht möglich⁴⁰.

b) Ungesicherte Phase bis zur Entstehung der WEG-Gemeinschaft – Problem I

aa) Sicherungslücke bis zum Zeitpunkt von § 9a Abs. 1 WEG

Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer entsteht nach neuem Recht (genauer: nach neuem Gesetzesrecht) mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher. Dies gilt für die Entstehung durch Teilungsvertrag gem. § 3 WEG ebenso wie durch einseitige Teilungserklärung nach § 8 WEG (§ 9a Abs. 1 S. 2 BGB). Bevor die Wohnungsgrundbücher angelegt sind, fehlt es an der Rechtsfähigkeit und die beschränkt persönliche Dienstbarkeit kann nicht entstehen.

Ist die Gemeinschaft noch nicht entstanden, weil die Teilungserklärung oder der Teilungsvertrag noch nicht im Grundbuch vollzogen ist, fehlt es an einem tauglichen Rechtsträger. In dieser Übergangsphase ist das Sicherungsinteresse der Berechtigten möglicherweise nicht gewahrt.

bb) Vorverlegung des relevanten Zeitpunkts?

Das gilt nicht, wenn vor der Anlegung der Wohnungsgrundbücher bereits ein tauglicher Rechtsträger vorhanden wäre. Zum Recht vor der WEG-Reform 2020 wurde die Rechtsfigur der sogenannten *werdenden Wohnungseigentümergeinschaft* verwendet. Diese ist an sich durch die Neuregelung des § 9a WEG obsolet⁴¹. Auch durch die Vorschrift von § 8 Abs. 3 WEG, nach der der durch Vormerkung gesicherte und im Besitz des Sondereigentums befindliche werdende Wohnungseigentümer gegenüber der Gemeinschaft und den anderen Wohnungseigentümern anstelle des teilenden Eigentümers als Wohnungseigentümer gilt, ist der Bedarf für die Annahme einer werdenden Gemeinschaft reduziert⁴².

Dennoch besteht nach wie vor ein Bedürfnis für eine wie auch immer geartete Vorform der Gemeinschaft, die nach Anlegung der Wohnungsgrundbücher mit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer identisch ist.

Bei einem Teilungsvertrag nach § 3 WEG erscheint es als naheliegend davon auszugehen, dass bereits mit wirksamem Abschluss des Vertrages ein verbandsähnlicher Zusammenschluss der später an der WEG-Gemeinschaft beteiligten Personen vorliegt⁴³.

Frühester Zeitpunkt einer Vorverlegung des Entstehungszeitpunktes wäre die Errichtung der Urkunde über den Teilungsvertrag nach § 3 WEG oder über die Teilungserklärung nach § 8 WEG.

Alternativ könnte man sie ab Antragstellung auf Vollzug von Teilungsvertrag oder Teilungserklärung im Sinne von § 878 BGB beim Grundbuchamt beginnen lassen⁴⁴. Das Abstellen auf die Antragstellung hat den Vorteil größerer Rechtssicherheit. Denn es ist aus den gerichtlichen Akten der Zeitpunkt des Eingangs der Antragstellung auch noch in der Zukunft ohne Weiteres nachvollziehbar. Man hat zwar nicht die für das deutsche Liegenschaftsrecht prägende Eintragung im Grundbuch als öffentliches Register⁴⁵ als Anknüpfungspunkt. Aber immerhin hat man einen solchen in einer gerichtlichen Akte dokumentiert. Damit ist er auch 52 Jahre später noch einfach und tauglich nachweisbar.

Die Frage soll hier nur angesprochen, nicht weiter erörtert werden.

Die rechtssichere Gestaltung bleibt in Übereinstimmung mit dem Gesetzestext die Entstehung der Gemeinschaft und damit eines dienstbarkeitstauglichen Rechtsträgers mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher anzunehmen.

c) Erlöschen der Dienstbarkeit und damit fehlende Sicherung bei Aufhebung der WEG-Gemeinschaft – Problem II

Das gleiche Problem stellt sich bei Aufhebung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Die Aufhebung tritt ein bei Schließung der Wohnungsgrundbücher⁴⁶. Mit ihr **entfällt der Rechtsträger** und die beschränkt persönliche **Dienstbarkeit erlischt**. Dies gilt nach neuem Recht nur noch bei Aufhebung der Gemeinschaft und Schließung der Wohnungsgrundbücher⁴⁷. Nach altem Recht

40 Tschon, RNotZ 2005, 205, 235.

41 Hügel/Elzer, DNotZ 2021, 3, 14; Grüneberg-Wicke, 81. Aufl. 2022, § 9a WEG Rn 2;

Hügel/Elzer WEG, 3. Aufl. 2021, § 9a Rn 32; Jennißen/Abramenko WEG, 7. Aufl.

2022, § 9a Rn 3; J. Weber, in: J. Weber, Kölner Formularbuch Wohnungseigentums-

recht, 2. Aufl. (im Erscheinen), Kap. 1 Rn 28; MüKoBGB/Burgmair, 8. Aufl. 2021,

WEG § 9a Rn 26.

42 Hügel/Elzer WEG, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 72 (mit Rn 69 ff.); Jennißen/Abramenko

WEG, 7. Aufl. 2022, § 8 Rn 35.

43 Anders wohl Hügel/Elzer WEG, 3. Aufl. 2021, § 9a Rn 33 a.E.

44 So z.B. Grüneberg-Wicke, 81. Aufl. 2022, § 9a WEG Rn 3; aA Jennißen/Abramenko

WEG, 7. Aufl. 2022, § 9a Rn 5; i. E. offengelassen Wicke, ZWE 2021, 21, 26.

45 Vgl. zu diesem Aspekt die Ausführungen von Lieder, DNotZ 2018, 177 ff.

46 Hügel/Elzer WEG, 3. Aufl. 2021, § 9a Rn 37; BeckOGK/Falkner, 1.6.2022, WEG § 9a

Rn 143.

47 Dazu, dass die WEG zwingende gesetzliche Folge des Wohnungseigentums ist, nur

Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, § 3 Rn 84; Jennißen/Abramenko

WEG, 7. Aufl. 2022, § 9a Rn 140.

fürte nach herrschender Meinung die Vereinigung aller Wohnungseigentumsrechte bei demselben Rechtsträger ("in einer Hand") zu einer Auflösung der Gemeinschaft⁴⁸. Eine „Einpersonengemeinschaft“ sei nicht denkbar. Jedenfalls nach § 9a WEG in der Fassung von 2020 ist dieses Argument aber nicht mehr richtig⁴⁹. Wenn bei ursprünglicher Aufteilung durch einen einzigen Eigentümer nach § 8 WEG eine Gemeinschaft entstehen kann, so gibt es keinen Sachgrund, warum bei einem nachträglichen Erwerb aller Anteile durch eine einzige Person keine Gemeinschaft mehr bestehen soll.

Wegen dieses Erlöschens bei Aufhebung der Gemeinschaft wird die Verwendung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit teilweise als regelmäßig untauglich angesehen⁵⁰.

d) Lösung für Problem I: Auflösend bedingte Grunddienstbarkeit für das Grundstück

Will man in der Übergangsphase bis zur Entstehung der WEG-Gemeinschaft, also bis zur Anlage der Wohnungsgrundbücher, sichergehen, ist die vorzuziehende Gestaltungsalternative: man bestellt übergangsweise eine Grunddienstbarkeit gleichen Inhalts zugunsten des WEG-Grundstücks. Diese Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB wird **auflösend bedingt** bestellt. Sie erlischt automatisch mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher und Eintragung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit im Grundbuch.

Auch Grunddienstbarkeiten sind *bedingungsfreundlich*⁵¹. Sie können auflösend bedingt und aufschiebend bedingt sowie befristet bestellt werden⁵². Bedingung und Befristung sind dabei im Grundbuch selbst einzutragen. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt nach Auffassung des BGH und der h.L. nicht⁵³.

e) Lösung für Problem II: Aufschiebend bedingte Grunddienstbarkeit für das Grundstück

In gleicher Weise ist eine Vorsorge möglich für den Fall der künftigen Aufhebung der Gemeinschaft. Man kann

schlicht eine aufschiebend bedingte Grunddienstbarkeit mit gleichem Inhalt bestellen. Bedingung hierfür ist die Schließung der sämtlichen Wohnungsgrundbücher.

Diese Bedingungen sind dem Grundbuchamt nachvollziehbar und nachweisbar. Es ist hinreichend sicher bestimmbar, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht.

f) Gestaltungsvorschlag II: Beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und flankierende bedingte Grunddienstbarkeiten

aa) Dingliche Dreifachsicherung

Wenn man die beiden **kleinen Lücken** der Versorgungssicherung **vor Entstehung der WEG-Gemeinschaft und nach deren Aufhebung** schließen will, muss man nur den hier gemachten Gestaltungsvorschlag I ergänzen. Neben dem Kernpunkt der Verwendung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der WEG ist vorab eine inhaltsgleiche Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers des WEG-Grundstücks zu bestellen. Diese ist auflösend bedingt mit (kumulativ) Anlegung der Wohnungsgrundbücher und Eintragung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinschaft im Grundbuch des Grundstücks. Damit hat man die ungesicherte Phase bis zur Entstehung der Gemeinschaft abgedeckt.

Sozusagen das Gleiche in Grün wird für den Fall der Aufhebung der Gemeinschaft vorbereitet. Es wird eine inhaltsgleiche Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers des WEG-Grundstücks bestellt. Diese ist aufschiebend bedingt mit Aufhebung der Gemeinschaft.

Mit dieser dinglichen Dreifachsicherung hat man allen Eventualitäten vorgebeugt.

bb) Schuldrechtliche Sicherung bei öffentlich-rechtlicher Körperschaft

Möchte man die Eintragung der Grunddienstbarkeit(en) im Grundbuch vermeiden und bestehen an der Vertragstreue des Grundstückseigentümers keine vernünftigen Zweifel – etwa wenn es eine sich um öffentlich-rechtliche Körperschaft handelt – kann man alternativ schuldrechtlich vereinbaren, dass für den Fall der Aufhebung der Gemeinschaft eine Grunddienstbarkeit bestellt werden muss⁵⁴. Und bis zur Eintragung der WEG-Ge-

48 Hügél, DNotZ 2007, 326, 338 und 340 f.

49 Vgl. auch Jennißen/Abramenko WEG, 7. Aufl. 2022, § 9a Rn 140.

50 Hügél, DNotZ 2007, 326, 338; Hügél, Wohnungseigentum/Hügél, 5. Aufl. 2021, § 4 Rn 38.

51 BGH NJW-RR 2011, 882, 883 (auflösende Bedingung); Staudinger-J. Weber, 2017, § 1018 Rn 41; Grüneberg-Herrler, 81. Aufl. 2022, BGB § 1018 Rn 29.

52 BeckOGK/Kazele, 1.8.2022, BGB § 1018 Rn 194 f.; MüKoBGB/Mohr, 8. Aufl. 2020, BGB § 1018 Rn 7, 77, 82; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn 1149.

53 BGH NZM 2020, 1118, 1120 m.w.N.; BeckOGK/Kazele, 1.8.2022, BGB § 1018 Rn 230; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn 1149.

54 Für Neubestellung der Grunddienstbarkeit in der Konstellation der Aufhebung auch Tschan, RNotZ 2006, 205, 235.

meinschaft im Grundbuch wird die Duldung der Nutzung (im Ausgangsbeispiel: Leitung für Fernwärme) schuldrechtlich gestattet.

Die Konstruktion könnte wie folgt aussehen: Es wird ein vertraglicher Anspruch zugunsten der WEG und den Miteigentümern bestellt, dass eine Grunddienstbarkeit mit gleichem Inhalt bestellt wird, wenn die WEG aufgehoben wird. Der Anspruch kann abgetreten werden (nur) an den Eigentümer des Grundstücks oder die Gemeinschaft der WEG-Berechtigten. Der Eigentümer des dienenden Grundstücks verpflichtet sich bei Veräußerung des Grundstücks, diese Verpflichtung dem Erwerber aufzuerlegen und ihn in gleicher Weise zu verpflichten.

g) Gestaltungsvorschlag III: Beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer neben unbedingter Grunddienstbarkeit

Wem der Gestaltungsvorschlag der ausschließlichen Verwendung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zu unsicher erscheint und wer auch bei großen WEG-Gemeinschaften an der Grunddienstbarkeit festhalten möchte, sollte aber angesichts der Probleme des fehlerträchtigen Bestellvorganges der Grunddienstbarkeit bei bestehenden Gemeinschaften folgende Variante wählen: **Neben der Grunddienstbarkeit** wird noch zusätzlich eine **inhaltsgleiche beschränkt persönliche Dienstbarkeit** zugunsten der WEG-Gemeinschaft bestellt. Damit hat man ein Sicherheitsnetz. Ist die Grunddienstbarkeit zivilrechtlich trotz Eintragung im Grundbuch mangels Einigung nicht wirksam entstanden, ist das Versorgungsinteresse wenigstens über die Dienstbarkeit nach § 1090 BGB abgesichert.

V. Zusammenfassung

Das **Sicherungsinteresse** bei der Versorgung von Grundstücken, die infrastrukturell miteinander verbunden sind, erfolgt meist durch **Verwendung von Grunddienstbarkeiten** nach §§ 1018 ff. BGB. Bei **Grundstücken und Erbbaurechten**, die **nach WEG geteilt** sind, besteht die **alternative Regelungsmöglichkeit**, das Interesse mit einer **beschränkt persönlichen Dienstbarkeit** nach §§ 1090 ff. BGB **zugunsten der rechtsfähigen WEG-Gemeinschaft** zu sichern. Bisher dominiert auch bei diesen die Sicherung durch Grunddienstbarkeit zugunsten des WEG-Grundstücks. Rechtstatsächlich ist daher der Befund, eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit für eine WEG-Gemeinschaft sei praktisch nur von untergeordneter Bedeu-

tung⁵⁵, richtig. Rechtsgestalterisch mag nach der Rechtslage vor dem WEMoG manches gegen die Verwendung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit gesprochen haben. Spätestens mit Inkrafttreten des WEMoG sind die Gründe für die Zurückhaltung aber weggefallen. (Allerdings hätte das hier Vorgeschlagene auch vorher gut funktioniert.)

Die Vorteile der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit in diesen Konstellationen sind lange Zeit zu Unrecht gering geschätzt worden. Insbesondere bei **größeren Gemeinschaften** mit einer Vielzahl von Mitgliedern ist die Grunddienstbarkeit in mehrerlei Hinsicht problematisch und die **beschränkt persönliche Dienstbarkeit** vorzugswürdig.

Das **Grundproblem** liegt in der **Vervielfältigung der Anzahl der Berechtigten** bei einer Grunddienstbarkeit im Fall der WEG-Teilung. Bei einer bestehenden WEG mit einer Vielzahl an Mitgliedern ist die **Entstehungsvoraussetzung der Einigung** oftmals schwer zu erreichen. Die **Inhaltsänderung** einer bestehenden Grunddienstbarkeit ist sehr **kompliziert** und mit erheblichem Aufwand beim Grundbuchamt sowie erheblichem Kostenaufwand verbunden. Ist das herrschende Grundstück nach WEG geteilt, so ist die **Inhaltsänderung von vorrangigen Rechten** (Dienstbarkeiten) erheblich **erschwert**. Die rangrichtige Eintragung von **Erbbaurechten** ist **gefährdet**.

All diese **negativen Auswirkungen** hat die **beschränkt persönliche Dienstbarkeit nicht**. Hier ist jeweils die Einigung und Zustimmung nur einer „Person“ erforderlich: Der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bzw. Wohnungserbbauberechtigten – vertreten durch den Verwalter.

Die **Nachteile** der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit sind **überschaubar** und sie sind **beherrschbar**. Bis zur Entstehung der WEG durch Anlegung der Wohnungsgrundbücher nach § 9a Abs. 1 S. 2 WEG fehlt es an einem tauglichen Rechtsträger. Bei Aufhebung der WEG und Schließung der Wohnungsgrundbücher fällt die Dienstbarkeit hinweg. Diese Lücken bestehen zwar, sie sind aber auf einfache Weise zu schließen. Bis zur Anlage der Wohnungsgrundbücher hilft eine auflösend bedingte Grunddienstbarkeit. Ab der Aufhebung der Gemeinschaft und Schließung der Wohnungsgrundbücher hilft eine aufschiebend bedingte Grunddienstbarkeit zugunsten des Grundstücks.

⁵⁵ Hügel, DNotZ 2005, 753, 771.

Die **beschränkt persönliche Dienstbarkeit** zugunsten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist **taugliches und vorteilhaftes Sicherungsmittel**. Man sollte sie in der Gestaltungspraxis häufiger verwenden.

Auch wer von der Grunddienstbarkeit nicht lassen möchte, sollte in geeigneten Fällen (Bestellung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines Grundstücks bei einer bestehenden personenreichen WEG-Gemeinschaft) eine inhaltsgleiche **beschränkt persönliche Dienstbarkeit** zusätzlich wählen.

Der **Grundbuchverkehr** wird durch den Gestaltungsvorschlag **beschleunigt, entlastet** und erheblich **verein-**

facht. Unwirksame Buch-Grunddienstbarkeiten werden **vermieden**. Prononciert gesagt: Lieber eine wirksam bestellte beschränkt persönliche Dienstbarkeit, die bei Aufhebung der WEG erlischt, als eine nie wirksam entstandene Grunddienstbarkeit. Weiterer Vorteil ist, dass die Kosten bei Inhaltsänderung der Dienstbarkeit selbst und solcher Rechte, bei denen der Dienstbarkeitsberechtigte zustimmen oder Rangrücktritt erklären muss, erheblich reduziert sind. Die Grundbuchpraxis und vor allem die Beteiligten werden es danken.

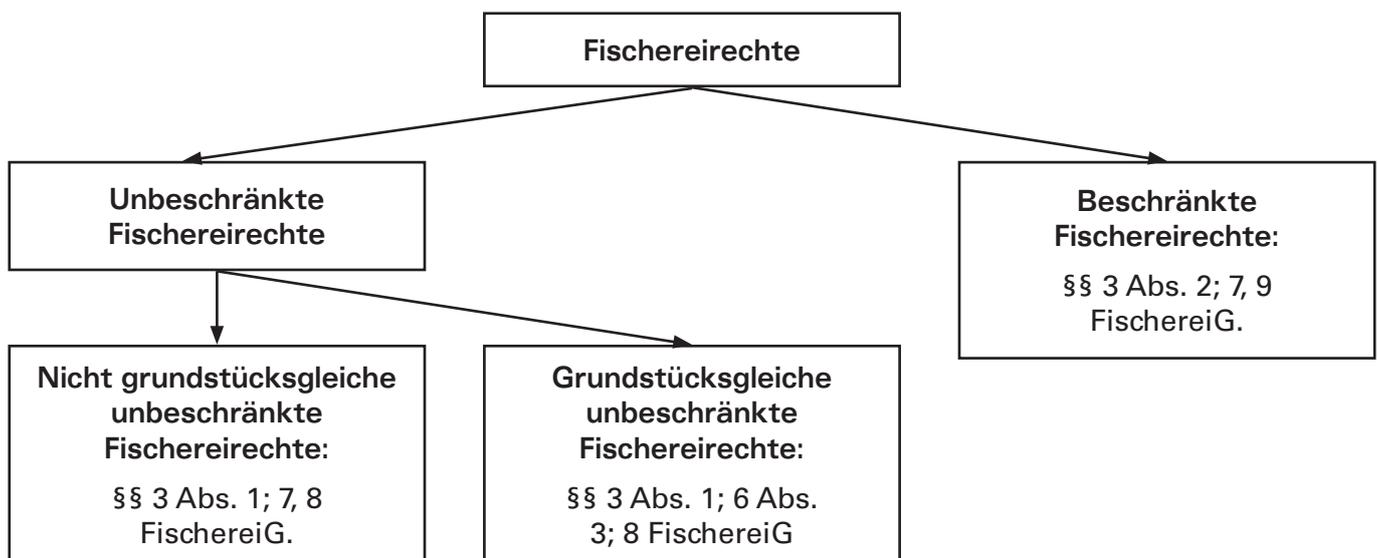
Der Verkauf von grundstücksgleichen Fischereirechten (§ 6 Abs. 3 FischereiG)

Notar Dr. Peter Becker, Schwäbisch Gmünd¹

► A) Einleitung

Wer als Notar in der Praxis mit dem Verkauf eines grundstücksgleichen (nicht beschränkten) Fischereirechts i.S.d § 6 Abs. 3 FischereiG BW² beauftragt wird, stellt - nach dem ersten Schock - fest, dass es hierzu nur sehr wenig Literatur und Rechtsprechung gibt. Der Großteil der vorhandenen Literatur befasst sich mit Fragen der Eintragung nicht gebuchter altrechtlicher Fischereirechte.³ Auch die Kommentarliteratur⁴ ist mit einem Werk überschaubar. All dies belegt einerseits die geringe praktische Rele-

vanz der Thematik, hilft einem aber andererseits auch nicht weiter, wenn man mit der Erstellung eines entsprechenden Vertragsentwurfs beauftragt wurde. Anstelle eines theoretischen Beitrags soll daher der nachstehend abgedruckte kommentierte Vertragsentwurf als mögliche Grundlage für einen praxistauglichen Kaufvertrag über ein Fischereirecht, grundstücksgleich, nicht beschränkt, dienen. Als notwendige Vorkenntnisse für den Einsatz in der Praxis genügen die Lektüre der §§ 6 Abs. 3; 7, 8 FischereiG als wesentlicher Rechtsgrundlagen des Fischereirechts in Baden-Württemberg und folgende Übersicht:



► B) Kommentiertes Vertragsmuster

Urkundeneingang

Güterrechtliche Besonderheiten, insbesondere Gütergemeinschaft, bestehen nach Angabe der Erschienenen **nicht**. Der Erwerber erklärt, die vermögensrechtlichen Verhältnisse des Veräußerers **nicht** zu kennen.⁵

Im Text sind – unabhängig von Geschlecht oder Anzahl – bezeichnet:

...

Nach Angabe der Erschienenen kann das nachstehend beurkundete Rechtsgeschäft nicht der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit eines der Beteiligten zugerechnet werden.⁶ Der Erwerber erklärt **nicht** im wirtschaftlichen Interesse Dritter zu handeln.⁷

¹ Unter Mitwirkung von Frau ReFA Adelia Kucerenko, Notare Claus Denk & Dr. Peter Becker.

² Im Internet zu finden unter www.landesrecht-bw.de (letzter Zugriff: 29.09.2022).

³ Vgl. etwa Böhringer, BWNotZ 1984, 153; 1985, 153; 1986, 117.

⁴ Karremann/Laiblin, Das Fischereirecht in BW, 4. Aufl., 2015.

⁵ Auch für die Veräußerung eines Fischereirechts kann § 1365 BGB relevant werden. Hierdurch wird der subjektive Tatbestand der Norm ausgeschlossen.

⁶ Es liegt damit kein Verbrauchervertrag vor. Vorsichtshalber und wegen § 6 Abs. 3 FischereiG sollte jedoch § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG bedacht und eingehalten werden, wenn eine Verbraucher-Unternehmer-Konstellation vorliegt.

⁷ Wenn auch fernliegend, kann auch der Verkauf von Fischereirechten der Geldwäsche dienen.

Auf Ersuchen der Erschienenen beurkunde ich gemäß deren vor mir bei gleichzeitiger Anwesenheit⁸ abgegebenen Erklärungen folgenden u.a.

Verkauf von Fischereirechten.

§ 1 Grundbuch- und Sachstand

(1) Im Grundbuch⁹ ist der Veräußerer als alleiniger Inhaber folgenden Fischereirechts eingetragen:

Grundbuch von # der Gemarkung #, Blatt

BV-Nr. # Fischereirecht in der # vom Steg bei der # bis zur Markungsgrenze #.

– nachstehend zusammengefasst auch „der Vertragsgegenstand“ genannt –

(2) Der Vertragsgegenstand ist im Grundbuch wie folgt belastet: #.

(3) *Der Notar hat das (elektronische) Grundbuch, mangels Ersuchen jedoch nicht das Verzeichnis der Fischereirechte eingesehen.¹⁰ Es steht den Beteiligten offen dies selbst zu tun.*

Der Veräußerer erklärt jedoch, dass ihm ein das unbeschränkte Fischereirecht ausschließendes beschränktes Fischereirecht **nicht** bekannt ist.

(4) Der Veräußerer erklärt zum Sachstand, ohne dass es sich insoweit um Garantien oder Beschaffenheitsvereinbarungen handelt:

Die vorstehenden Fischereirechte bestanden schon vor Inkrafttreten des Fischereigesetzes im Jahre 1981.¹¹ Es handelt sich um nicht beschränkte (grundstücksgleiche)

Fischereirechte.¹² Pacht- oder Erlaubnisverträge mit Dritten bestehen nicht.¹³ Das Fischereirecht besteht nicht neben anderen nicht beschränkten Fischereirechten an derselben Gewässerstrecke.¹⁴

Die # ist ein Gewässer 2. Ordnung.¹⁵ Das Fischereirecht betrifft keine Stauanlage.

§ 1 Keine Teilung

Die Fischereirechte werden **nicht** geteilt.¹⁶

§ 2 Verkauf, Kaufpreis

(2.1) Der Veräußerer verkauft hiermit den vorstehend genannten Vertragsgegenstand mit allen Rechten und Pflichten an den Erwerber

zu alleiniger Berechtigung.¹⁷

(2) Der Erwerber verpflichtet sich im Gegenzug zur Zahlung des nachstehend genannten Kaufpreises. Der Kaufpreis beträgt insgesamt

#,- EURO

(in Worten: # EURO).

§ 3 Zahlungsplan

(1) Der Kaufpreis ist zur Zahlung fällig binnen einer Frist von 10 Tagen, nachdem der Notar dem Erwerber schriftlich bestätigt hat, wobei für den Beginn des Fristlaufs das Datum der notariellen Fälligkeitmitteilung maßgebend ist und nicht der Tag des Zugangs des Schreibens beim Erwerber, dass folgende Voraussetzungen eingetreten sind:

1. die unten beantragte **Erwerbsvormerkung** im Grundbuch eingetragen ist,¹⁸ wobei der Vormerkung im Rang nur vorgehen dürfen die oben genannten Belastungen und solche Belastungen, die mit Zustimmung des Erwerbers zur Eintragung gelangen,

8 Für die Übertragung von grundstücksgleichen Fischereirechten gelten die für Grundstücke geltenden Vorschriften entsprechend, damit auch § 925 Abs. 1 S. 1 BGB. Vgl. *Karremann/Laiblin*, Das Fischereirecht in BW, 4. Aufl., § 8 FischereiG, Rn. 11.

9 Zur Erlöschensvorsorge mussten die altrechtlichen Fischereirechte gemäß § 6 Abs. 6 in das Grundbuch eingetragen werden. Zum Buchungsvorgang vgl. *Berger*, BWNotZ 2006, 51.

10 Das Verzeichnis der Fischereirechte ist in § 7 FischereiG geregelt. Grundstücksgleiche Fischereirechte müssen im Grundbuch, nicht aber im Verzeichnis der Fischereirechte eingetragen sein (vgl. § 7 Abs. 1 S. 1 FischereiG). Jedoch sind beschränkte Fischereirechte im Verzeichnis eingetragen. Diese können dem unbeschränkten Fischereirecht insoweit vorgehen, mithin dieses „belasten“. *Karremann/Laiblin*, Das Fischereirecht in BW, 4. Aufl., § 3 FischereiG, Rn. 7.

11 Das FischereiG ist im Jahre 1981 in Kraft getreten, vgl. § 57 FischereiG.

12 Seit 1981 können **keine** neuen grundstücksgleichen Fischereirechte in Baden-Württemberg mehr begründet werden, anders in Bayern, vgl. Art. 8 Abs. 1 BayFischG. Neue Fischereirechte sind sonstige Rechte im Sinne des FischereiG. Die Einordnung entscheidet über die Vorgaben für die Veräußerung, insbesondere die Formerfordernisse, vgl. § 6 Abs. 3 vs. § 8 Abs. 4 (i.V.m. § 9 S. 4) FischereiG.

13 Die Ausübung des Fischereirechts kann Dritten überlassen werden (§ 17 FischereiG). Hierfür stehen Pacht- oder Erlaubnisverträge zur Verfügung.

14 Insoweit geht es um § 8 Abs. 2 FischereiG und die besonderen Anforderungen an den Erwerber in dieser Konstellation.

15 Die Einordnung des Gewässers ist für die Bestimmung des Vorkaufberechtigten nach § 8 Abs. 3 FischereiG relevant. Deshalb wurde auch die Aussage zur Stauanlage aufgenommen.

16 Die Übertragung ist grds. nur real und ideell ungeteilt möglich, vgl. § 8 Abs. 1 S. 1 FischereiG. Mitberechtigungen an Fischereirechten können nicht übertragen werden. Es handelt sich um ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB). Vgl. *Karremann/Laiblin*, Das Fischereirecht in BW, 4. Aufl., § 8 FischereiG, Rn. 2.

17 Da es sich um ein Recht handelt, sollte mE nicht von „(Allein-)Eigentum“ gesprochen werden, sondern von „Alleinberechtigung“ oder „Alleinhabschaft“. Eine Bruchteilsgemeinschaft kann nach der VwV zu § 8 FischG nicht begründet werden.

18 Als grundstücksgleiches Recht (§ 6 Abs. 3 FischereiG) kann der Erwerb vorgemerkt werden.

2. das **Negativzeugnis** oder eine Verzichtserklärung der zuständigen Stelle in Bezug auf das gemeindliche Vorkaufsrecht nach § 8 Abs. 3 S. 1 FischereiG¹⁹ vorliegt.

(2) Soweit der Kaufpreis nicht zur Lastenfreistellung benötigt wird, ist er auf das (Allein-)Konto des Veräußerers mit der

IBAN: DE # bei der #
zu bezahlen.

(3) Die Zahlungen müssen im Zeitpunkt der Fälligkeit auf dem Konto des jeweiligen Zahlungsempfängers eingegangen, d.h. gutgeschrieben sein.

§ 4 Verzinsung, Zwangsvollstreckungsunterwerfung²⁰

§ 5 Finanzierung

Eine Finanzierungsmitwirkung des Veräußerers ist nicht gewünscht. Der Erwerber erklärt, dass die Finanzierung gesichert sei.²¹

§ 6 Behandlung dinglicher Belastungen, Pacht- und Erlaubnisverträge²²

§ 7 Wirtschaftliches Eigentum, Gewährleistung

(1) Der Besitz²³ und die Befugnis zur Nutzung des Vertragsgegenstandes ist mit Beginn des auf den Tag der vollständigen Kaufpreiszahlung (ohne Beilage von Zinsen) folgenden Tages zu übergeben (Übergabetag). Die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung sowie die Verkehrssicherungspflichten gehen zu diesem Zeitpunkt auf den Erwerber über. Das Gleiche gilt für die Pflicht zur Tragung öffentlicher und privater Abgaben und Lasten.

(2) Soweit hier nichts anderes vereinbart ist, haftet der Veräußerer dafür, dass Besitz und Eigentum bzw. Inhaberschaft ungehindert und frei von Grundbuchbelastungen und privatrechtlichen Rechten Dritter auf

den Erwerber übergehen.²⁴ Ausgeschlossen werden alle Rechte und Ansprüche des Erwerbers wegen im Grundbuch nicht eingetragenen altrechtlichen Belastungen, ausgenommen bei Vorsatz oder arglistigem Verschweigen. Darüber hinaus sind alle Ansprüche und Rechte des Erwerbers wegen Sach- und Rechtsmängeln ausgeschlossen, einschließlich des Fischbestandes im Gewässerabschnitt an dem das Fischereirecht besteht.²⁵ Unberührt bleiben wiederum Ansprüche und Rechte bei Vorsatz oder arglistigem Verschweigen. Der Veräußerer erklärt, dass ihm aufklärungsbedürftige Tatsachen, z.B. ein Fischsterben, nicht bekannt sind.

§ 8 Vormerkung, unbedingte²⁶

(1) Zur Sicherung des Anspruchs des Erwerbers auf Übertragung des Eigentums / der Inhaberschaft am Fischereirecht bewilligt der Veräußerer unwiderruflich die Eintragung einer Erwerbsvormerkung für den Erwerber. Der Erwerber **beantragt** die Eintragung.

(2) Der Vormerkung dürfen nach Abt. II und III des Grundbuchs nur die in § 1 Absatz 2 dieser Urkunde verzeichneten Belastungen und solche Belastungen vorgehen, deren Eintragung der Erwerber zugestimmt hat. Der Notar ist berechtigt, Eintragung an anderer Rangstelle zu beantragen.

(3) Der Erwerber bewilligt und **beantragt** die Löschung der Vormerkung zugleich mit Vollzug des Eigentums- bzw. Rechtsübergang, jedoch vorausgesetzt, dass zwischenzeitlich **keine** Rechte eingetragen oder zur Eintragung beantragt sind, denen der Erwerber nicht zugestimmt hat (keine schädlichen Zwischeneintragungen).

§ 9 Eigentums- bzw. Rechtsübergang

(1) Der Veräußerer ist verpflichtet, dem Erwerber das Eigentum bzw. die Inhaberschaft am Vertragsgegenstand Zug-um-Zug gegen Zahlung des geschuldeten Kaufpreises zu verschaffen.

(2) Veräußerer und Erwerber sind sich über den Rechtsübergang auf den Erwerber einig („Auflassung“). Diese Einigung ist unbedingte. Sie enthält weder die Eintragungs-

19 Hier sollte § 24 Abs. 2 BauGB analog gelten. So etwa OLG Nürnberg, FGPrax 2015, 119. Ein Vorkaufsrecht nach § 28 BauGB besteht also nicht. Demgemäß kann auch kein Negativzeugnis verlangt werden. Das ASVG gilt nach in der Praxis vorherrschender Auffassung ebenfalls nicht. Auch das naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht und das Vorkaufsrecht nach Landeswaldgesetz gelten nicht. Vgl. hierzu *Karremann/Laiblin*, Das Fischereirecht in BW, 4. Aufl., § 8 FischereiG, Rn. 8 ff.

20 Vom Abdruck wird mangels Besonderheit abgesehen.

21 Ob das Fischereirecht mit einem Grundpfandrecht belastet werden kann, kann hier dahinstehen, da diese Frage keine praktische Relevanz hat. Aus § 6 Abs. 3 FischereiG sollte die Belastbarkeit folgen. Ob das Fischereirecht als Kreditsicherheit akzeptiert wird, ist eine andere Frage.

22 Vom Abdruck wird mangels Besonderheit abgesehen.

23 Hier könnte auch schlicht und vielleicht sprachlich vorteilhafter von „wirtschaftlichen Eigentum“ gesprochen werden. Das Fischereirecht vermittelt aber auch ein Recht zum Betreten, vgl. § 3 FischereiG. Auch der Ausübungsrechte genießt Besitzschutz (§ 3 Abs. 4 FischereiG).

24 Zu denken ist v.a. an Pachtverträge, die gemäß §§ 566 BGB i.V.m. 18 Abs. 4 FischereiG auf den Erwerber übergehen.

25 Diesbezügliche Erwartungen und Vorstellungen des Erwerbers fallen daher in seinem Risikobereich.

26 Das Fischereirecht ist vormerkungsfähig. Eine funktionsäquivalente aufschiebend bedingte Abtretung (§ 161 BGB) ist dagegen nicht zulässig. Dies folgt aus § 925 Abs. 2 BGB entsprechend i.V.m. § 6 Abs. 3 FischereiG.

bewilligung, noch den Eintragungsantrag. Zu deren Erklärung wird der amtierende Notar, sein Vertreter oder Nachfolger im Amt hiermit durch die Beteiligten unwiderruflich und unbeding, über deren Tod hinaus bevollmächtigt.

(3) Der vollziehende Notar wird nach § 53 BeurkG von allen Beteiligten angewiesen, den Eigentums- bzw. Rechtsübergang gemäß dieser Vollmacht erst dann zu veranlassen, wenn ihm der Veräußerer unverzüglich nach Erhalt des geschuldeten Kaufpreises (ohne etwaige gesetzlich oder vertraglich geschuldete Zinsen), zumindest in Textform diese Zahlung bestätigt hat. Daneben ist die vollständige Bezahlung der Notarkosten Vollzugsvoraussetzung. Der Zahlungsnachweis durch Bankbestätigung des Erwerbers ist jeweils zulässig.

(4) Der Erwerber ist vor dem Eigentums- bzw. Rechtsübergang nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Veräußerers über seine Rechte und Ansprüche aus diesem Vertrag zu verfügen, insbesondere sie ganz oder teilweise abzutreten oder zu verpfänden.²⁷

§ 10 Keine Vereinigung

Dem Erwerber stehen mit Vollzug des Rechtsübergangs, nicht an derselben Gewässerstrecke mehrere oder mehrere aneinandergrenzende nicht beschränkte Fischereirechte zu.²⁸

§ 11 Mitarbeitervollmachten²⁹

§ 12 Schlussbestimmungen; dokumentierte Belehrungen

...

Zu erteilen sind die folgenden Abschriften bzw. Ausfertigungen, insbesondere:

...

- **Einfache** Abschrift an das Finanzamt (Grunderwerbsteuerstelle) z.K.³⁰,
- **Einfache** Abschrift an hier: die Gemeinde zum Vorkaufsrecht nach § 8 Abs. 3 FischereiG.³¹

Für den Fall der Ausübung eines (gesetzlichen) Vorkaufsrechts, tritt der Veräußerer dem Erwerber sicherungshal-

ber seine Ansprüche gegen den Vorkaufsberechtigten insoweit ab, als der Erwerber bereits Zahlungen an den Veräußerer geleistet hat. Ferner ist jeder Vertragsteil zum Rücktritt von diesem Vertrag berechtigt. Weitere Rechte (insbesondere Schadensersatzansprüche) zwischen den Beteiligten werden ausgeschlossen.³²

Der Notar hat unter anderem noch über das Folgende belehrt:

- *über die Verpflichtung zur Beurkundung aller sonstiger Vereinbarungen, die mit dem hier geschlossenen Vertrag in einem solchen rechtlichen Zusammenhang stehen, dass sie - auch nach dem Willen nur eines Vertragsbeteiligten - derart voneinander abhängen, dass sie miteinander stehen oder fallen; nicht beurkundete Abreden sind nichtig und können die Wirksamkeit des ganzen Vertrages in Frage stellen; die Beteiligten erklären, derartige Abreden bestünden nicht;*³³
- *der Notar ist nicht zur Beratung über die steuerlichen (insbesondere einkommensteuerlichen), renten- und sozialrechtlichen Auswirkungen dieses Vertrages verpflichtet; eine solche Beratung hat er auch nicht übernommen; er hat den Erschienenen anheimgegeben, diesen Vertrag vor Unterzeichnung erst im Entwurf durch sachverständige Fachberater oder Fachbehörden prüfen zu lassen,*
- *über Bestehen, Voraussetzungen und Folgen der Vorkaufsrechte nach § 8 Abs. 3 FischereiG,*
- *über die Rechtsnatur des grundstücksgleichen, nicht beschränkten Fischereirechts, dessen Übertragung und die damit verbundenen Rechte und Pflichten,*
- *der Rechtsübergang erfolgt erst mit Eintragung des Erwerbers im Grundbuch.*³⁴

...

Vom Notar vorgelesen, von d. Erschienenen genehmigt und jeweils eigenhändig wie folgt unterschrieben:

²⁷ Auch der Anspruch auf Verschaffung der Inhaberschaft am Fischereirecht könnte verpfändet werden.

²⁸ Vgl. § 10 Abs. 2 FischereiG. Es käme sonst zur Vereinigung kraft Gesetzes, die im Grundbuch vollzogen werden müsste.

²⁹ Vom Abdruck wird mangels Besonderheit abgesehen.

³⁰ Mangels Gleichstellung in § 2 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG nicht Grunderwerbsteuerbar. Eine Unbedenklichkeitsbescheinigung ist daher nicht nötig. Vgl. etwa OLG Nürnberg, MDR 2015, 385. Diesem folgend: Viskorf in: Boruttau, GrEStG, 19. Aufl., § 2 GrEStG, Rn. 142.

³¹ Dem Gutachterausschuss muss gem. § 195 BauGB keine Abschrift übermittelt werden. Die Gleichstellung mit Grundstücken führt nicht zur Mitteilungspflicht. Die Aufgaben des Gutachterausschusses umfassen nicht Fischereirechte (vgl. § 193 BauGB). Vorsorglich kann freilich eine Übersendung erfolgen.

³² Im Hinblick auf § 8 Abs. 3 FischereiG wurde eine Regelung zum Vorkaufsrecht aufgenommen.

³³ Es gilt gemäß § 311b Abs. 1 BGB entsprechend i.V.m. § 6 Abs. 3 FischereiG der Vollständigkeitsgrundsatz.

³⁴ Der Rechtsübergang setzt konstitutiv eine Eintragung im Grundbuch voraus, vgl. § 6 Abs. 3 FischereiG i.V.m. § 873 Abs. 1 BGB entsprechend. Nicht grundstücksgleiche unbeschränkte Fischereirechte können außerhalb des Grundbuchs durch Abtretungsvertrag (§§ 413, 398 BGB) übertragen werden. Deren Übertragung muss angezeigt werden (§ 8 Abs. 4 S. 2 FischereiG). Es handelt sich aber um keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Übertragung. Vgl. Karremann/Laiblin, Das Fischereirecht in BW, 4. Aufl., § 8 FischereiG, Rn. 11 a.E.

Im Grundbuch ungebuchte Anliegerwege

Von Dipl. Ing. (FH) Otto Bogenschütz, Hechingen

Im württembergischen Landesteil von Baden-Württemberg entstanden auf Grund des württembergischen Feldweggesetzes vom 26. März 1862 neue ausgebaute Feldwege (Güterwege).¹ Sie lösten unbeständige Feldwege ab, die nur zwischen der Ernte und der Feldbestellung befahrbar waren. Dieser Zustand war nicht mehr zeitgemäß, deshalb stellten Gemeinden oder Grundstückseigentümer bei den Oberamtsverwaltungen Anträge zum gemeindlichen Verfahren zur Feldweg-Verbesserung (Feldwegeregulierung).² Kommissionen aus Ortsvorstehern, Grundstückseigentümern und technischen Sachverständigen (Feldmesser) wurden gebildet. Feldmesser skizzierten die geplanten neuen Wege, ermittelten die Beteiligten und stellten die Unterlagen für die Abstimmungen der Grundstückseigentümer zusammen. Wenn mehr als 50 % der betroffenen Grundstückseigentümer für die Herstellung der Wege stimmten und wenn 66 % des Steuerkapitals auf diese Mehrheiten fielen, erklärte das Oberamt die beantragte Wegherstellung für beschlossen. Ausgewählte Feldmesser arbeiteten Pläne vollständig für die Genehmigung bei der Kollegialstelle in Stuttgart aus. Nach den Genehmigungen wurden die Wege in der Örtlichkeit abgesteckt und ausgebaut. Die Kosten der Wegbaumaßnahmen mussten die betroffenen Grundstückseigentümer nach dem Ertragswert (Steueranschlag) ihrer Grundstücke entrichten. Wenn der Bürgerausschuss zustimmte, konnte auch eine Gemeinde die Kosten des Unternehmens begleichen. Die Kosten der Ergänzung der öffentlichen Bücher übernahmen generell die Gemeinden. Die für den Weg erforderlichen Flächen mussten die betroffenen Grundstückseigentümer gegen eine Entschädigung abtreten. Stimmten alle Beteiligten der Wegeherstellung zu und waren sich über dessen Ausbau einig, so blieb ihnen die Aufstellung und Ausführung des Planes für die Feldweg-Anlage selbst überlassen. Es wirkten keine Staatsbehörden mit. Viele der damals entstandenen neuen Wege wurden durch nachfolgende Flurbereinigungen aufgehoben. Heute gibt es nur noch wenige im Grundbuch ungebuchte Feldwege. Sie bereiten heute bei Grundstücksverkäufen große Probleme. Nur noch wenige Fachleute kennen sich mit dieser Problematik aus.

► Historische Entwicklung der Feldwege in den Realteilungsgebieten Südwestdeutschlands

Seit dem Mittelalter wurde das Ackerland im Gebiet der Realteilung nach den Regeln der Dreifelderwirtschaft angebaut. Es wurde in drei Zelgen (Ösche) eingeteilt. In jeder der drei Zelgen durfte in einem Jahr nur eine Fruchtart angepflanzt werden (z. B. Wintergetreide). Im folgenden Jahr erfolgte eine andere Fruchtart (Sommerfrüchte). Im dritten Jahr wurde die Zelge nicht angebaut, sie lag brach (Fruchtfolge: Wintergetreide → Sommergetreide → Brachland). Die Regelungen der Dreifelderwirtschaft unterlagen dem Flurzwang. Innerhalb einer Zelge waren Erschließungswege während der Wachstumsperiode nicht erforderlich. Sie waren vom 23. April (Sankt Georgstag) bis zur Ernte gebannt, auf den Wegeflächen wuchs Getreide. Ab dem 18. Jahrhundert wurden auf dem Brachland Kartoffeln, Klee oder Rüben angebaut, deren Erntezeitpunkt nicht mit dem des Winter- oder Sommergetreides übereinstimmte. Im Primärkataster des Liegenschaftskatasters waren die unbeständigen Wege als Bestandteil der Anliegerflurstücke mit der Nutzungsart „Weg“ und mit zugehörigem Flächenmaß aufgeführt. Die unbeständigen Wege öffentlich-rechtlicher Natur entstanden nach altem Herkommen (örtliches Gewohnheitsrecht) und die Benutzung war für die Berechtigten durch Wegdienstbarkeiten geregelt.³ Sie wurden in den ab 1836 angelegten Servitutenbüchern beschrieben und sind heute Bestandteil des Grundbuchs.⁴ Diese Wegeflächen erhielten bei der Grundsteuereinschätzung einen niedrigen Steueranschlag (Steuerkapital) als die anliegenden Acker- und Wiesenflächen. Im Gegensatz dazu gab es auch unbeständige Wege, deren Dienstbarkeiten privatrechtlicher Natur waren (durch Verträge entstanden). Die Einführung der Stallfütterung beschleunigte die Forderung nach der Aufhebung des Flurzwanges. Es wurden ganzjährig befahrbare Erschließungswege benötigt. Das württembergische Wegerecht wurde durch das Feldweggesetz von 1862 an die Realität angepasst. Durch die Anlegung der neuen Wege verloren die Anwandflur-

¹ Württembergisches Feldweggesetz vom 26. März 1862.

² Wilhelm Hauber, Servitutenbücher und Feldweg-Anlagen. Stuttgart. 1862. Verfahren des Geschäftsganges bei Feldweg-Anlagen mit möglichst einfachem und raschem Verfahren.

³ Oberlandgerichtsrat Seeger, Überfahrtsrecht nach Art. 40 - 43 des württ.

Feldweggesetz von 1862, in: Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und Gemeindevertretungen.

⁴ Christoph Ilg, Zum Fortbestehen der in den württembergischen Servitutenbüchern eingetragenen Dienstbarkeiten, in: BWNotZ 2019/5.

stücke (auf ihnen durften zuvor bei der Feldbestellung die Bewirtschafter der anstößigen Flurstücke mit dem Pfluggespann wenden) ihren rechtlichen Status. Trepp- und Überfahrtsrechte wurden überflüssig. Auch in anderen deutschen Ländern gab es im 19. Jahrhundert in der Feldflur zusammenhängende Feldwegnetze, die von allen Grundbesitzern zur Bestellung des nutzbaren Landes gemeinschaftlich genutzt wurden. In Preußen wurden sie „gemeinschaftliche Zweckgrundstücke für die Landwirtschaft“ genannt. Die Miteigentumsanteile der Angrenzer- bzw. Anliegergrundstücke wurden nicht ermittelt. Der einzelne beteiligte Grundbesitzer durfte die Zweckgrundstücke nicht zu einem bestimmten Bruchteil, sondern nach den Bedürfnissen seines Grundbesitzes benutzen.⁵

► Beschreibung der neuen Feldwege im Liegenschaftskataster und Grundbuch

In der Örtlichkeit wurden die neuen Feldwege von Geometern vermarktet. Sie fertigten von ihren Vermessungen Messurkunden, die im Liegenschaftskataster jahrgangsweise abgelegt wurden. Die neuen Feldwege erhielten eigene Flurstücksnummern (z.B. FW 10). Sind mit ihren Lagebezeichnungen, der Nutzungsart Weg und ihren Flächenmaßen beschrieben. Die Eigentümer der anliegenden Flurstücke haben auf dem Rathaus vor dem Ratschreiber die Abtretung eines Teils ihrer Grundstücke in den Messurkunden schriftlich anerkannt, ihre Miteigentumsanteile am neuen Weg wurden leider nicht festgehalten. Die neuen Wege sind nach der Durchführung der Landesvermessung in Württemberg (1818- 1840) entstanden und sind somit nicht im Primärkataster des Liegenschaftskatasters eingetragen. Ein angrenzendes Flurstück konnte sich in späteren Jahren in der äußeren Form (z.B. durch Teilung) verändert haben, was zu Veränderungen bei dessen Miteigentumsanteil am Weg führen konnte. Bei der Neuauflistung des Liegenschaftskatasters wurde im Flurbuch bei den Anliegerflurstücken der ungebuchten Wege der Hinweis „Anteil an Flurstück ...“ (z. B. FW 10) angebracht. In den ab dem Jahre 1900 aufgestellten Grundbüchern wurden diese neuen Wege nicht eingetragen, weil sie als Zubehör mehrerer anderer Grundstücke angesehen und im Rechtsverkehr nicht als selbständige Einheit behandelt werden.⁶ Nach §3 GBO sind diese Feldwege in der Regel buchungspflichtig, es sei denn, sie wurden durch eine Widmung ein öffentlicher Weg.

⁵ Gerhard Kluckhuhn, Das Recht der Wirtschaftswege und sonstige landwirtschaftlichen Zweckgrundstücke in Preußen. Berlin. 1904.

⁶ Kuntze Grundbuchrecht, §3 GBO, Buchung von ideellen Miteigentumsanteilen.

► Wer darf diese neu angelegten Wege benutzen?

Durch diese Wege wurden Flurstücke für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung erschlossen. Der Kreis der Berechtigten richtet sich nach den örtlichen Gegebenheiten. Die heutigen Eigentümer aller Anliegerflurstücke und Flurstücke, deren Zufahrten zu den neuen Wegen im Servitutbuch einer Gemeinde beschrieben sind, dürfen sie benutzen.

► Wie hoch ist der Eigentumsanteil jedes Anliegers an den im Grundbuch nicht gebuchten neuen Wegen?

Das bruchteillose Miteigentum am neuen Weg verpflichtete die Anlieger im Bereich ihrer Grundstücke zu Unterhaltungsmaßnahmen. Der Anteil eines Anliegerflurstücks an den Anliegerwegen eines Feldwegeregulierungsgebietes lässt sich wie folgt berechnen: Gesamtfläche der Wege dividiert durch die Summe aller privaten Flurstücksflächen multipliziert mit der Fläche eines Anliegerflurstücks.⁷

► Rechtliche Verhältnisse der nach 1857 neu entstandenen Feldwege in Hohenzollern

1850 wurde der preußische Regierungsbezirk Hohenzollerische Lande mit Sitz in Sigmaringen gebildet. Die neue preußische Regierung kannte das Problem der unbeständigen Wege aus der Rheinprovinz und erließ sogar vor dem württembergischen Feldweggesetz Statuten zur Durchführung der Anlegung von neuen Feldwegen.⁸ Begonnen wurde die Wegeanlegung zuerst in den hohenzollerischen Gemeinden Laiz und Rengetsweiler. Nachdem das Verfahren erfolgreich durchgeführt worden war, wurden auch in den anderen Gemeinden neue Feldwege ausgewiesen. Ab 1886 wurden diese nur noch durch Feldregulierungen, einer Flurbereinigung im heutigen Sinn, angelegt. Die Flächen für die neuen Wege mussten die Anlieger nur am Kopfende ihrer Flurstücke unentgeltlich

⁷ Alle Grundstücke entlang eines Anliegerweges hatten in der Regel einen einheitlichen Steueranschlag.

⁸ Gesetze und Verordnungen für die Hohenzollerischen Lande, Amtsblatt von 1859 S. 148. Statuten für die Gemeinde Laiz zum Zwecke der Aufhebung des jetzigen strengen Flurzwanges durch Ausmittlung und Feststellung der zur Erreichung dieses Zieles nötigen Feldwege. §1: „Es sollen zu den schon bestehenden Ösch- und Gewinnwegen so viel neue und bestehende Feldwege auf hiesiger Gemarkung geschaffen, als notwendig sind, um zu jeder Jahreszeit ungehindert mit bespannten Wagen zu und von jeder Parzelle kommen zu können.“ §10: „Sämtliche Kauf- und Vermessungskosten übernimmt die Gemeinde“

zur Verfügung stellen. Wurden Flächen längsseitig des Anliegerflurstücks benötigt, ohne dass zuvor dort ein unbeständiger Weg bestand, so erfolgte nach dessen Bonität (Ertrag) eine Entschädigung. Die neu geschaffenen Wege kamen ins Eigentum der Gemeinden. Die Vermessungs- und Baukosten übernahmen die Gemeinden. Im Gebiet des ehemaligen hohenzollerischen Landesteils gibt es kein Servitutenbuch. Die Wegedienstbarkeiten von noch bestehenden ehemals unbeständigen Wegen sind nicht im Grundbuch wie in Württemberg eingetragen. In der Vergangenheit gab es darüber öfters Streitigkeiten, die von den Gerichten geschlichtet werden mussten. Das preußische Wegerecht wurde in Hohenzollern nicht eingeführt.

► Eintragung nichtgebuchter Wege ins Grundbuch

Ein Antrag auf Einbuchung (§§ 116 ff. GBO) von Anliegerfeldwegen kommt in der Praxis der Grundbuchämter selten vor.⁹ Antragsberechtigt sind nur die Eigentümer der Anliegergrundstücke. Für die Feststellung ihrer Eigentumsverhältnisse an den nach 1862 entstandenen Wegen sind die Angaben aus dem Liegenschaftskataster maßgebend. Das Einbuchungsverfahren eines ungebuchten Grundstücks endet mit der Anlegung eines Grundbuchblattes.

⁹ Christian Klumpp, Die Einbuchung nicht gebuchter Grundstücke in das Grundbuch und die Frage nach dem Eigentümer, in: BWNotZ 5/2019, S. 142. Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen, die Verfahrensschritte, den Abschluss des Verfahrens und die Kosten der Einbuchung ungebuchter Grundstücke.

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

Wertermittlung einer Dienstbarkeit

OLG München (34. Zivilsenat),

Beschluss vom 21.11.2022 – 34 Wx 459/22 Kost

I. Sachverhalt:

1 Die Beteiligte wendet sich gegen die Festsetzung des Geschäftswerts für die Bestellung einer Dienstbarkeit.

2 Mit Vertrag vom 9.9.2019 vermietete die G. W. GbR ein in ihrem Eigentum stehendes Grundstück an die Beteiligte zur Nutzung als Lebensmittelmarkt. Die Festlaufzeit beträgt 18 Jahre, beginnend am Übergabetag. Im Anschluss ist die Beteiligte berechtigt, das Mietverhältnis durch einseitige Erklärung gegenüber dem Vermieter einmal um fünf Jahre und unter bestimmten Voraussetzungen ein weiteres Mal um diesen Zeitraum zu verlängern. Nach Ablauf der Festmietzeit bzw. der letzten ausgeübten Option verlängert sich das Mietverhältnis um jeweils ein weiteres Jahr, sofern nicht eine der Parteien vorher widerspricht. Die monatliche Miete beträgt 60.000 € zzgl. USt.

3 Die Übergabe erfolgte am 31.5.2021.

4 Mit notariellen Urkunden vom 30.3.2021 sowie 12.1., 24.2. und 12.4.2022 bestellte die G. W. GbR zugunsten der Beteiligten eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, die unter einzeln bezeichneten auflösenden Bedingungen, insbesondere bei Beendigung des Mietverhältnisses erlischt. Sie wurde am 29.4.2022 im Grundbuch eingetragen.

5 Den Geschäftswert setzte das Grundbuchamt nach Einholung einer Stellungnahme des Bezirksrevisors mit Beschluss vom 1.8.2022, berichtigt durch Beschluss vom 29.8.2022, gemäß § 52 Abs. 2 Satz 1 GNotKG auf 14.637.000 € fest. Hiergegen wendet sich die Beteiligte als Kostenschuldnerin mit ihrer durch Anwaltsschriftsatz vom 19.8.2022 eingelegten Beschwerde, mit der sie unter Berufung auf einen Beschluss des Senats vom 14.2.2019 eine Festsetzung auf 8.568.000 € gemäß § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG begehrt. Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

II. Aus den Gründen:

6 Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

7 1. Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere gemäß § 83 Abs. 1 Satz 1 GNotKG statthaft. Der Senat entscheidet über sie gemäß § 83 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. § 81 Abs. 6 Satz 1 GNotKG durch den Einzelrichter.

8 2. In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg.

9 a) Der Wert einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit i.S.v. § 1090 BGB bestimmt sich gemäß § 52 Abs. 1 GNotKG nach deren objektivem Wert für den Berechtigten, der sich aus der Summe aller Leistungen oder Nutzungen während des Bestehens der Dienstbarkeit ergibt. Dieser Gesamtwert wird sodann durch die in den Abs. 2 bis 4 der Vorschrift genannten Höchstwerte begrenzt. Maßgeblich ist danach hier der Wert der Nutzungsgestaltung, deren Absicherung die Dienstbarkeit dient (Senat FGPrax 2019, 90/91).

10 b) Zur betragsmäßigen Bestimmung dieses Werts ist es sachgerecht, auf die Höhe der Gegenleistung abzustellen, die der Berechtigte für die mietvertraglich eingeräumte Nutzungsmöglichkeit zu zahlen bereit ist. Haben die an der Vereinbarung beteiligten Parteien gegenläufige wirtschaftliche Interessen, so kann bei Fehlen besonderer Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, dass die vereinbarte Vergütungshöhe dem objektiven Marktwert der Nutzungsberechtigung entspricht. Dabei ist der Bruttomietzins anzusetzen (Senat FGPrax 2019, 90/91; Korintenberg/Schwarz GNotKG, 22. Aufl. 2022, § 52 Rn. 58; NK-GK/Leiß, 3. Aufl. 2021, GNotKG § 52 Rn. 30).

11 c) Bei der Berechnung differenziert das Gesetz des weiteren, abgesehen von den hier offensichtlich nicht vorliegenden Nutzungs- und Leistungsrechten von unbeschränkter Dauer i.S.v. § 52 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, zwischen Rechten, die auf bestimmte Zeit beschränkt sind – § 52 Abs. 2 Satz 1 GNotKG – und solchen von unbestimmter Dauer – § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG. Bei ersteren entspricht der Wert dem auf die Dauer des Rechts entfallenden Wert, bei letzteren dem auf die ersten zehn Jahre entfallenden Wert. Vorliegend kommt nach der Ausgestaltung des dinglichen Rechts aufgrund der gebotenen Gesamtschau (Senat FGPrax 2019, 90/91) § 52 Abs. 2 Satz 1 GNotKG zur Anwendung. Anzusetzen ist folglich nicht der auf die ersten 10 Jahre, sondern der auf die Dauer des Rechts entfallende Wert.

12 Ein Recht ist auf eine bestimmte Zeit beschränkt i.S.v. § 52 Abs. 2 Satz 1 GNotKG, wenn seine Dauer feststeht (Senat FGPrax 2019, 90/91; Korintenberg/Schwarz § 52

Rn. 59). Ein Recht von unbestimmter Dauer i.S.v. § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG hingegen ist dadurch gekennzeichnet, dass seine Dauer ungewiss ist, sein Wegfall zu einem ungewissen Zeitpunkt aber feststeht (Senat FGPrax 2019, 90/91; Korintenberg/Schwarz § 52 Rn. 63; NK-GK/Leiß GNotKG § 52 Rn. 50). Vorliegend handelt es sich um eine Mischform dieser beiden Tatbestände, da für das Mietverhältnis, an dessen Bestand die Dienstbarkeit geknüpft ist, zunächst eine feste Laufzeit von 18 Jahren gilt, innerhalb der eine reguläre Beendigung nicht möglich ist, und sich das Mietverhältnis im Anschluss hieran auf letztlich unbestimmte Zeit verlängert, solange keine der Parteien widerspricht. Für eine solche Mischform gilt grundsätzlich § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG, allerdings mit der Maßgabe, dass mindestens der gemäß § 52 Abs. 2 Satz 1 GNotKG auf die feste Laufzeit entfallende Wert anzusetzen ist (BayObLGZ 1990, 32/34; OLG Stuttgart JurBüro1990, 1494 jeweils zu § 24 KostO a.F.; Korintenberg/Schwarz § 52 Rn. 64; NK-GK/Leiß GNotKG § 52 Rn. 43). Denn der Wert eines Rechts von unbestimmter Dauer ist nur deshalb auf den auf die ersten zehn Jahre entfallenden Wert beschränkt, weil ein solches Recht auch schon nach kurzer Zeit aufgehoben werden kann. Im Falle einer bestimmten Mindestlaufzeit besteht diese Möglichkeit jedoch nicht. Es wäre überdies widersprüchlich, ein Recht, das auf 18 Jahre eingeräumt wird, höher zu bewerten als ein solches, das eine Mindestlaufzeit in derselben Höhe aufweist und darüber hinaus sogar noch verlängert werden kann. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt von der Konstellation, die dem Beschluss des Senats vom 14.2.2019 zugrundelag, auf den sich die Beteiligte beruft. Denn dort lag die Mindestdauer mit drei Jahren unter der Zehnjahresgrenze des § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG, weshalb das betreffende Recht als ein solches von unbestimmter Dauer einzustufen war (Senat FGPrax 2019, 90/91). Hier überschreitet die Mindestdauer mit 18 Jahren dagegen diese Grenze, was aus den oben genannten Gründen zur Anwendung des § 52 Abs. 2 Satz 1 GNotKG führt.

Zum Umfang der notariellen Ermittlungs- und Belehrungspflicht beim Verkauf eines Erbbaurechts.

BNotO § 19; BeurkG § 17

Amtlicher Leitsatz:

Ein Notar hat die Urkundsbeteiligten auf der Grundlage

des Vertrages zur Bestellung des Erbbaurechts über den für den Kauf bedeutsamen Inhalt dieses Rechts zu belehren. Geht der Käufer davon aus, nach dem Erbbaurecht auch das Eigentum an dem Grundstück erwerben zu können, kann eine unzureichende notarielle Belehrung über den Inhalt des Erbbaurechts für den Entschluss zum Erwerb des Erbbaurechts nicht (mehr) kausal sein.

OLG Hamm (11. Zivilsenat),

Urteil vom 04.02.2022 – 11 U 124/18

I. Tatbestand:

1 Die Klägerin begehrt gegenüber dem Beklagten die Feststellung seiner Schadenersatzverpflichtung dem Grunde nach für sämtliche Schäden, die ihr infolge von behaupteten Amtspflichtverletzungen des Beklagten als Notar anlässlich einer am 07.06.2013 vorgenommenen Beurkundung eines Kaufvertrages über ein Erbbaurecht entstanden sind und noch entstehen werden.

2 Die Klägerin suchte ein zum Erwerb stehendes Einfamilienhaus in F, welches sie gemeinsam mit ihrem Lebensgefährten, dem Zeugen G, sowie der gemeinsamen Tochter bewohnen wollte. Die Klägerin war und ist als Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht in einer Kanzlei in B. tätig. Der Zeuge G betreibt als niedergelassener Rechtsanwalt eine Kanzlei in F.

3 Bei ihrer Suche wurde die Klägerin bereits im Jahr 2012 auf das Objekt Hstraße 0 in F-I aufmerksam. Es handelt sich um ein mit einem Einfamilienhaus bebautes Erbbaurechtsgrundstück. Das Erbbaurecht wurde mit notariellem Vertrag des Notars J vom 19.06.1979 (UR-Nr. .../1979) bestellt. Eigentümer des Grundstücks und Erbbaurechtsgeber ist K. Begünstigte Erbbaurechtsnehmer waren vor dem Verkauf durch die im vorliegenden Rechtsstreit streitgegenständliche Beurkundung die unbekanntenen Erben der am 00.00.2011 verstorbenen Eheleute L, wobei für den Nachlass durch das Amtsgericht Münster eine Nachlasspflegschaft angeordnet und Rechtsanwalt M aus F zum Nachlasspfleger bestellt worden war.

4 Erste Verhandlungen der Klägerin mit dem Nachlasspfleger blieben erfolglos, weil nach Darstellung der Klägerin keine Einigung über den Kaufpreis erzielt werden konnte. Die Klägerin besichtigte im Zusammenhang mit ihrer Interessenbekundung das Objekt und erhielt ein Verkehrswertgutachten des Sachverständigenbüros N vom 07.05.2012 ausgehändigt, welches den Verkehrswert des Erbbaurechts mit 200.000,- € und einen Renovierungsaufwand für das Gebäude von geschätzt 26.000,- € auswies.

5 Am 14.02.2013 wurde zugunsten eines anderen Interessenten durch den Notar O aus F ein Kaufvertrag über das

Erbbaurecht zu einem Kaufpreis von 140.000,- € (Urkundenrolle Nr. .../2013 des Notars O) beurkundet.

6 Nachdem der Zeuge G von dem Umstand, dass ein anderer Erwerber das Objekt unterhalb des in dem Wertgutachten angesetzten Verkehrswertes für 140.000,- € erworben hatte, Kenntnis erlangt hatte, setzten sich die Klägerin und ihr Lebensgefährte erneut mit dem Nachlassverwalter in Verbindung. Die Klägerin bot jetzt 160.000,- € für den Erwerb des Erbbaurechts. Da sie beabsichtigte, auch das Eigentum an dem Grundstück zu erwerben, nahm sie Kontakt zu dem Eigentümer auf, um mit ihm über den Erwerb auch des Eigentums zu verhandeln. Nach dem Gespräch mit dem Eigentümer hegte sie die Erwartung, nach dem Erwerb des Erbbaurechts zeitnah auch das Eigentum an dem Grundstück erwerben zu können.

7 Die Klägerin beauftragte den Beklagten mit der Vorbereitung der Kaufvertragsurkunde für den Kauf des Erbbaurechts. Hierzu übersandte der Beklagte der Klägerin und dem Nachlasspfleger mit Schreiben vom 29.05.2013 einen Vertragsentwurf.

8 In dem Entwurf heißt es unter § 2 wie folgt:

„Dem Käufer ist der Erbbaurechtsvertrag vom 19.06.1979 [...] bekannt; er hat eine entsprechende Kopie der Urkunde erhalten. Auf erneutes Verlesen und Beifügen dieses Erbbaurechtsvertrages zu der heutigen Urkunde wurde jedoch allseits verzichtet. Der Käufer übernimmt sämtliche Rechte und Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag mit Wirkung ab Besitzübergang, so dass der Verkäufer vom Zeitpunkt des Besitzüberganges an von diesen Verpflichtungen freigestellt ist.“

9 Der in dem Kaufvertrag in Bezug genommene Erbbaurechtsvertrag enthält in § 6 eine Instandhaltungsverpflichtung des Erbbauberechtigten. § 6 Abs. 2 S. 2 regelt, dass erforderliche Ausbesserungen und Erneuerungen stets unverzüglich vorzunehmen sind, Satz 3, dass die Gebäude nach (teilweiser) Zerstörung durch Brand oder aufgrund sonstiger Einwirkungen sofort wiederherzustellen sind. In § 13 ist u.a. der Heimfall in lit. c) für den Fall vorgesehen, dass der Erbbauberechtigte die Gebäude nicht nach Zerstörung durch Brand innerhalb angemessener Frist wiederherstellt und in lit d) für den Fall, dass die Gebäude nicht gem. § 6 versichert oder nicht ordnungsgemäß unterhalten werden. § 14 bestimmt zudem, dass im Falle des Heimfalles die errichteten Bauwerke in Höhe von 2/3 des gemeinen Wertes entschädigt werden.

10 Der Beklagte beurkundete am 07.06.2013 den Kaufvertrag zwischen der Klägerin und dem Nachlasspfleger handelnd für die unbekanntes Erben. Der Beklagte hatte den Erbbaurechtsvertrag vor Beurkundung nicht beigezogen und die Klägerin über den Inhalt und die rechtliche Tragweite des Erbbaurechtsvertrages nicht belehrt.

11 In Abweichung zu dem übersandten Vertragsentwurf wurde in dem Beurkundungstermin in § 6 Abs. 4 des Kaufvertrages auf Initiative des Nachlasspflegers der ursprüngliche Passus „Der problematische Bauzustand ist dem Käufer bekannt“ durch folgenden Zusatz ergänzt: „Insbesondere ist das Dach undicht, Feuchtigkeit im Keller, Wasserschaden“. Aus § 1 des Kaufvertrages ergibt sich, dass der Notar das Grundbuch unmittelbar vor der Beurkundung nicht eingesehen hat, die Erschienenen nach Belehrung über die damit verbundenen Gefahren gleichwohl auf der sofortigen Beurkundung des Geschäfts bestanden hätten.

12 Der bereits am 14.02.2013 beurkundete Kaufvertrag des anderen Interessenten wurde lt. Beschluss des Amtsgerichts – Nachlassgericht – Münster vom 13.06.2013 (69 VI 98/12) wegen des nunmehr vorliegenden höheren Kaufpreisgebotes der Klägerin nicht genehmigt.

13 Nach Genehmigung des Kaufvertrags vom 07.06.2013 durch das Nachlassgericht wurde die Klägerin im Oktober 2013 als Erbbauberechtigte in das Grundbuch eingetragen. Nachfolgend verhandelte sie mit dem Grundstückseigentümer über den von ihr beabsichtigten und erwarteten Erwerb des Eigentums an dem Grundstück. Die Verhandlungen scheiterten im Mai 2017 an auseinanderliegender Kaufpreisvorstellungen. Der Klägerin ist es auch in der Folgezeit nicht gelungen, sich mit dem Eigentümer auf einen Erwerb des Grundstücks zu verständigen. Inzwischen macht der Grundstückseigentümer den Heimfallanspruch gegen die Beklagte gerichtlich geltend (Landgericht Münster, 2 O 196/21).

14 Die Klägerin hat erstinstanzlich behauptet, dass die aus dem Vertragsentwurf in den Kaufvertrag übernommenen Angaben teilweise unzutreffend seien und nicht in vollem Umfang ihren Vorstellungen entsprochen hätten.

15 Die unter § 2 des Vertrages getroffene Feststellung, wonach ihr eine Kopie des Erbbaurechtsvertrages vorliege und ihr der Inhalt bekannt sei, sei unzutreffend. Sie, die Klägerin, sei im Zeitpunkt der Beurkundung weder im Besitz einer Kopie des Erbbaurechtsvertrages gewesen noch habe sie Kenntnis von dessen Inhalt gehabt. Der Erbbaurechtsvertrag sei ihr erstmals auszugsweise vom Verwalter des Eigentümers im Jahre 2015 und vollständig durch den Notar J mit Schreiben vom 19.02.2016 übersandt worden. Ihr Lebensgefährte, der Zeuge G, habe den Beklagten noch vor der Beurkundung in einem am Montag, den 03.06.2013, geführten Telefonat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ihnen der Erbbaurechtsvertrag nicht vorliege. Der Beklagte habe sie vor der Beurkundung – was unstreitig ist – zudem nicht über die Regelungen des notariellen Erbbaurechtsvertrages, die dort geregelte Instandsetzungsverpflichtung und den Heimfallanspruch belehrt.

16 In dem am 03.06.2013 geführten Telefonat habe der Zeuge G dem Beklagten zudem mitgeteilt, dass sie, die

Klägerin, eine Übernahme der Grundpfandrechte wünsche und ein Interesse daran habe, die in dem Vertragsentwurf erwähnten grundbuchlichen Lasten zur Absicherung ihrer Position zu übernehmen. Dies habe der Beklagte bei der Vertragsgestaltung nicht berücksichtigt.

17 Ferner habe der Beklagte entgegen § 1 des Kaufvertrags nicht über die Gefahren belehrt, die mit der fehlenden Einsicht des Notars in das Grundbuch unmittelbar vor der Beurkundung verbunden seien.

18 Schließlich sei sie von dem Beklagten nicht über die Risiken des in dem Beurkundungstermin in § 6 Abs. 4 des Kaufvertrags aufgenommenen Zusatzes aufgeklärt worden. Sie sei trotz des Umstands, dass sie als Rechtsanwältin tätig sei, zu belehren gewesen, weil sie ausschließlich im Arzthaftungsrecht praktiziere und sich mit Grundstücksgeschäften nicht ausgekannt habe.

19 Hätte sie von der Instandhaltungsverpflichtung und dem Heimfallanspruch im Erbbaurechtsvertrag Kenntnis gehabt und wäre sie hierüber von dem Beklagten sachgerecht belehrt worden, hätte sie das Erbbaurecht nicht erworben. Einem Risiko, einerseits in das erworbene Objekt zu investieren, andererseits aber – zumindest bis zum Abschluss der Arbeiten – nicht sicher sein zu können, das Objekt auch tatsächlich zu behalten und bewohnen zu können, hätte sie sich nicht ausgesetzt. Inzwischen habe sie allein für die Trocknung der Nord- und Ostseite des Gebäudes mehr als 50.000,00 € aufgewendet. Aufgrund des Mehraufwands sei es zu erheblichen Verzögerungen beim Fortschritt der Arbeiten gekommen. Der Grundstückseigentümer habe ihr unter Bezugnahme auf den Erbbaurechtsvertrag eine Frist zur Durchführung der Arbeiten gesetzt und die Geltendmachung des Heimfallanspruchs angedroht. Im Falle des Heimfalls entstehe ihr ein Schaden, da nicht damit zu rechnen sei, dass sie den Kaufpreis und die bisher getätigten Aufwendungen vollständig zurückerhalte.

20 Die Klägerin hat beantragt, festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche Schäden zu ersetzen, die ihr aus und im Zusammenhang mit dem Abschluss und der Beurkundung des Kaufvertrags über ein Erbbaurecht vom 07.06.2013, Urk.Nr. .../2013 E, beurkundet durch den Beklagten, entstanden sind und noch entstehen werden.

21 Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

22 Der Beklagte hat erstinstanzlich die Ansicht vertreten, dass bereits kein Feststellungsinteresse bestehe. Die Klägerin könne sich erfolgreich auf die Verjährung des Heimfallanspruchs berufen. Ferner habe er, der Beklagte, keine Pflichtverletzung begangen. Aufgrund der Unterschrift der Klägerin unter den notariellen Vertrag habe er darauf vertrauen dürfen, dass die Klägerin als erfahrene Rechts-

anwältin keine unrichtige Erklärung im Hinblick auf die Kenntnis des Erbbaurechtsvertrages abgegeben und den Vertrag erhalten habe. Es habe aufgrund der gerechtfertigten Annahme, der Klägerin liege der Erbbaurechtsvertrag vor, und des Umstands, dass es sich bei der Klägerin um eine erfahrene Rechtsanwältin handele, keiner weitergehenden Belehrung bedurft. Im Übrigen sei es Sache der Klägerin gewesen, den Erbbaurechtsvertrag vor Unterzeichnung des notariellen Kaufvertrages anzufordern.

23 Eine Abänderungsmöglichkeit des Vertrages im Hinblick auf die Grundpfandrechte habe nicht bestanden, da der Nachlasspfleger vorgegeben habe, den Vertrag so auszugestalten, wie der Vertrag des Notars O formuliert worden sei. Hier habe kein Spielraum bestanden.

24 Einer Belehrung über die Risiken der unter § 6 Abs. 4 des Vertrags aufgenommenen Erklärung über bestehende Mängel habe es nicht bedurft, weil es sich bei der Klägerin um eine erfahrene Rechtsanwältin handele. Zudem habe er über die Gefahren, die mit der fehlenden Grundbucheinsicht verbunden seien, belehrt.

25 Der Beklagte behauptet schließlich, der Klägerin wäre es bei zügiger und ordnungsgemäßer Beauftragung und Durchführung der erforderlichen Instandhaltungsarbeiten möglich gewesen, das Objekt innerhalb von 3 Jahren fertigzustellen. Hätte die Klägerin die Arbeiten zügig erledigt, wäre sie dem Heimfallanspruch nicht ausgesetzt.

26 Das Landgericht hat die Klage nach Anhörung der Parteien abgewiesen. Die zulässige Klage sei unbegründet. Ein Feststellungsinteresse bestehe, weil für die Klägerin wegen der Ankündigung des Grundstückseigentümers, den Heimfallanspruch geltend machen zu wollen, eine Unsicherheit im Hinblick auf den dauerhaften Erwerb des Erbbaurechts bestehe. Zudem mache die Klägerin geltend, sie habe von einem Erwerb des Erbbaurechts bei Kenntnis der mit einem Heimfallanspruch sanktionierten Instandhaltungsverpflichtung abgesehen, weshalb ihr durch die getätigten Investitionen ein Schaden entstanden sei und bei Ausübung des Heimfallanspruchs ein weiterer Schaden drohe. Die Klage sei indes unbegründet. Soweit der Beklagte nicht über die Wirkungen des Zusatzes unter § 6 Abs. 4 des Vertrags aufgeklärt habe, wonach der Klägerin die Undichtigkeit des Dachs, Feuchtigkeitsschäden und ein Wasserschaden im Keller bekannt sei, liege schon keine notarielle Amtspflichtverletzung vor, da die Klägerin und ihr Lebensgefährte sachkundig gewesen seien. Dahinstehen könne, ob dem Beklagten eine Amtspflichtverletzung vorzuwerfen sei, indem er den Kaufvertrag beurkundet habe, ohne dass ihm der Erbbaurechtsvertrag bekannt gewesen sei. Insoweit fehle es an der Kausalität einer angenommenen Amtspflichtverletzung für den behaupteten Schaden. Die Klägerin habe den Kaufvertrag unterschrieben, obgleich in dessen § 2 ausdrücklich auf

den Erbbaurechtsvertrag verwiesen werde. Wenn die Klägerin diesen Vertrag nicht gekannt habe, könne aus ihrem Verhalten nur der Schluss gezogen werden, dass es ihr auf die konkreten Regelungen in dem Erbbaurechtsvertrag, die ohnehin den gewöhnlichen Regelungen eines Erbbaurechtsvertrages entsprächen, nicht angekommen sei und sie auf die Kenntnisnahme des Vertrags verzichtet habe. Aus diesem Grunde sei die Klägerin nicht schutzbedürftig. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus den Angaben der Klägerin in der mündlichen Verhandlung, nach denen sie ihrem Lebensgefährten die Anbahnung und Abwicklung des Vertrags überlassen habe und davon ausgegangen sei, die maßgeblichen Unterlagen hätten ihm vorgelegen. Wenn sie auf den Rat des Zeugen G den Vertrag „blind“ unterschrieben habe, ohne sich über die die Regelungen im Einzelnen zu informieren, sei nicht ersichtlich, wie die Unkenntnis über den Inhalt des Erbbaurechtsvertrags kausal für den Vertragsschluss gewesen sein solle. Da der geltend gemachte Anspruch bereits an der fehlenden Kausalität zwischen einer möglichen Amtspflichtverletzung und dem behaupteten Schaden scheitere, komme es auf weitere Fragen, insbesondere auf ein Mitverschulden der Klägerin nicht mehr an. Wenn die Klägerin als Rechtsanwältin und jemand, der über fundierte Rechtskenntnisse verfüge, aber einen Vertrag in Unkenntnis seiner Bestandteile unterschreibe, wäre auch von einem überwiegenden, wenn nicht gar anspruchsausschließenden Mitverschulden auszugehen.

27 Gegen dieses Urteil richtet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie wendet sich gegen die Annahme des Landgerichts, der Inhalt des Erbbaurechtsvertrags sei ihr bei Unterzeichnung des Kaufvertrags gleichgültig gewesen. Etwas anderes ergebe sich schon daraus, dass der Zeuge G den Beklagten telefonisch ausdrücklich auf das Fehlen des Vertrags aufmerksam gemacht habe. Dagegen spreche auch nicht der Umstand, dass das Landgericht ohne Begründung unterstelle, der Erbbaurechtsvertrag enthalte die gewöhnlichen Regelungen. Dies habe sie ohne Kenntnis des Vertrags nicht wissen können. Im Übrigen seien die Regelungen nicht gewöhnlich, da sie durch die Bestimmung, dass Veränderungen der Gebäude der Genehmigung des Eigentümers bedürften und der Entschädigungsanspruch im Fall des Heimfalls um 1/3 gekürzt werde, erheblich benachteiligt werde. Der Umstand, dass sie in ihrer persönlichen Anhörung angegeben habe, dass der Zeuge G in einem Telefonat ihr gegenüber bestätigt habe, dass „alles in Ordnung sei“, stehe dem ebenfalls nicht entgegen. Das Landgericht habe nicht berücksichtigt, dass sie geglaubt habe, dass der Erbbaurechtsvertrag ihrem Lebensgefährten vorgelegen habe. Entscheidend sei, dass der Beklagte nach dem Telefonat mit dem Zeugen G positiv gewusst habe, dass ihr der

Erbbaurechtsvertrag nicht vorliege und nicht bekannt sei. Hätte sie den Inhalt des Erbbaurechtsvertrags gekannt, hätte sie den Kaufvertrag nicht unterzeichnet. Auch aus den Verhandlungen über den Eigentumserwerb könne nicht geschlossen werden, dass ihr der Inhalt des Erbbaurechts gleichgültig gewesen sei. Es sei keineswegs gesichert gewesen, dass sich die Eigentumserwerbsabsichten verwirklichen ließen. Auch wenn sie ihrerseits den Eindruck gewonnen habe, sie könne das Eigentum erwerben, ändere dies nichts daran, dass keine Verpflichtung des Eigentümers zur Übertragung des Eigentums bestanden habe.

28 Die Erwägungen des Landgerichts zur Frage eines überwiegenden oder anspruchsausschließenden Mitverschuldens seien nicht tragfähig. Es fehle an einer Begründung, weshalb die Klägerin oder ihr Lebensgefährte über besondere Kenntnisse im Erbbaurecht verfügen sollten. Außerdem könne nicht darauf abgestellt werden, dass sie den Vertrag bewusst ohne Kenntnis des Erbbaurechtsvertrags unterzeichnet habe, da sie davon ausgegangen sei, dass der Vertrag ihrem Lebensgefährten vorgelegen habe.

29 Die Klägerin rügt zudem, dass das Landgericht auf die unterbliebene Belehrung über die Folgen der unterlassenen Grundbucheinsicht nicht eingehe. Bezüglich der nicht erfolgten Übernahme der Grundschulden sei zumindest eine Mitursächlichkeit gegeben. Entgegen dem angefochtenen Urteil sei der Beklagte auch verpflichtet gewesen, sie gesondert über die Ergänzungen der Gewährleistungsausschlusses zu belehren, weil sie als Rechtsanwältin ausschließlich auf dem Gebiet des Medizinrechts tätig sei. Auch diese Pflichtverletzung sei zumindest mitursächlich für den entstandenen Schaden.

30 Der Senat hat auf Antrag des Beklagten mit Versäumnisurteil vom 08.10.2021 die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Einzelrichters der 15. Zivilkammer des Landgerichts Münster vom 24.09.2018 (015 O 198/16) zurückgewiesen und der Klägerin die Kosten der Berufung auferlegt. Gegen das der Klägerin am 13.10.2021 zugestellte Versäumnisurteil hat sie mit am 25.10.2021 eingegangenen Schriftsatz vom selben Tage Einspruch eingelegt.

31 Die Klägerin beantragt, das Versäumnisurteil vom 08.10.2021 (I-11 U 124/18) aufzuheben und unter Abänderung des angefochtenen Urteils festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche Schäden zu ersetzen, die ihr aus und im Zusammenhang mit dem Abschluss und der Beurkundung des Kaufvertrags über ein Erbbaurecht vom 07.06.2013 (Urk.Nr. .../2013 E), beurkundet durch den Beklagten, entstanden sind und noch entstehen werden.

32 Der Beklagte beantragt, das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten.

33 Er verteidigt das Ergebnis der angefochtenen Entscheidung. Nach dem von der Klägerin geschilderten Verhalten des Zeugen G liege auf der Hand, dass diesem der Erbbaurechtsvertrag vor Unterzeichnung des Kaufvertrages vorgelegen haben müsse. Entgegen dem Vortrag der Klägerin belege das angebliche Telefonat zwischen ihrem Lebensgefährten und ihm, dem Beklagten, vom 03.06.2013 nicht, dass es der Klägerin auf die Kenntnis des zugrunde liegenden Vertrages angekommen sei. Hätte der Lebensgefährte tatsächlich gegenüber dem Beklagten moniert, dass der Erbbaurechtsvertrag nicht vorliege, könne seine unstreitige Erklärung gegenüber der Klägerin, es sei alles in Ordnung und besprochen, diese solle den Vertrag unterschreiben, nur dahingehend verstanden werden, dass es der Klägerin eben doch nicht auf diesen Erbbaurechtsvertrag ankomme. Dafür spreche auch, dass die Klägerin beabsichtigt habe, das Eigentum an dem Grundstück zu erwerben und die Verhandlung mit dem Eigentümer weit gediehen gewesen seien. Der Inhalt des Erbbaurechtsvertrages sei aufgrund der Erwartungshaltung der Klägerin, das Eigentum erwerben zu können, für die Klägerin nicht relevant gewesen.

34 Der Senat hat die Parteien persönlich angehört und den Zeugen G vernommen. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und der Zeugenvernehmung wird auf den Berichtstattervermerk zur Sitzung vom 12.11.2021 verwiesen.

35 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil sowie die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen verwiesen.

▶ II. Aus den Gründen:

36 Die zulässige Berufung ist unbegründet.

37 1. Über die Feststellungsklage kann der Senat in der Sache entscheiden. Gegenstand des Feststellungsbegehrens der Klägerin ist die Schadenersatzpflicht des Beklagten aus einer Verletzung der von der Klägerin beanstandeten Amtspflichten.

38 Ob die Klägerin insoweit für das gem. § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Entstehung einer Vermögensgefährdung substantiiert dargetan hat, die auf einer der behaupteten Verletzungshandlungen beruht, kann im Ergebnis dahinstehen. Für die Wahrscheinlichkeit eines der Klägerin drohenden Schadens spricht, dass die Klägerin, die in Kenntnis und bei zutreffender Belehrung über den Inhalt und die Auswirkungen der Heimfall- und Werersatzklausel in §§ 13, 14 des Erbbaurechtsvertrages vom 19.06.1979 von dem Kaufvertrag Abstand genommen haben will, sich nunmehr, nachdem sie das Erbbaurecht erworben hat, der Gefahr ausgesetzt sieht, bei Durch-

setzung eines Heimfallanspruchs durch den Eigentümer lediglich in Höhe von 2/3 des gemeinen Wertes der errichteten Bauwerke entschädigt zu werden und nicht den vollen Gegenwert für die in die Renovierung des Gebäudes investierte Summe zu erhalten. Diese Nachteile würden ihr nicht drohen, wenn sie sich auf den Vertrag nicht eingelassen hätte.

39 Der abschließenden Bewertung des Feststellungsinteresses bedarf es aus prozessualer Sicht indes nicht, wenn die Klage – wie hier – als unbegründet der Abweisung unterliegt. Lediglich für die stattgebende Feststellungsklage ist das Feststellungsinteresse ausnahmslos erforderlich (vgl. *Becker-Eberhard*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 256, Rn. 38 m.w.N.; OLG Hamm, Urte. v. 02.02.2011 – 11 U 218/10, JurisTz. 21).

40 2. Die Feststellungsklage ist unbegründet. Der Klägerin steht gegen den Beklagten kein Anspruch auf Schadenersatz aus § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO wegen Amtspflichtverletzungen anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrages über das Erbbaurecht vom 07.06.2013 zu.

41 Der Beklagte hat zwar im Zuge der Beurkundung die ihm aus § 17 Abs. 1 BeurkG obliegenden Aufklärungs- und Belehrungspflichten verletzt (vgl. a). Jedoch kann der Senat nicht mit der erforderlichen hinreichenden Wahrscheinlichkeit gem. § 287 ZPO feststellen, dass der Klägerin durch diese Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist (vgl. b). Weitere für einen Schaden kausale Pflichtverletzungen des Beklagten sind nicht gegeben (c).

42 a) Der Beklagte hat gegen die Sachverhaltsaufklärungspflicht (aa) sowie die Pflicht zur Belehrung über die rechtliche Tragweite des beabsichtigten Geschäfts aus § 17 Abs. 1 S. 1 und 2 BeurkG (bb) verstoßen, indem er es unterlassen hat, den Erbbaurechtsvertrag anzufordern, einzusehen und auf seine Relevanz hin zu überprüfen sowie die Klägerin über den bedeutsamen Inhalt in Kenntnis zu setzen und zu belehren.

43 aa) Der Beklagte hat zunächst gegen die Sachverhaltsaufklärungspflicht aus § 17 BeurkG verstoßen.

44 Der beurkundende Notar hat im Vorfeld der Beurkundung die Pflicht, darauf hinzuwirken, dass der zugrunde liegende Sachverhalt geklärt wird, vorgelegte Unterlagen auf ihre Relevanz zu sichten, und, soweit ein konkreter Anlass besteht, Vertragsurkunden anzufordern und dahingehend durchsehen, ob sich daraus relevante Tatsachen für das zu beurkundende Geschäft ergeben. Ausgangspunkt der Pflicht zur Klärung des Sachverhalts sind die für das beantragte Rechtsgeschäft üblicherweise relevanten Regelungsgegenstände (*Regler*, in: beck-online Grosskommentar, Stand: 01.12.2021, § 17 BeurkG, Rn. 27).

45 In Anwendung dieser Grundsätze war der Beklagte zunächst verpflichtet, vor der Beurkundung des Vertrages über den Kauf des Erbbaurechts den in dem von ihm er-

stellten Vertragsentwurf in § 2 benannten Erbbaurechtsvertrag vom 19.06.1979 auszuwerten und ihn hierfür entweder von dem seinerzeit beurkundenden Notar J anzufordern oder sich diesen von den Beteiligten vorlegen zu lassen. Das vorzubereitende Rechtsgeschäft gab Veranlassung zu der Prüfung, ob die in dem notariellen Vertrag über die Begründung des Erbbaurechts enthaltenen Regelungen Einfluss auf den Inhalt des zu beurkundenden Kaufvertrags haben konnten. Die dem Beklagten obliegende Verpflichtung ergab sich zum einen daraus, dass der Beklagte gehalten war, die wirksame Bestellung des Erbbaurechts zu überprüfen. Zudem konnte der Beklagte die rechtliche Reichweite des in § 2 Abs. 3 des Vertrages vorgesehenen Eintritts der Klägerin in sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Erbbaurechtsvertrag mit Wirkung ab Besitzübergang nur dann hinreichend überblicken, wenn er den Inhalt des Erbbaurechtsvertrages kannte.

46 bb) Zudem hat der Beklagte gegen die aus § 17 Abs. 1 BeurkG folgende Pflicht, über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren, verstoßen, indem er die Klägerin nicht über den für den Kauf des Erbbaurechts bedeutsamen Inhalt des Erbbaurechtsvertrages aufgeklärt hat.

47 Der Notar hat die Pflicht, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren (*Müller-Engels*, in: beck-online Grosskommentar, Stand: 01.12.2021, § 17 BeurkG, Rn. 32). Zur rechtlichen Tragweite eines Rechtsgeschäfts gehören insbesondere der wesentliche Inhalt des beabsichtigten Geschäfts sowie die unmittelbaren Rechtsfolgen des zu beurkundeten Rechtsgeschäfts (BGH, Urt. v. 02.06.2005 – III ZR 306/04, JurisTz. 10; OLG Hamm Urt. v. 01.06.2012 – 11 U 45/11, JurisTz. 21). Die unmittelbaren Rechtsfolgen des Erwerbs eines Erbbaurechts ergeben sich neben dem Kaufvertrag aufgrund der unterschiedlichen Möglichkeiten zur Regelung von Rechten und Pflichten des Erbbaurechtsnehmers vor allem aus dem jeweiligen Erbbaurechtsvertrag.

48 Nach diesen Maßstäben war es die Pflicht des Beklagten, die Klägerin über die in dem Erbbaurechtsvertrag geregelten Rechte und Pflichten zu belehren (vgl. BGH, Urt. v. 02.06.2005 – III ZR 306/04, JurisTz. 10 ff.; OLG Hamm, Urt. v. 01.06.2012 – 11 U 45/11, JurisTz. 21 ff.). Denn nur so war es für die Klägerin möglich, die rechtliche Reichweite der Eintrittsklausel des § 2 Abs. 3 des zu beurkundenden Vertrages überblicken zu können. Dabei war der Beklagte gehalten, die Klägerin über den Inhalt des in dem Erbbaurechtsvertrag individualvertraglich geregelten Heimfalls zu belehren. Die Möglichkeit, den Heimfallanspruch des Grundstückseigentümers gem. §§ 2 Nr. 4, 3 ErbbauRG in einer Weise individualvertraglich zu gestalten, dass er auch vor Ablauf der Erbbaurechtsbestellung geltend gemacht werden kann, ist dem Erwerber eines Erbbaurechts häufig unbekannt. Deswegen besteht für den beur-

kundenden Notar Anlass, über den konkreten Inhalt und die rechtliche Reichweite eines Heimfalls zu belehren, um den Käufer vor einem unerwarteten Schaden zu bewahren (vgl. BGH, Urt. v. 19.01.1982 – VI ZR 182/80, JurisTz. 9). **49** Die Klägerin war auch trotz des Umstands, dass sie als Rechtsanwältin praktiziert, in diesem Punkt belehrungsbedürftig. Es ist zwar anerkannt, dass derjenige keiner notariellen Belehrung bedarf, der sich über die rechtliche Tragweite der Erklärungen und den damit verbundenen Risiken vollständig im Klaren ist und die konkrete Vertragsgestaltung gleichwohl ernsthaft will (*Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, 7. Aufl., § 17 BeurkG, Rn. 26 m.w.N.). Eine solche Ausnahme kommt auch bei einer Rechtsanwältin indes nur dann in Betracht, wenn diese unter Hinweis auf ihre berufliche Stellung erklärt, mit den konkret in Rede stehenden Rechtsfragen vertraut zu sein (vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 05.04.1995 – 1 U 49/94, Leitsatz bei Juris, Gründe abgedruckt in: DNotZ 1996, 128, 129). Umstände, die diese Ausnahmesituation begründen, hat der darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (vgl. *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, 7. Aufl., § 17 BeurkG, Rn. 26 m.w.N.) indes weder vorgetragen noch sind diese ersichtlich. Insbesondere handelt es sich bei der Gestaltung von Erbbaurechtsverträgen im Hinblick auf die Regelungsmöglichkeiten eines Heimfalls auch nicht um eine jedem Rechtsanwalt geläufige Rechtsmaterie. Die Belehrungsbedürftigkeit ergibt sich – wie bereits ausgeführt – zudem daraus, dass erst eine Kenntnis von dem konkreten Inhalt der vertraglichen Regelungen ein vollständiges Erfassen der zu übernehmenden Rechte und Pflichten ermöglicht.

50 b) Trotz der pflichtwidrig unterbliebenen Sachverhaltsaufklärung und Belehrung der Klägerin über die rechtliche Tragweite des Rechtsgeschäfts kann die Klägerin von dem Beklagten keinen Schadensersatz verlangen. Der Senat kann nicht mit der gem. § 287 ZPO erforderlichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit feststellen, dass der Klägerin ein Schaden entstanden ist, der auf der dem Beklagten anzulastenden Pflichtverletzung beruht.

51 aa) Ob ein geltend gemachter Schaden im Sinne des § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO aus der Amtspflichtverletzung entstanden ist, richtet sich danach, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten genommen hätten und wie sich die Vermögenslage des Betroffenen darstellen würde, wenn der Notar die Pflichtverletzung nicht begangen hätte. Sofern einem Notar – wie hier – die pflichtwidrige Unterlassung der Aufklärung des Parteiwillens und einer darauf bezogenen Erörterung im Beurkundungstermin angelastet wird, muss untersucht werden, wie die Dinge beim Hinzudenken gerade dieser unterlassenen Handlungen verlaufen wären (vgl. *Sandkühler*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 7. Aufl. 2012, § 19, Rn. 136).

Weil die Beantwortung der damit zusammenhängenden Fragen den Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität betrifft, braucht die Klägerin als Anspruchstellerin wegen des insoweit herabgesetzten Beweismaßes des § 287 ZPO lediglich darzulegen und zu beweisen, dass der Schaden mit deutlich überwiegender Wahrscheinlichkeit bei pflichtgemäßer Vorgehensweise ausgeblieben wäre (OLG Hamm, Urt. v. 10.02.2010 – 11 U 273/09, JurisTz. 48). **52 bb)** Den Nachweis einer für einen Schaden kausalen Pflichtverletzung hat die Klägerin nach diesen Maßstäben nicht erbringen können.

53 Nach dem Ergebnis der Anhörung der Klägerin sowie der Vernehmung des Zeugen G durch den Senat ist es zwar möglich, dass die Klägerin lediglich aufgrund einer aus ihrer Sicht unglücklichen Verkettung von Umständen – insbesondere einer defizitären Kommunikation zwischen ihr und ihrem Lebensgefährten – irrig davon ausgegangen ist, dass der Erbbaurechtsvertrag ihrem Lebensgefährten vorgelegen hat und sie in Kenntnis des Vertragsinhalts, insbesondere des dort geregelten Heimfalls, den Kaufvertrag nicht unterschrieben hätte.

54 Ebenso denkbar ist indes, dass der Inhalt des Erbbaurechtsvertrages für die Klägerin aufgrund des beabsichtigten und von ihr erwarteten Eigentumserwerbs, den sie aufgrund der zuvor mit dem Grundstückseigentümer geführten Gespräche zeitnah nach Erwerb des Erbbaurechts umzusetzen zu können glaubte, für die Kaufentscheidung nicht entscheidend und damit eine fehlende Aufklärung und Belehrung über den Inhalt und die rechtlichen Auswirkungen nicht kausal war.

55 Dieses aus Sicht des Senats bestehende non liquet geht zu Lasten der beweisbelasteten Klägerin.

56 (1.) Die Klägerin hat schriftsätzlich behauptet, bei ordnungsgemäßer Belehrung über den Inhalt des Erbbaurechtsvertrages und insbesondere der rechtlichen Tragweite des in § 13 geregelten Heimfallanspruches sowie der Entschädigungsregelung in § 14 des Erbbaurechtsvertrages, wonach die errichteten Gebäude im Heimfall mit 2/3 des gemeinen Wertes entschädigt werden, den Kaufvertrag nicht unterzeichnet zu haben. Da der Erbbaurechtsgeber inzwischen vor dem Landgericht Münster den Heimfall wegen eines Verstoßes gegen die Instandhaltungsverpflichtung beansprucht, sei sie dem Risiko ausgesetzt, 1/3 des Verkehrswertes des Gebäudes zu verlieren. In dem Wissen um diese Regelungen hätte sie sich nicht dem Risiko ausgesetzt, einerseits in das erworbene Objekt investieren zu müssen, andererseits aber – zumindest bis zum Abschluss der Arbeiten – nicht sicher sein zu können, das Objekt auch tatsächlich behalten und bewohnen zu können.

57 (2.) Diesen Vortrag hat die Klägerin in der persönlichen Anhörung vor dem Landgericht am 03.09.2018 sowie in

der Anhörung vor dem Senat am 12.11.2021 dahingehend bestätigt und darüber hinaus mitgeteilt, dass es von Anfang an ihr Bestreben gewesen sei, das Eigentum an dem Grundstück zu erwerben. Deswegen habe sie bereits vor der Beurkundung des streitgegenständlichen Vertrages mit dem Eigentümer in Kontakt gestanden und dieser habe seine Zustimmung zu einem Erwerb des Eigentums nach dem Kauf des Erbbaurechts signalisiert. Sie und ihr Lebensgefährte seien aufgrund dieser Vorgespräche davon ausgegangen, das Eigentum schnell nach dem Erwerb des Erbbaurechts ebenfalls erwerben zu können. Aus ihrer Sicht seien in Bezug auf den abzuschließenden Kaufvertrag insbesondere der Preis, der Mängelgewährleistungsausschluss und die Belastungen im Grundbuch klärungsbedürftig gewesen. Um den Erbbaurechtsvertrag habe sich ihr Lebensgefährte kümmern wollen. Dieser habe mit dem Beklagten einige Tage vor der Beurkundung, am 03.06.2017, telefoniert und mitgeteilt, dass der Erbbaurechtsvertrag noch nicht vorliege. Als der Vertrag beurkundet werden sollte, habe ihr Lebensgefährte ihr gegenüber in einem zuvor geführten Telefonat erklärt, dass alles schnell gehen müsse und alles in Ordnung sei. In dem Telefonat sei die Übergabe des Erbbaurechtsvertrages nicht mehr ausdrücklich besprochen worden, sie sei vielmehr davon ausgegangen, dass der Vertrag ihrem Lebensgefährten vorgelegen habe. Sie habe auch noch in Erinnerung, dass sie während des Beurkundungstermins nach dem Erbbaurechtsvertrag gefragt habe. Sie sei auch noch bis heute daran interessiert, das Eigentum zu erwerben. Wenn der Beklagte sie über den Inhalt der Renovierungsklausel und die damit im Zusammenhang stehende Heimfallklausel informiert und aufgeklärt hätte, hätte sie den Kaufvertrag nicht abgeschlossen, weil es ihr auch um einen dauerhaften Erwerb gegangen sei, um das Haus später ihrer Tochter zu übertragen.

58 Auch der Lebensgefährte der Klägerin, der Zeuge G, hat übereinstimmend mit den Angaben der Klägerin bekundet, dass nach seiner und der Vorstellung der Klägerin zunächst das Erbbaurecht und im Anschluss das Eigentum erworben werden sollte. Es sei vorgesehen gewesen, das Grundstück an die gemeinsame Tochter zu übertragen. Der Eigentümer hätte der Klägerin in Aussicht gestellt, dass sie zunächst das Erbbaurecht erwerben solle und im Anschluss daran das Eigentum an dem Grundstück erwerben könne. Es sei zutreffend, dass er in einem Telefonat vor der Beurkundung mit der Klägerin gesagt habe, dass alles in Ordnung sei. Er sei davon ausgegangen, dass vor der Unterzeichnung die Übergabe des Erbbaurechtsvertrages noch erfolge und er könne sich heute auch nicht mehr erklären, warum er diese Aussage getätigt habe. Er sei damals beruflich sehr eingespannt gewesen und habe die Übergabe des Erbbaurechtsvertrages

noch vor der Vertragsunterzeichnung aus dem Blick verloren. Wenn er den Vertrag vorgelegt bekommen hätte, hätte er den Vertrag von einem fachkundigen Juristen prüfen lassen, denn er habe wissen wollen, wie das Rechtsverhältnis ausgestaltet gewesen sei. Besonders wichtig sei aber gewesen, dass die Grundschulden im Grundbuch erhalten blieben.

59 (3.) Der Senat kann nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme trotz der übereinstimmenden Angaben der Klägerin und des Zeugen nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststellen, dass die Klägerin das Erbbaurecht nicht gekauft hätte, wenn Sie den Inhalt des Erbbaurechtsvertrags mit den Regelungen über eine Instandhaltungspflicht und den Heimfall gekannt hätte (a). Es ist ebenso gut möglich, dass es der Klägerin beim Erwerb des Erbbaurechts auf die nähere Ausgestaltung dieses Rechts nicht ankam, weil sie davon ausging, in Kürze auch das Eigentum an dem Grundstück erwerben zu können (b).

60 (a) Der Senat hat Zweifel an der Darstellung der Klägerin und ihres Lebensgefährten, dem Zeugen G, dass die Kenntnis des Inhalts des Erbbaurechts für den Kaufentschluss der Klägerin wesentlich gewesen sein soll.

61 Folgt man dem Bekunden der Klägerin und des Zeugen G hat sich die Klägerin erst nach dem Entschluss zum Erwerb des Erbbaurechts und nach Zugang des Kaufvertragsentwurfs des Beklagten erstmals nach dem Erbbaurechtsvertrag erkundigt. Für die Klägerin war zuvor der Kaufpreis für das Erbbaurecht unter Berücksichtigung des Grundstückswertes ein entscheidungserheblicher Gesichtspunkt. Details zum Erbbaurecht hat sie nicht erfragt. Wenn der Klägerin nach eigenem Bekunden das Rechtsinstitut des Erbbaurechts weitestgehend unbekannt war – sie will lediglich gewusst haben, dass das Erbbaurecht weniger als das Eigentum sei –, hätte es nahe gelegen, sich frühzeitig auch nach dem Inhalt des Erbbaurechts zu erkundigen, wenn dieses für den Kaufentschluss ebenfalls wesentlich war.

62 Die Schilderungen der Klägerin und des Zeugen G, dass er – der Zeuge – in einem Telefonat am 03.06.2013 bei dem Beklagten den Erbbaurechtsvertrag vergeblich angefordert haben will, er im weiteren Verlauf vergessen habe, sich um den Erbbaurechtsvertrag zu kümmern und er deswegen der Klägerin in einem Telefonat kurz vor der Beurkundung gesagt haben will, dass alles in Ordnung sei, sind bereits vom geschilderten Ablauf her wenig überzeugend. Wenn der Erbbaurechtsvertrag für die Klägerin und den Zeugen tatsächlich vor dem Abschluss des Kaufvertrages wichtig gewesen sein sollte, ist es wenig glaubhaft, dass der Zeuge die behauptete Anforderung bei dem Beklagten, der der Bitte zur Übersendung des Erbbaurechtsvertrages nicht folgte, nicht weiterverfolgt

hat. Unter dieser Prämisse erscheint ein bloßes Vergessen wenig plausibel. Dies gilt auch für die Bekundung des Zeugen, davon ausgegangen zu sein, der Vertrag werde noch kurz vor Kaufvertragsunterzeichnung übersandt. Denn nach den weitergehenden Angaben des Zeugen wollte dieser den vorzulegenden Vertrag durch einen fachkundigen Juristen prüfen lassen. Eine zeitlich ungewisse Übersendung kurz vor der Kaufvertragsunterzeichnung lässt eine beabsichtigte Prüfung durch einen aus Sicht des Zeugen fachkundigen Juristen jedoch fraglich erscheinen.

63 Die Angabe der Klägerin, sie habe im Beurkundungstermin nach dem Vertrag gefragt – was der Beklagte in seiner Anhörung bestritten hat –, erklärt nicht, warum sie nach der behaupteten Nachfrage den Kaufvertrag ohne die erbetene Auskunft des Beklagten zu der Vorlage des Erbbaurechtsvertrages unterzeichnet hat. Dass sie den Vertrag in Kenntnis des Inhalts des Erbbaurechts nicht abgeschlossen hätte, folgt daraus indes nicht.

64 Der bereits in erster Instanz vorgebrachte Umstand, dass die Klägerin in Kenntnis der Regelungen des Erbbaurechtsvertrages über die Renovierungsklausel und den daran anknüpfenden Heimfall den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätte, weil sie sich nicht dem Risiko ausgesetzt sehen wollte, einerseits in das Objekt investieren zu müssen, andererseits aber bis zum Abschluss der Arbeiten nicht sicher sein zu können, das Objekt auch behalten und bewohnen zu können, erscheint als Überlegung nicht zwingend. Die Klägerin beabsichtigte das Gebäude nach Durchführung der in dem ihr vorliegenden Verkehrswertgutachten überschlägig angesetzten Renovierungsarbeiten zu bewohnen. Sie ging demnach bei Vertragsschluss davon aus, dass sie den erforderlichen Renovierungsaufwand mit zuvor kalkulierten Mitteln durchführen kann und anschließend das Haus bewohnen werde. Warum sie sich bei dieser Annahme bei Kenntnis des Vertragsinhaltes einem für den Kaufentschluss bedeutsamen Risiko ausgesetzt gesehen haben soll, dass die Instandhaltung und Renovierung nicht gelingen werde und sie das Haus verlieren könne, erschließt sich dem Senat nicht.

65 (b) Die dargestellten Zweifel an der Willensbildung der Klägerin mit einer für sie maßgeblichen Kenntnis vom Inhalt des Erbbaurechtsvertrages werden dadurch verstärkt, dass es nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ebenso gut möglich ist, dass es der Klägerin bei dem Erwerb des Erbbaurechts auf die nähere Ausgestaltung dieses Rechts nicht ankam, weil sie davon ausging, in Kürze auch das Eigentum an dem Grundstück erwerben zu können.

66 Nach den Schilderungen der Klägerin in Übereinstimmung mit den Bekundungen des Zeugen G war der Eigentumserwerb an dem Grundstück von Anfang an Ziel

der Klägerin. Es spricht viel dafür, dass sie dieses Ziel vorrangig verfolgte. Allein das Erbbaurecht zu erwerben, entsprach nicht den Vorstellungen der Klägerin, wenn sie das Eigentum an dem Grundstück letztlich der Tochter übertragen wollte. Dieses hätte allein mit dem Erwerb des Erbbaurechts nicht erreicht werden können. Die Klägerin und ihr Lebensgefährte gingen nach dem eigenen Bekunden vor der Beurkundung des Kaufvertrages über das Erbbaurecht aufgrund der stattgefundenen Verhandlungen mit dem Eigentümer davon aus, das Eigentum zeitnah nach dem Erwerb des Erbbaurechts erwerben zu können. Das es insoweit aus ihrer damaligen Sicht möglicherweise zu nicht zu überwindenden Hindernissen kommen könnte, haben die Klägerin und der Zeugen nicht behauptet.

67 Bei dieser Erwartungshaltung hält es der Senat für eher plausibel und gut nachvollziehbar, wenn das Nichtvorliegen des Erbbaurechtsvertrages zwischen der Klägerin und dem Beklagten nicht weiter thematisiert worden ist. Der Umstand, dass zwischen dem Grundstückseigentümer und der Klägerin keine rechtsverbindliche Einigung über die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zugunsten der Klägerin bestand, steht dem nicht entgegen. Denn die vorzunehmende hypothetische Betrachtung, wie sich die Klägerin ohne die Pflichtverletzung verhalten hätte, wird von dem damaligen Erwartungshorizont der Klägerin geprägt, also der Erwartung des Eigentumserwerbs. Bei einem erwarteten Erwerb auch des Eigentums kam es auf den Inhalt des Erbbaurechtsvertrages aber gerade nicht entscheidend an.

68 Unter Berücksichtigung aller Umstände kann der Senat demnach nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststellen, dass die Klägerin in Kenntnis des Inhalts des Erbbaurechtsvertrages den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätte.

69 (c) Die Klägerin kann sich nicht auf die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens berufen.

70 Darauf könnte sich die Klägerin nur dann berufen, wenn im Falle der sachgerechten Aufklärung durch den Beklagten nur ein Unterbleiben der Vertragsunterzeichnung durch die Klägerin als einzig sachgerechte Reaktion zu erwarten gewesen wäre. Besteht indessen nicht nur eine einzige verständige Entschlussmöglichkeit, sondern kommen verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht, die unterschiedliche Vorteile und Risiken in sich bergen, ist grundsätzlich kein Raum für einen Anscheinsbeweis (vgl. BGH, Urt. v. 19.01.2006 – IX ZR 232/01, Juris Rn. 26 ff.).

71 So liegt es hier. Wie aufgezeigt war es auch im Falle einer pflichtgemäßen Belehrung über Inhalt und Umfang des zu übertragenden Erbbaurechts keineswegs

zwingend, dass die Klägerin von dem Vertragsschluss Abstand genommen hätte. Es ist vielmehr aufgrund der Erwartungshaltung der Klägerin, nach dem Erbbaurechtserwerb zeitnah das Eigentum an dem Grundstück erwerben zu können ebenso denkbar, dass sie das Erbbaurecht in Kenntnis der Regelungen des Erbbaurechtsvertrages erworben hätte, auf die es bei einem zeitnah folgenden Eigentumserwerb nicht mehr angekommen wäre.

72 c) Weitere für einen Schaden der Klägerin kausale Pflichtverletzungen sind weder in der behaupteten unterbliebenen Belehrung über die Tragweite der in dem Beurkundungstermin vorgenommenen handschriftlichen Erweiterung des Gewährleistungsausschlusses (aa), noch in der behaupteten unterbliebenen Anpassung des Vertrages hinsichtlich der Übernahme der dinglichen Belastungen (bb) oder einer unterbliebenen Belehrung über die Gefahren, die mit der fehlenden Grundbucheinsicht unmittelbar vor der Beurkundung verbunden sein können (cc), gegeben.

73 aa) In der behaupteten unterbliebenen Belehrung über die rechtliche Tragweite der in dem Beurkundungstermin vorgenommenen handschriftlichen Erweiterung der Formulierung in § 6 Abs. 4 liegt bereits keine Pflichtverletzung des beurkundenden Notars.

74 Bei § 6 Abs. 4 des Vertrages handelt es sich um eine Klausel, die Wissenserkklärungen der Parteien über den Zustand bzw. vorhandene Schäden an dem Gebäude enthält, also um die Bekundung von Tatsachen. Im Unterschied zur Fassung des Vertragsentwurfs wurde während der Beurkundung lediglich der Passus in § 6 Abs. 4 aufgenommen, dass „insbesondere (...) das Dach undicht, Feuchtigkeit im Keller, Wasserschaden“ vorhanden sei. Eine Belehrungspflicht des Notars über die rechtliche Tragweite reiner tatsächlicher Beschreibungen vorhandener Gebäudeschäden besteht nicht.

75 Die Regelung betreffend den umfassenden Gewährleistungsausschluss, der grundsätzlich Belehrungsbedarf auslösen kann, war indes bereits in § 6 Abs. 3 des Vertrages enthalten, der von den Ergänzungen unberührt blieb und bereits in dem Urkundenentwurf enthalten war. Dass die Klägerin zu dem bereits in der Entwurfsfassung enthaltenen umfassenden Gewährleistungsausschluss in § 6 Abs. 3 eine Belehrung vermisst hat, trägt sie selbst nicht vor.

76 Der Beklagte war insbesondere auch nicht gehalten, die Klägerin darauf hinzuweisen, dass die wirtschaftliche Tragweite des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts durch die benannten Schäden berührt sein könnte, weil sich Abweichungen zu einem von der Klägerin kalkulierten Renovierungsaufwand ergeben könnten, sofern ihr diese Schäden unbekannt gewesen sein sollten. Der Notar ist kein Wirtschaftsberater, er muss über die wirtschaftliche

Tragweite eines Rechtsgeschäfts nicht belehren (*Regler*, in: Beck-Online Grosskommentar, Stand: 01.12.2021, § 17 BeurkG, Rn. 80).

77 Ob die Klägerin in diesem Punkt bereits aufgrund ihrer Eigenschaft als praktizierende Rechtsanwältin als nicht belehrungsbedürftig angesehen werden kann, wie es das Landgericht vertreten hat, kann – auch wenn vieles dafür spricht – aus Sicht des Senats dahinstehen.

78 bb) Die behauptete unterbliebene Anpassung des Vertrages hinsichtlich der Übernahme der dinglichen Belastungen durch die Klägerin stellt – eine Pflichtverletzung insoweit unterstellt – bereits nach dem Klagevortrag keine für einen Schaden kausal gewordenen Pflichtverletzung des Beklagten dar.

79 Das Landgericht hat in dem angefochtenen Urteil zutreffend ausgeführt, dass die Klägerin selbst erstinstanzlich in ihrem Schriftsatz vom 07.04.2017 (Bl. 79 d.A.) ausdrücklich klargestellt hat, gar nicht behaupten zu wollen, es handele sich um eine kausale Pflichtverletzung. Sie habe vielmehr die unzureichende Beratungs- und Belehrungstätigkeit des Beklagten verdeutlichen wollen (Bl. 82 d.A.).

80 Soweit die Klägerin nunmehr in der Berufungsbegründung behauptet, die fehlende Änderung bezüglich der Übernahme der Grundschulden sei für den entstandenen Schaden zumindest mitursächlich geworden, bleibt ihr (neuer) Vortrag in der Berufung unschlüssig und wäre zudem gem. § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert. Es fehlt an jeglichem Tatsachenvortrag dazu, weshalb die fehlende Änderung der Grundschuldübernahme, die der Klägerin vor der Unterzeichnung des Vertrages durch das Verlesen des Textes bekannt war, dazu geführt hat, dass sie den Vertrag überhaupt geschlossen hat. Außerdem ist unklar, wie sich dieser Umstand auf höhere Renovierungskosten und den drohenden Heimfalls des Grundstücks hätte auswirken können.

81 cc) Das Landgericht war zudem nicht gehalten, sich in dem angefochtenen Urteil mit der behaupteten unterbliebenen Belehrung über die Gefahren, die mit der fehlenden Grundbucheinsicht unmittelbar vor der Beurkundung verbunden sein können, auseinanderzusetzen. Die Klägerin hat bereits erstinstanzlich zur Frage der Kausalität dieser Pflichtverletzung trotz eines Hinweises des Beklagten in dessen Schriftsatz vom 15.02.2017 (Bl. 67 d.A.) nicht näher vorgetragen, vielmehr auch diesbezüglich in ihrem Schriftsatz vom 07.04.2017 (Bl. 79 d.A.) klargestellt, dass auch dieser Einwand lediglich die unzureichende Belehrung des Beklagten verdeutlichen, eine Kausalität hingegen nicht behauptet werden sollte. Es fehlt auch hier an jeglichem Tatsachenvortrag dazu, wie die vermeintliche Pflichtverletzung den drohenden Schaden hätte hervorrufen können.

Anmerkung:

1) Kurzzusammenfassung der Entscheidung und Fragestellung der Anmerkungen

a) Zusammenfassung

Die Parteien streiten im Rahmen einer Feststellungsklage über die Schadensersatzpflicht aus einer Amtspflichtverletzung eines Notars anlässlich der Beurkundung eines Kaufvertrages über ein (gebrauchtes) Erbbaurecht, das ein Nachlasspfleger¹ veräußerte.

Die Klägerin erwirbt das Erbbaurecht vom Nachlasspfleger, der es mit Genehmigung des Nachlassgerichtes verkauft. Ein Verkehrswertgutachten hatte den Wert auf € 200.000 bestimmt. Nachdem ihr Lebensgefährte gehört hatte, dass ein anderer Erwerber unter dem Verkehrswert erworben hatte, kaufte die Klägerin für 160.000. €

Sie beabsichtigte, auch das Eigentum am Grundstück zu erwerben. Daher nahm sie Kontakt zum Eigentümer auf.

Im Beurkundungstermin liegt der dem Erbbaurecht zugrunde liegende Erbbaurechtsvertrag nicht vor. Obgleich die Käuferin sowohl mit dem Nachlasspfleger als auch mit dem Eigentümer des Grundstückes, das sie gerne ebenfalls erwerben wollte, verhandelte, hielt sie es anscheinend nicht für nötig, sich den Erbbaurechtsvertrag vorlegen zu lassen.

Im Entwurf des Kaufvertrages war aufgeführt, dass dem Käufer der Erbbaurechtsvertrag bekannt sei. Und es ist vermerkt: „der problematische Bauzustand ist dem Käufer bekannt“

Am Tag vor der Beurkundung ließ die Klägerin dem Notar über ihren Lebensgefährten mitteilen, ihr liege der Vertrag nicht vor. Trotzdem blieb in der Urkunde der Satz stehen, der Erbbaurechtsvertrag sei dem Käufer bekannt.

Erst im Jahr 2015 wurde der Klägerin der Vertrag auszugsweise vom Verwalter des Eigentümers übersendet und vollständig vom Urkundsnotar, der den Erbbaurechtsvertrag beurkundet hatte, im Februar 2016.

Im Erbbaurechtsvertrag ist eine Instandhaltungsverpflichtung des Erbbauberechtigten und eine Verpflichtung zum Wiederaufbau nach Zerstörung niedergelegt. Beide Ver-

¹ Soweit der Senat in Randnummer 6 vom „Nachlassverwalter“ spricht, liegt vermutlich eine Verwechslung vor.

pflichtungen sind als Heimfallsgrund gesichert. Als Vergütung sind zwei Drittel des gemeinen Wertes vorgesehen.

Das Bauwerk ist renovierungsbedürftig.

Im Beurkundungstermin wurde gegenüber dem Entwurf nach dem Hinweis auf den problematischen Bauzustand ergänzt: "insbesondere ist das Dach undicht, Feuchtigkeit im Keller, Wasserschaden"

Der Notar hat den Erbbaurechtsvertrag vor der Beurkundung nicht beigezogen und über seinen Inhalt nicht belehrt.

Aus dem Kaufvertrag ergibt sich, dass der Notar das Grundbuch unmittelbar vor der Beurkundung nicht eingesehen hat. Die Beteiligten hätten nach Belehrung über die damit verbundenen Gefahren gleichwohl auf der sofortigen Beurkundung des Geschäfts bestanden.

Nach Umschreibung des Erbbaurechts im Grundbuch verhandelte die Klägerin mit dem Grundstückseigentümer über den von ihr beabsichtigten und erwarteten Erwerb des Eigentums am Stück. Die Verhandlungen scheiterten im Mai 2017.

Inzwischen macht der Eigentümer den Heimfall gerichtlich geltend.

Die Klägerin ist Rechtsanwältin, auch ihr Lebensgefährte ist Rechtsanwalt.

Die Klägerin beantragt festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet sei ihr sämtliche Schäden aus und im Zusammenhang mit dem Abschluss des Kaufvertrages zu ersetzen.

Der Beklagte ist der Meinung, eine Belehrung über die Risiken der Erklärung über bestehende Mängel habe es nicht bedurft, weil die Klägerin erfahrene Rechtsanwältin sei. Zudem habe er über die Gefahren der fehlenden Grundbucheinsicht belehrt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hält die Berufung im Ergebnis für unbegründet.

Das OLG Hamm führt aus, der Notar habe gegen die Pflicht zur Aufklärung des Sachverhaltes und die Pflicht zur Belehrung über die rechtliche Tragweite des beabsichtigten Geschäfts aus § 17 Absatz 1 S. 1 und 2 BeurkG verstoßen, indem er es unterlassen habe, den Erbbaurechtsvertrag anzufordern, einzusehen und auf seine

Relevanz hin zu überprüfen sowie die Klägerin über den bedeutsamen Inhalt in Kenntnis zu setzen und zu belehren.

Das Gericht hält die Pflichtverletzung aber nicht für ursächlich für den Eintritt des Schadens. Es sei denkbar, dass die Klägerin das Erbbaurecht auch in Kenntnis der Regelung des Erbbaurechtsvertrages erworben hätte. Es habe nämlich die Erwartungshaltung der Klägerin bestanden, zeitnah das Eigentum am Grundstück erwerben zu können. Dann sei es auf den Inhalt des Erbbaurechtsvertrages nicht mehr angekommen.

So ist das im Urteil vertieft Ausgeführte und auch im Leitzatz Wiedergegebene reines *obiter dictum*, also für die Entscheidung des Falles unerheblich.

b) Fragestellungen

Die Anmerkungen zur Entscheidung beschränken sich auf die folgenden Gesichtspunkte.

Es wird kurz auf das Verhalten des Notars eingegangen (zu 2).

Der Umgang des Gerichtes mit den anwendbaren Vorschriften und einschlägige Rechtsprechung wird erörtert (zu 3).

Die mittelbaren Auswirkungen der möglicherweise nötigen Erhebung des Erbbaurechtsvertrages auf die Grundbuchämter werden skizziert (zu 4).

► 2) Hat der Notar alles richtig gemacht?

Der Notar hat im Rahmen der Beurkundung eines Kaufvertrages über Grundbesitz mehrere Funktionen und mehrere Pflichten. Insbesondere hat er die Willenserklärungen der Beteiligten klar und unzweideutig im Vertragstext niederzulegen. Er hat den Vertrag so zu gestalten, dass keiner der Beteiligten ungesicherter Vorleistungen erbringt, und er hat in der Regel für den Vollzug des Vertrages zu sorgen.

Offensichtlich hat der Notar sich auf Wunsch des Verkäufers am Entwurf des ersten Kaufvertrages orientiert, der über das Objekt abgeschlossen war. Bei der Entwurfsgestaltung scheint er davon ausgegangen zu sein, dass der Käuferin der Erbbaurechtsvertrag vorlag. Im Rahmen der Urkundsverhandlung wurden gegenüber dem Text des Entwurfes Änderungen in Bezug auf den konkreten

Renovierungsbedarf aufgenommen und diese mit beurkundet. Es bestand Anlass, die Frage der Kenntnis der Käuferin vom Inhalt des Erbbaurechtsvertrages zu erörtern. Dies jedenfalls, weil am Vortrag der Beurkundung der Notar Kenntnis davon erhielt, dass die Käuferin den Vertrag nicht vorliegen hatte.

Wenn dieser Problempunkt in der Urkundsverhandlung oder vor der Verhandlung auftaucht, muss er vom Notar angesprochen werden. Und diese Tatsache sowie der Umgang mit ihr durch die Beteiligten sollte in der Urkunde vermerkt werden. Wenn die Urkundsverhandlung ergab, dass der Erbbaurechtsvertrag entgegen der Darstellung im Entwurf des Kaufvertrages der Käuferin nicht bekannt war, durfte ihre Erklärung, sie kenne den Inhalt des Erbbaurechtsvertrages, nicht in den Text aufgenommen werden.

Auch wenn man sich natürlich fragt, warum eine Rechtsanwältin auf Vorlesen auch diese Textpassage genehmigt und unterschreibt, entspricht dieses Verhalten nicht dem Standard, die man von einem Notar erwarten darf.

Richtig wäre es auch gewesen, anzubieten die Urkundsverhandlung bis zur Klärung des Inhaltes des Erbbaurechtsvertrages zu unterbrechen, wenn einer der Beteiligten den Vertragsabschluss davon abhängig machen wollte. Das gilt auch, wenn man eigentlich davon ausgehen darf, dass die Angehörige eines rechtsberatenden Berufes vor Abschluss eines so weitreichenden Geschäftes wie Kauf eines Erbbaurechts auch über die rechtlichen Aspekte des Kaufgegenstandes informiert. Und vermutlich kann man als Notarin auch davon ausgehen, dass eine solche Überlegungszeit von der Rechtsanwältin als Käuferin in der Urkundsverhandlung erbeten wird, wenn ihr wirklich der Inhalt des Erbbaurechtsvertrages so wichtig ist, dass er für die Kaufentscheidung relevant ist.

Alles richtig gemacht hat der Notar also nicht.

► 3) Zur Begründung des Gerichtes

a) Notarielle Pflicht, den Erbbaurechtsvertrag zu prüfen?

Die Annahme, der Notar sei verpflichtet gewesen, den Erbbaurechtsvertrag anzufordern und über ihn zu belehren, überzeugt nicht. Sicher wäre der Notar verpflichtet gewesen, wenn die Beteiligten ihm den Erbbaurechtsvertrag übermittelt hätten, und Fragen zu seinem Inhalt gestellt hätten, diese zu beantworten. Zur eigenständigen Erhebung des Vertrages war er richtiger Auffassung nach

vielmehr nicht verpflichtet. Es besteht die Amtspflicht des Notars, das Grundbuch einzusehen.

Das Gesetz sieht in § 21 Abs. 1 BeurkG vor:

Bei Geschäften, die im Grundbuch eingetragene oder einzutragende Rechte zum Gegenstand haben, soll sich der Notar über den Grundbuchinhalt unterrichten. Sonst soll er nur beurkunden, wenn die Beteiligten trotz Belehrung über die damit verbundenen Gefahren auf einer sofortigen Beurkundung bestehen; dies soll er in der Niederschrift vermerken.

Gegenstand der Einsichtnahme ist das Grundbuchblatt². Beim Erbbaurecht wird man auch das Grundstücksgrundbuch einsehen müssen, wenn Zustimmungserfordernisse nach den §§ 5 ff Erbbaurechtsgesetz bestehen, um den Eigentümer festzustellen. Nur dann besteht Sicherheit, wessen Zustimmung zur Wirksamkeit des Vertrages notwendig ist. Das Erfordernis der Zustimmung zur Veräußerung und/oder Belastung ergibt sich aus dem Bestandsverzeichnis des Erbbaugrundbuchs. Dies ist niedergelegt in § 56 Abs. 2 der Grundbuchverordnung, der lautet:

Bei Eintragung des Inhalts des Erbbaurechts (Absatz 1 Buchstabe b) ist die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig; jedoch sind Beschränkungen des Erbbaurechts durch Bedingungen, Befristungen oder Verfügungsbeschränkungen (§ 5 des Erbbaurechtsgesetzes) ausdrücklich einzutragen.

Eine Pflicht, die den Eintragungen im Grundbuch zu Grunde liegenden Erklärungen einzusehen, besteht nicht³. Dies gilt nach der Gesetzeslage wie auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

Die vollständigen Eintragungsbewilligungen befinden sich stets in den Grundakten. Die Grundbucheinsicht erstreckt sich nach der Rechtsprechung nur dann auf den Inhalt der Grundakten, wenn die Eintragung auf aktuelle Grundbuchvorgänge Bezug nimmt, die für das zu beurkundende Geschäft von Bedeutung sind⁴. Bei der Beurkundung eines Kaufvertrages über Wohnungseigentum hat der Bundesgerichtshof⁵ zutreffend verneint, dass eine Pflicht zur Einsicht in die Teilungserklärung besteht, sofern nicht außergewöhnliche Umstände bestehen. Unter anderem hat er dazu ausgeführt, dass die Eintragungsbewilligung mit den dazugehörigen Unterlagen regelmäßig

² BeckOK BeurkG/Eble BeurkG § 21 Rn. 7;

³ BGH MittBayNot 2009, 317; BGH, DNotZ 1953, 492; weiteres Zitat gestrichen, da nicht treffend.

⁴ BGH MittBayNot 2009, 317

⁵ BGH MittBayNot 2009, 317.

nicht ohne größeren Aufwand zu beschaffen sei. Nichts anderes kann beim Erbbaurecht gelten.

Der Hinweis des Gerichtes, der Notar hätte bei demjenigen Notar, der den Erbbaurechtsvertrag beurkundet habe, eine Ablichtung anfordern können, verwundert. Die Übersendung einer solchen Ablichtung ist regelmäßig wegen der notariellen Verschwiegenheitspflicht unzulässig. Nur wenn einer der Urkundsbeteiligten oder deren Rechtsnachfolger dies gestattet, wäre es zulässig. Dies folgt aus § 51 BeurkG.

Auch der Hinweis des Gerichtes, der Notar habe sich den Erbbaurechtsvertrag alternativ von den Beteiligten vorlegen lassen müssen, ist zumindest ungenau. Der Inhalt des **Erbbaurechts** als beschränkt dingliches Recht am Grundstück ergibt sich (natürlich) nur und ausschließlich aus dem Grundbuch und den der Eintragung zugrundeliegenden Bewilligungen. Wenn überhaupt wäre beim Grundbuchamt eine beglaubigte Ablichtung sämtlicher für die Eintragung relevanter Urkunden und Erklärungen aus den Grundakten anzufordern gewesen. Hierzu bestand aber keine Veranlassung.

b) Zur Pflicht über die rechtliche Tragweite des Geschäftes zu belehren

Nach den Urteilsgründen sei der beklagte Notar

„gehalten gewesen, die wirksame Bestellung des Erbbaurechts zu prüfen“.

Das ist unrichtig. Bei einem im Grundbuch eingetragenen Recht dürfen alle Beteiligten davon ausgehen, dass es wirksam bestellt wurde und auf die die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuches vertrauen. Das gilt für den Erwerber wie auch für das Grundbuchamt und natürlich den Notar. Es ist zu hoffen, dass sich hier um eine lediglich sprachlich verunglückte Formulierung in dem ohnehin nicht entscheidungserheblichen Teil der Urteilsgründe handelt.

Ist es richtig, dass das OLG davon ausgeht, der Beklagte habe gegen die Pflicht über die rechtliche Tragweite des Geschäftes zu belehren verstoßen, indem er die Klägerin nicht über den für den Kauf des Erbbaurechts bedeutsamen Inhalt des Erbbaurechtsvertrages aufgeklärt habe? Zur rechtlichen Tragweite eines Rechtsgeschäftes gehören insbesondere der wesentliche Inhalt des beabsichtigten Geschäfts sowie die *unmittelbaren Rechtsfolgen* des zu beurkundenden Geschäftes. Nach Auffassung des OLG ergeben sich die unmittelbaren Rechtsfolgen des Erwerbs eines Erbbaurechts neben dem Kaufvertrag aufgrund der unterschiedlichen Möglichkeiten zur Regelung

von Rechten und Pflichten des Erbbaurechtsnehmers vor allem aus dem jeweiligen Erbbaurechtsvertrag.

Die relevante Passage des Urteils soll hier wörtlich wiedergegeben werden (zitiert nach Juris dort Rn. 53, Fettdruck durch die Autoren):

Nach diesen Maßstäben war es die Pflicht des Beklagten, die Klägerin über die in dem Erbbaurechtsvertrag geregelten Rechte und Pflichten zu belehren (vgl. BGH, UrT. v. 02.06.2005 – III ZR 306/04, JurisTz. 10 ff.; OLG Hamm, UrT. v. 01.06.2012 – 11 U 45/11, JurisTz. 21 ff.). Denn nur so war es für die Klägerin möglich, die rechtliche Reichweite der Eintrittsklausel des § 2 Abs. 3 des zu beurkundenden Vertrages überblicken zu können. Dabei war der Beklagte gehalten, die Klägerin über den Inhalt des in dem Erbbaurechtsvertrag individualvertraglich geregelten Heimfalls zu belehren. **Die Möglichkeit, den Heimfallanspruch des Grundstückseigentümers gem. §§ 2 Nr. 4, 3 ErbbauRG in einer Weise individualvertraglich zu gestalten, dass er auch vor Ablauf der Erbbaurechtsbestellung geltend gemacht werden kann, ist dem Erwerber eines Erbbaurechts häufig unbekannt. Deswegen besteht für den beurkundenden Notar Anlass, über den konkreten Inhalt und die rechtliche Reichweite eines Heimfalls zu belehren, um den Käufer vor einem unerwarteten Schaden zu bewahren (vgl. BGH, UrT. v. 19.01.1982 – VI ZR 182/80, JurisTz. 9).**

Zunächst ist davon auszugehen, dass die **unmittelbaren Folgen des Rechtsgeschäftes** natürlich nur diejenige des Kaufrechts sind. Nachdem die Klägerin als Erbbauberechtigte im Grundbuch eingetragen wurde, scheint der Notar jedenfalls insoweit keinen Fehler gemacht zu haben. Das Erbbaurecht als dingliches Recht ist auf die Käuferin übergegangen.

Welche Pflichten aus dem Erwerb des dinglichen Erbbaurechts resultieren und wie sie ausgestaltet sind, sind **rein mittelbare Folgen** des Erwerbs. Der Erwerb des Erbbaurechts führt dazu, dass die unmittelbar mit dem Erbbaurecht verbundenen Rechte und Pflichten auf den Erwerber übergehen. Es ist aber beim Erbbaurecht wie bei anderen Gegenständen grundsätzlich Sache des Käufers, sich über die rechtliche Gestalt des Kaufgegenstandes zu informieren. Hierzu kann er sich vom Notar beraten lassen, der auf Wunsch den der Erbbaurechtsbestellung zugrunde liegenden Vorgang beiziehen wird.⁶

⁶ Über die Relevanz von Heimfallansprüchen wäre die Käuferin so informiert worden. Zur Bedeutung des Heimfallanspruchs näher Wilsch, NotarFormulare Erbbaurecht 2. Aufl. § 4 RZ 72 ff.

Die zusätzliche Vereinbarung im Kaufvertrag, dass auch die schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen bisherigem Erbbauberechtigtem und Grundstückseigentümer vom Erwerber übernommen werden, ist unabdingbare Voraussetzung zur Durchführung des Kaufvertrages. Denn erfolgt kein Eintritt in diese vertraglichen Beziehungen zwischen Eigentümer und Erbbauberechtigten, wird der Eigentümer die Zustimmung zur Veräußerung verweigern. Unmittelbare Folge dieser Regelung, über die belehrt werden muss, ist nur, dass die vertraglichen Rechte und Pflichten durch den Eintritt beim Erwerber liegen. Schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen Erbbauberechtigtem und Eigentümer sind formfrei möglich und daher notwendig nicht allein vom Notar feststellbar. Wie auch der Beurkundung eines Veräußerungsvertrages über eine vermietete Immobilie über den Eintritt in den Mietvertrag nach den gesetzlichen Regeln zu belehren ist und nicht über den Inhalt des Mietvertrages selbst, gilt beim Erbbaurecht nichts anderes.

Der hier im Fettdruck hervorgehobene Teil des Urteils, der für die Begründung des Gerichtes besondere Bedeutung hat, ist kritisch zu sehen. Bei genauer Betrachtung zeugt er von einer **Verkennung der rechtlichen Qualifikation des Heimfallanspruches** durch das Gericht. Anscheinend geht das Gericht davon aus, der Heimfall nach § 2 Nr. 4, 3 Erbbaurechtsgesetz sei ähnlich dem Erlöschen des Erbbaurechts bei Zeitablauf. Wenn ausgeführt wird, es gebe die Möglichkeit, den Heimfallanspruch „individualvertraglich“ zu gestalten, dass er auch (!) vor Ablauf der Erbbaurechtsbestellung geltend gemacht werden könne, sei dem Erwerber eines Erbbaurechtes häufig unbekannt, ist nicht nur missverständlich, sondern rechtlich nicht haltbar. Denn der Heimfallanspruch kann natürlich **nur und ausschließlich während des Bestehens des Erbbaurechtes also immer nur vor dessen Ablauf** geltend gemacht werden. Der Zeitablauf des Erbbaurechtes stellt natürlich keinen Heimfall dar und führt auch nicht zu einem Heimfall. Vielmehr führt der Zeitablauf zum **Erlöschen des Erbbaurechtes**. Demgegenüber bleibt das Erbbaurecht beim Heimfall **weiter bestehen**.

Nebenbei bemerkt: Das Bestehenbleiben des Erbbaurechts in der Hand des Eigentümers (oder eines Dritten) ist soz. der „Witz“ der Heimfallregelung des Erbbaurechtsgesetzes. Der Fortbestand des Rechtes ist gegenüber den Missständen des ursprünglichen BGB-Erbbaurechtes, in denen Vertragsverletzungen im Erbbaurechtsverhältnis mit auflösenden Bedingungen und Rücktrittsrechten sowie Aufhebungsansprüchen, vom Gesetzgeber der Erbbaurechtsverordnung bewusst eingesetzt worden.

Auch die weitere Begründung des Gerichtes gibt Anlass zu Kritik. Erstaunlich ist, dass die zentrale Vorschrift des § 21 Beurkundungsgesetz überhaupt nicht erörtert wird. Jedenfalls findet sich hierzu nichts in den veröffentlichten Gründen. Gleiches gilt für die fehlende Beschäftigung mit der insoweit einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH DNotZ 2005, 847). Ob und inwieweit ein Sonderfall vorlag, der nach den Maßstäben dieser Judikatur ausnahmsweise die Einsicht in die Grundakten erfordert hätte, wird nicht erörtert.

Auch die Inbezugnahme der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 2.6.2005 zur Belehrung über die gesplante Zustimmung⁷ (Zustimmung zum Kaufvertrag und Verweigerung der Zustimmung zur Finanzierungsgrundschulden) geht fehl. Gleiches gilt für den Verweis auf die Entscheidung des erkennenden OLG-Senates im Urteil vom 1.6.2012, die der BGH-Entscheidung folgt⁸. Hier liegt eine **andere Fallkonstellation** vor. In den erwähnten Fällen waren die **Zustimmungserfordernisse** für sowohl Veräußerung als auch Belastung mit Grundpfandrechten **unmittelbar aus dem Grundbuch ersichtlich**⁹. Entgegen der Ausführung in Rn. 48 des Urteils finden sich in beiden Entscheidungen gerade **nicht** der Hinweis, es bestünde eine Belehrungspflicht über die im Erbbaurechtsgesetz geregelten Rechte und Pflichten. In den Fällen der gesplante Zustimmung realisierte sich die Gefahr, dass die Belastung nicht genehmigt würde, obgleich der Veräußerungsvertrag genehmigt war, und dass der Käufer mangels Finanzierungsgrundschuld den Kaufpreis nicht aus Kreditmitteln erlegen konnte. Die für das Erkennen dieser Gefahr notwendigen **Tatsachen** ergaben sich zum einen **unmittelbar aus dem Grundbuch**. Denn in dem **Bestandsverzeichnis** des Erbbaugrundbuches sind die Zustimmungserfordernisse aufgeführt. Zum anderen ergaben sie sich aus dem im **beurkundeten Kaufvertrag** vom Notar selbst aufgenommenen Regeln über die Finanzierungsmitwirkung.

Wenn das OLG in der zu besprechenden Entscheidung seine These, der Beklagte hätte die Klägerin über die in dem Erbbaurechtsvertrag niedergelegten Rechte und Pflichten zu belehren mit Hinweis auf diese beiden Entscheidungen zu belegen sucht, gelingt dies nicht.

⁷ BGH DNotZ 2005, 847 (Urteil vom 2. Juni 2005 – III ZR 306/04).

⁸ OLG Hamm, Urteil vom 1. Juni 2012 – 11 U 45/11 –, juris.

⁹ Über notwendige Zustimmungen, die die Wirksamkeit des Geschäfts betreffen, hat der Notar nicht nur in den Fällen des § 18 BeurkG, sondern aus § 17 BeurkG auch bei rechtsgeschäftlich nötigen Zustimmungen zu belehren, vgl. nur BeckOK BeurkG/Raude, 6. Ed. 1.5.2021, BeurkG § 17 Rn. 18. Auch bei der vom Senat zitierten Entscheidung des BGH vom 19.01.1982 – VI ZR 182/80 ging es um ein im Grundbuch eingetragenes Vorkaufsrecht.

Auch die Erörterungen zum Thema Belehrung hinsichtlich der rechtlichen Bedeutung der Erwähnung der Mängel des Kaufgegenstandes sind nicht unmittelbar nachvollziehbar. Die Klausel dient dem Ausschluss der Gewährleistung für Sachmängel, an der der Verkäufer ein berechtigtes Interesse hat. Wenn im Beurkundungstermin in Änderung des Entwurfes einige konkrete Mängel benannt werden, entspricht dies richtiger Notarpraxis. Es ist völlig üblich, im Termin, wenn alle Parteien beisammensitzen nachzufragen, ob bestimmte Mängel oder Problempunkte im Vertrag ausdrücklich aufgeführt werden sollen. Dies hat die Funktion, späteren Streit über das etwaige Verschweigen von Mängeln von vornherein zu vermeiden. Dass an eine **Klausel**, die die **Sachmängelgewährleistung** zwischen Verkäufer und Käufer regelt, eine **Belehrung zu möglichen Heimfallansprüchen** des Eigentümers bei Nichtbeseitigung der Mängel durch den Käufer anders geben soll, erscheint eher **fernliegend**. Beim denkbaren Heimfallanspruch handelt es sich um eine mittelbare Fernwirkung, die die Nichterfüllung der Instandsetzungsverpflichtung durch den Käufer haben kann.

► 4) Was würde die Richtigkeit der Rechtsauffassung des OLG Hamm für die Praxis der Grundbuchämter im Land Baden-Württemberg bedeuten?

Wäre eine Notarin verpflichtet, vor Beurkundung eines Rechtsgeschäftes über ein Erbbaurecht (sei es Kaufvertrag, sei es Übergabevertrag oder Grundschuldbestellung) den Inhalt des zugrunde liegenden Vertrages und dinglichen Rechtes im Wege der Klärung des Sachverhaltes aufzuklären, müsste das Grundbuchamt jeweils eine beglaubigte Ablichtung aller auch nur möglicherweise relevanten Grundbucheklärungen und Grundbuchauszüge zur Verfügung stellen. Die Verallgemeinerung der Urteilsgründe des OLG Hamm würden auch bei jedem anderen Immobilienkaufvertrag dazu führen, dass stets alle auch nur möglicherweise relevanten Eintragungsbewilligungen (Teilungserklärungen, Dienstbarkeitsbestellungen etc.) immer beizuziehen wären, damit die Notarin prüfe, ob hier eventuell in der Folge Probleme für Beteiligte lauern könnten.

Nachdem sämtliche Grundakten im Land Baden-Württemberg im Grundbuchzentralarchiv liegen, wäre die persönliche Einsichtnahme durch die Notarin oder ihre Mitarbeiter regelmäßig nicht möglich. Die Rechercheaufgabe, Erstellung der beglaubigten Ablichtungen und Übersendung würde dem Grundbuchamt obliegen.

► 5) Zusammenfassung

Das Urteil des OLG Hamm ist nur im Ergebnis richtig. Die Begründung ist jedenfalls in dem Teil, der sich mit notariellen Amtspflichten bei Beurkundung eines Kaufvertrages über ein Erbbaurecht befasst, nicht überzeugend. Das Gericht verkennt die rechtliche Qualifikation des Heimfallanspruches. Einschlägige gesetzliche Vorschriften des BeurkG werden nicht angewendet. Einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird übergangen. Die in Bezug genommene Rechtsprechung wird zu Unrecht für die vom Gericht gegebenen Gründe herangezogen.

Die vom OLG behauptete Amtspflicht liefe auf die Beziehung aller auch nur möglicherweise relevanten Eintragungsunterlagen hinaus. Die praktische Auswirkung dieser Rechtsprechung auf die Praxis der Grundbuchämter könnte eine massiv verstärkte Inanspruchnahme der Einsicht in Grundakten und Fertigung von beglaubigten Ablichtungen von Eintragungsgrundlagen sein.

Man sollte im Ergebnis an der gesetzlichen Regelung festhalten: Das Grundbuch ist einzusehen, § 21 BeurkG, die Grundakten und darin enthaltene Erklärungen und Bewilligungen nur ausnahmsweise, wenn wirklich besonderer Anlass besteht. Bei Beurkundung eines Kaufvertrages über ein Erbbaurecht besteht im Regelfall kein besonderer Anlass für die Notarin, den Erbbaurecht zu prüfen und über ihn zu belehren. Es sei denn, die Beteiligten wünschen dies.

Notar Dr. Johann Dieckmann / Ludger Hofstetter,
Freiburg i.Br.

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

Zum Prüfungsumfang des Vollstreckungsgerichts bei einer vom Notar erteilten Vollstreckungsklausel.

BGH (V. Zivilsenat),
Beschluss vom 28.04.2022 – V ZB 12/20

► I. Sachverhalt:

1 Die Schuldnerin ist Eigentümerin der im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundstücke. Aufgrund der von der Schuldnerin am 15. Juni 2015 notariell beurkundeten Bewilligung ist für die Gläubigerin im Grund-

buch eine brieflose Grundschuld über 1 Mio. € nebst 14 % Zinsen p.a. eingetragen. Der Notar erteilte der Gläubigerin am 16. Juni 2015 eine vollstreckbare Ausfertigung der Bestellsurkunde, die der Schuldnerin am 17. Juni 2015 zugestellt wurde.

2 Auf Antrag der Gläubigerin hat das Amtsgericht die Zwangsversteigerung der Grundstücke der Schuldnerin wegen des dinglichen Anspruchs aus der Grundschuld angeordnet. Das Landgericht hat die dagegen gerichtete Beschwerde der Schuldnerin zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, deren Zurückweisung die Gläubigerin beantragt hat, hat die Schuldnerin zunächst die Aufhebung des Zwangsversteigerungsverfahrens erreichen wollen. Nachdem die Gläubigerin den Versteigerungsantrag zurückgenommen und das Amtsgericht das Zwangsversteigerungsverfahren aufgehoben hat, haben Schuldnerin und Gläubigerin das Rechtsbeschwerdeverfahren übereinstimmend für erledigt erklärt.

▶ II. Aus den Gründen:

3 Das Landgericht meint, die Zwangsversteigerung sei zu Recht angeordnet worden. Die formellen Voraussetzungen für die Anordnung lägen vor, da der Antrag auf einen der Schuldnerin zugestellten Titel mit Vollstreckungsklausel gestützt sei. Dass die vollstreckbare Ausfertigung der Bestellsurkunde der Gläubigerin sofort, mithin ohne Nachweis der Kündigung und ohne Einhaltung der sechsmonatigen Frist des § 1193 Abs. 1 BGB erteilt worden sei, führe nicht zu einer von dem Vollstreckungsgericht zu berücksichtigenden Unwirksamkeit der Klausel. Auf die Frage, ob die Vollstreckungsklausel materiell zu Recht erteilt worden sei, namentlich ob der Verzicht auf den Nachweis des Entstehens und der Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung zulässig sei, komme es nicht an. Das Vollstreckungsgericht habe nur zu prüfen, ob die Klausel vorhanden und ob sie ordnungsgemäß erteilt worden sei, nicht hingegen, ob sie materiell habe erteilt werden dürfen. Die Entscheidung des Notars, ob die Klausel in einfacher oder qualifizierter Form zu erteilen sei, unterliege nicht der Nachprüfung durch das Vollstreckungsgericht.

4 1. Aufgrund der übereinstimmenden Erledigungserklärungen der Schuldnerin und der Gläubigerin ist über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens gemäß § 91a ZPO zu entscheiden, da sich die Beteiligten über die Fortsetzung des Zwangsversteigerungsverfahrens gestritten haben, mithin in einem kontradiktorischen Verhältnis zueinander stehen (vgl. Senat, Beschluss vom 25. Januar 2007 – V ZB 125/05, BGHZ 170, 378 Rn. 8). Die vorausgegangene Rücknahme des Zwangsversteigerungsantrags durch die Gläubigerin steht der Entscheidung nach § 91a

ZPO nicht entgegen, denn sie führt nicht dazu, dass der Gläubigerin entsprechend § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO alle Kosten des Verfahrens aufzuerlegen wären (vgl. Senat, Beschluss vom 25. Januar 2007 – V ZB 125/05, aaO Rn. 5). 5 2. Die nach § 91a ZPO zutreffende Entscheidung führt zur Auferlegung der Kosten auf die Schuldnerin, da ihre Rechtsbeschwerde keinen Erfolg gehabt hätte und es damit bei der Zurückweisung ihrer sofortigen Beschwerde durch das Beschwerdegericht geblieben wäre. Das Beschwerdegericht hat die Anordnung der Zwangsversteigerung durch das Amtsgericht zu Recht nicht beanstandet. Entgegen der Auffassung der Schuldnerin hat das Vollstreckungsgericht bei der Anordnung der Zwangsversteigerung nicht zu prüfen, ob der Gläubigerin eine einfache Vollstreckungsklausel nicht hätte erteilt werden dürfen, weil zum Zeitpunkt der Erteilung die Kündigungsfrist nach § 1193 Abs. 1 BGB offensichtlich nicht eingehalten war.

6 a) Die Frage, ob der Notar der Gläubigerin unmittelbar nach der Beurkundung der Grundschuldbestellung eine einfache Vollstreckungsklausel gemäß § 724 ZPO erteilen durfte, oder ob es der Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel, etwa gemäß § 726 ZPO, bedurft hätte, betrifft die materielle Richtigkeit der erteilten Vollstreckungsklausel, die grundsätzlich nicht zur Überprüfung des Vollstreckungsorgans gestellt ist. Seiner Nachprüfung unterliegt es, ob eine Klausel vorhanden ist und ob sie ordnungsgemäß erteilt wurde, nicht hingegen, ob sie erteilt werden durfte (BGH, Beschluss vom 12. Januar 2012 – VII ZB 71/09, MDR 2012, 367 Rn. 15; Beschluss vom 25. Oktober 2012 – VII ZB 57/11, JR 2013, 223 Rn. 9; Beschluss vom 1. Februar 2017 – VII ZB 22/16, WM 2017, 590 Leitsatz). Deshalb ist es insbesondere nicht Sache des mit der Vollstreckung des Titels befassten Vollstreckungsorgans, die Wirksamkeit der Klausel am Inhalt des Titels zu messen und die erforderliche Abgrenzung zwischen unbedingt und bedingt vollstreckbaren Titeln vorzunehmen (BGH, Beschluss vom 12. Januar 2012 – VII ZB 71/09, aaO; Beschluss vom 25. Oktober 2012 – VII ZB 57/11, aaO). Nur ausnahmsweise, nämlich bei grundlegenden, schweren Mängeln, kann die Erteilung der Vollstreckungsklausel nichtig und deshalb von vorneherein unwirksam sein (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Januar 2012 – VII ZB 71/09, aaO Rn. 16).

7 b) Das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht hatte daher vorliegend lediglich zu prüfen, ob die von der Gläubigerin eingereichte Ausfertigung der Grundschuldbestellsurkunde eine ordnungsgemäß erteilte Vollstreckungsklausel enthielt. Da dies der Fall war, hatte es die Zwangsversteigerung auf den Antrag der Gläubigerin anzuordnen. Es war nicht verpflichtet zu prüfen, ob der Notar die auf dem Titel angebrachte (einfache) Vollstre-

ckungsklausel materiell erteilen durfte, namentlich ob die Kündigungsfrist des § 1193 Abs. 1 BGB eingehalten und dies dem Notar hinreichend nachgewiesen war. Dass die Kündigungsfrist zum Zeitpunkt der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung am Folgetag der Beurkundung denklologisch noch nicht abgelaufen sein konnte, ändert an dieser rechtlichen Beurteilung entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nichts. Dieser Umstand führt insbesondere nicht dazu, dass von einem grundlegenden, schweren Mangel der Erteilung der Vollstreckungsklausel auszugehen wäre, der ausnahmsweise zu ihrer Nichtigkeit führte.

8 aa) Zwar handelt es sich bei dem Kündigungserfordernis des § 1193 Abs. 1 Satz 1 BGB um eine Vollstreckungsbedingung im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO, wenn sich der Schuldner in der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, so dass der Notar grundsätzlich gehalten ist, eine qualifizierte Vollstreckungsklausel frühestens nach entsprechendem Nachweis der Kündigung der Grundschuld zu erteilen (BGH, Beschluss vom 7. Oktober 2020 – VII ZB 56/18, BGHZ 227, 154 Rn. 14). Der Schuldner kann aber grundsätzlich auf den Schutz des Nachweiserfordernisses verzichten und erklären, dass der Notar dem Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde ohne Nachweis der das Bestehen und die Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung begründenden Tatsachen erteilen darf; die materielle Bedingung bleibt durch einen solchen Verzicht unberührt, verliert aber ihren Charakter als Vollstreckungsbedingung (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Oktober 2020 – VII ZB 56/18, aaO Rn. 17). Das gilt auch für das Kündigungserfordernis des § 1193 Abs. 1 Satz 1 BGB. Somit lässt sich allein aus dem Umstand, dass die Vollstreckungsklausel vorliegend unmittelbar nach der Beurkundung der Grundschuldbestellung erteilt wurde, noch nicht darauf schließen, dass die Erteilung der Klausel an einem grundlegenden, schwerwiegenden Mangel leidet.

9 bb) Das Vollstreckungsgericht war auch nicht verpflichtet zu prüfen, ob die Schuldnerin in der Grundschuldbestellungsurkunde einen solchen Nachweisverzicht erklärt hatte, denn diese Frage betrifft allein die materielle Richtigkeit der Vollstreckungsklausel. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Senat die von der Gläubigerin im Rechtsbeschwerdeverfahren eingereichte Kopie der Grundschuldbestellungsurkunde, in der die Schuldnerin den Notar ausdrücklich beauftragt hat, der Gläubigerin „sofort eine beglaubigte Fotokopie und eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde zu erteilen“, nach § 559 Abs. 1 ZPO berücksichtigen kann und wie dieser Auftrag auszulegen ist. Erst recht war das Vollstreckungsgericht nicht gehalten zu prüfen, ob ein etwaiger von der Schuldnerin erklärter Nachweisverzicht aus materiell-rechtlichen Erwägungen,

etwa gemäß oder entsprechend § 134 oder §§ 307 ff. BGB unwirksam sein könnte, da diese Prüfung eine umfassende materiell-rechtliche Würdigung erforderte, zu der der Notar bei der Klauselerteilung nicht berufen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Oktober 2020 – VII ZB 56/18, BGHZ 227, 154 Rn. 20) und erst recht nicht das Vollstreckungsgericht bei der Anordnung der Zwangsversteigerung auf der Grundlage der von dem Notar erteilten Klausel. Der Schuldner ist hierdurch nicht rechtlos gestellt, ihm bleibt unbenommen, materiell-rechtliche Einwände gegen die Klauselerteilung oder die Zwangsvollstreckung mit den hierfür zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen (vgl. zu diesen BGH, Beschluss vom 7. Oktober 2020 – VII ZB 56/18, aaO Rn. 23 f.) geltend zu machen.

Zum Vollzug einer Teilungserklärung im Grundbuch

WEG §§ 8, 7, 6, 1, GBO §§ 18, 19, BGB § 878

Amtlicher Leitsatz:

Ergibt die Verteilung der Miteigentumsanteile in einer Teilungserklärung mehr als ein Ganzes, kann die beantragte Eintragung im Grundbuch nicht vollzogen werden. Gleichwohl ist die sofortige Zurückweisung des Antrags allein aus diesem Grund regelmäßig nicht gerechtfertigt. Vielmehr kommt der Erlass einer Zwischenverfügung in Betracht, um dem Antragsteller die Berichtigung der Verteilung der Miteigentumsanteile zu ermöglichen. Entsprechend ist die Bewilligung zu berichtigen, was aber insoweit rückwirkend auf den Zeitpunkt der Antragstellung möglich ist.

KG, Beschluss vom 12. Juli 2022 – 1 W 258/22

Aus Gründen:

1 Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO, und führt in der Sache zu einem vorläufigen Erfolg. Die Zurückweisung des Antrags vom 11. März 2021 war nicht geboten. Allerdings ist der Antrag nach wie vor nicht zur Eintragung reif, weil ihm noch Hindernisse entgegenstehen, die aber mit Wirkung auf den Zeitpunkt der Antragstellung behoben werden können. Das Grundbuchamt ist deshalb zum Erlass einer Zwischenverfügung, § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO, anzuweisen.

2 Das Grundbuchamt hat einen Antrag auf Eintragung im Grundbuch zurückzuweisen, wenn nach Ablauf der in

einer vorherigen Zwischenverfügung bestimmten Frist die Hebung eines dort bezeichneten Hindernisses nicht nachgewiesen worden ist, § 18 Abs. 1 S. 2 GBO. Diese Voraussetzungen lagen im Zeitpunkt des angefochtenen Beschlusses nicht vor.

3 Zwar hat das Grundbuchamt am 19. Mai 2021 eine Verfügung erlassen, die formell und inhaltlich sämtliche Voraussetzungen an eine Zwischenverfügung, § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO, erfüllte. Die dort bestimmte Frist war im Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung auch abgelaufen. Jedoch hat das Grundbuchamt ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich bei der Verfügung vom 19. Mai 2021 nicht um eine Zwischenverfügung in diesem Sinne handeln sollte. Das Grundbuchamt ging davon aus und hat dies auch wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass nicht alle in der Verfügung aufgeführten Eintragungshindernisse mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Antrags zu beseitigen seien. In einem solchen Fall ist für den Erlass einer Zwischenverfügung kein Raum (BGH, MittBay-Not 2021, 239, 240).

4 An dieser Beurteilung ändert sich nichts dadurch, dass der Senat die Auffassung des Grundbuchamts nicht teilt, die unzutreffende Verteilung der Miteigentumsanteile könne nicht rückwirkend berichtigt werden. Das lässt eine Auslegung der Verfügung vom 19. Mai 2021 als Zwischenverfügung im Sinne von § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO gleichwohl nicht zu. Dem steht der ausdrückliche Wille des Grundbuchamts entgegen und letztlich der Umstand, dass eine solche Auslegung zu Lasten der Beteiligten ginge, weil dann die Voraussetzungen für die Zurückweisung gemäß § 18 Abs. 1 S. 2 GBO vorlägen.

5 Die Zurückweisung des Antrags vom 11. März 2021 konnte auch nicht auf der Grundlage von § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GBO erfolgen. Die Entscheidung zwischen der sofortigen Zurückweisung und dem Erlass einer Zwischenverfügung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Grundbuchamtes (Demharter, GBO, 32. Aufl., § 18, Rdn. 21). Jedoch ist der Erlass einer Zwischenverfügung die Regel, die sofortige Zurückweisung die Ausnahme. Gerade bei leicht zu behhebenden Mängeln könnte eine sofortige Zurückweisung empfindliche Härten mit sich bringen. Zudem bedarf die sofortige Zurückweisung auch unter rechtsstaatlichen Grundsätzen besonderer Begründung. Zu beachten ist, dass ein Antragsteller vor einer nachteiligen gerichtlichen Maßnahme grundsätzlich Gelegenheit haben muss, dazu gehört zu werden und Gelegenheit zu erhalten, fehlende Voraussetzungen der beantragten Eintragung in angemessener Frist zu erfüllen (OLG München, DNotZ 2008, 934, 935).

6 Letzteres hat das Grundbuchamt mit dem Erlass seiner „Aufklärungsverfügung“ durchaus berücksichtigt. Die Beteiligte hat Gelegenheit erhalten, die aufgeführten Mängel ihres Antrags zu beseitigen. Gleichwohl war der Beschluss

vom 6. Dezember 2021 ermessensfehlerhaft, weil er auf einer unzutreffenden rechtlichen Beurteilung der Art der Mängel beruhte. Insbesondere die Annahme des Grundbuchamts, die Verteilung der Miteigentumsanteile habe nicht rückwirkend berichtigt werden können, trifft nicht zu. **7** Wohnungs- und Teileigentum bestehen jeweils aus dem Sondereigentum an bestimmten Räumen eines Gebäudes und einem Miteigentumsanteil an dem Grundstück, §§ 1 Abs. 2 und 3, 3 Abs. 1, 6, 8 Abs. 1 WEG. Bei Begründung von Miteigentum an einer Sache wird diese nicht real geteilt. Es erfolgt vielmehr eine ideelle Teilung des Eigentumsrechts an der ganzen Sache (Grüneberg/Herrler, BGB, 81. Aufl., § 1008, Rdn. 1). Folglich kann die Summe der Anteile ein Ganzes nicht übersteigen.

8 Dem widersprach die nach Maßgabe der UR-Nr. 2xx/2xxx-NÖ des Notars Sxxxx Nxxxxx in Essen erfolgte Verteilung der Miteigentumsanteile. Die dort in § 2 in Bezug genommene Anlage 1 ergab 10.002/10.000 Anteile. Eine solche Aufteilung ist nicht eintragungsfähig bzw. müsste im Nachhinein von Amts wegen wieder gelöscht werden, § 53 Abs. 1 S. 2 GBO. Gleichwohl lässt dies nicht den Schluss zu, damit liege insgesamt keine Erklärung über die bewilligte Eintragung vor. Die Beteiligte hat eindeutig ihren Willen zum Ausdruck gebracht, das Grundstück durch Bildung von 86 Wohnungseigentumsrechten und einem Teileigentumsrecht an den in den beigefügten Plänen mit entsprechenden Nummern bezeichneten Räumen gemäß § 8 WEG aufzuteilen. Inhalt und Zweck der Erklärung sind danach erkennbar. Mängel in der konkreten Ausgestaltung dieser Erklärung, die nicht im Wege der Auslegung eindeutig behebbar sind, können und müssen von der Beteiligten durch ergänzende Erklärungen korrigiert werden (vgl. *Wilke*, in: Baur/Schaub, GBO, 4. Aufl., § 18, Rdn. 15).

9 Die Beteiligte hat die in der „Aufklärungsverfügung“ des Grundbuchamts aufgeführten Eintragungshindernisse inzwischen weitgehend beseitigt, was im Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen ist, § 74 GBO. Insbesondere hat sie zur UR-Nr. 1xxx/2xxx-NÖ des Notars Sxxxx Nxxxx in Essen die Aufteilung der Miteigentumsanteile auf ein Ganzes beschränkt. Aus der dort in Bezug genommenen Anlage 1 ergeben sich insgesamt 10.000/10.000 Anteile. Diese Anlage soll ausdrücklich die Anlage 1 aus der UR-Nr. 2xx/2xxx-NÖ ersetzen.

10 Die fehlende Genehmigung nach § 250 Abs. 1 S. 1 BauGB stellt kein Eintragungshindernis dar.

11 Allerdings bedarf die Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum der Genehmigung, wenn das bereits mit einem Gebäude bebaute betroffene Grundstück in einem Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt im Sinne von § 201a S. 3 und 4 BauGB belegen ist, das als ein solches Gebiet durch landesrechtliche Rechtsverordnung bestimmt worden ist, § 250 Abs. 1

S. 1 BauGB. Dementsprechende Eintragungen in das Grundbuch darf das Grundbuchamt nur vornehmen, wenn ihm die Genehmigung oder das Nichtbestehen der Genehmigungspflicht nachgewiesen ist, § 250 Abs. 5 S. 1 BauGB. Der Senat von Berlin hat mit der Verordnung über einen Genehmigungsvorbehalt gemäß § 250 Abs. 1 S. 1 des Baugesetzbuchs für die Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten (Umwandlungsverordnung nach § 250 BauGB) vom 21. September 2021 (GVBl. vom 6. Oktober 2021, 1175) das gesamte Land Berlin als ein Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt bestimmt, § 1 Umwandlungsverordnung. Die Verordnung ist am 7. Oktober 2021 in Kraft getreten, § 3 Abs. 1 Umwandlungsverordnung.

12 Hingegen hat der erkennende Senat entschieden, dass das Genehmigungserfordernis nach § 250 Abs. 1 S. 1 BauGB im Anwendungsbereich des § 878 BGB kein Eintragungshindernis darstellt (Senat, Beschluss vom 2. Dezember 2021 – 1 W 384/21 – NZM 2022, 109, 110). Ist die dingliche Einigung bindend geworden und der Eintragungsantrag bei dem Grundbuchamt gestellt worden, können danach eintretende Verfügungsbeschränkungen einen Rechtserwerb nicht mehr beeinflussen, § 878 BGB. Bei einer Aufteilung nach § 8 WEG gilt dies entsprechend (BGH, NJW 2017, 1546, 1547; MittBayNot 2020, 385, 387).

13 Hier hat die Beteiligte den Antrag auf Vollzug ihrer Teilungserklärung vor Inkrafttreten der Umwandlungsverordnung gestellt. Damit waren die Voraussetzungen des § 878 BGB erfüllt. Daran ändert auch der hier angefochtene Beschluss des Grundbuchamts vom 6. Dezember 2021 nichts. Die Schutzwirkung des § 878 BGB endet nur bei rechtmäßiger Zurückweisung des Eintragungsantrags (BGHZ 136, 87, 91). Das ist vorliegend nicht der Fall. Im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Beschlusses bestand aus den oben dargestellten Gründen – noch – kein Anlass für die Zurückweisung.

14 Richtet sich die Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Eintragungsantrags, fällt dem Beschwerdegericht der gesamte Antrag zur Entscheidung an. Stellt sich dessen Vollzugsreife im Zeitpunkt der Entscheidung über die Beschwerde heraus, ist das Grundbuchamt folglich zur antragsgemäßen Eintragung im Grundbuch anzuweisen (OLG Hamm, OLGZ 1978, 304, 306). Stellt das Beschwerdegericht hingegen weitere Hindernisse fest, kommt nur die Anweisung zum Erlass einer Zwischenverfügung in Betracht. So ist es hier.

15 Die Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentumsrechte erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 S. 1 GBO, wenn sie der Eigentümer des Grundstücks bewilligt, § 19 GBO. Soll die Aufteilung aufgrund einer sogenannten Teilungserklärung des Eigentümers erfolgen, § 8

Abs. 1 WEG, gelten die grundbuchrechtlichen Vorschriften bei vertraglicher Begründung von Wohnungs- und Teileigentum entsprechend, §§ 8 Abs. 2, 7 WEG. Der Bewilligung sind deshalb als Anlagen ein Aufteilungsplan und eine Abgeschlossenheitsbescheinigung der Baubehörde beizufügen, § 8 Abs. 2, 7 Abs. 4 S. 1 WEG.

16 Bei Anlegung der Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher kann das Grundbuchamt in den Bestandsverzeichnissen zur näheren Bezeichnung des Gegenstands und des Inhalts des Sondereigentums auf die Eintragungsbewilligung Bezug nehmen, §§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 3 S. 1 WEG. Hatte der teilende Eigentümer seiner Bewilligung als Anlage einen Aufteilungsplan sowie eine Abgeschlossenheitsbescheinigung beigefügt, werden diese von der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung erfasst und ebenfalls zum Gegenstand der Grundbucheintragung (BGH, MDR 2005, 83).

17 Die Beteiligte hat in der Teilungserklärung vom 5. März 2021 ausdrücklich auf die beigefügte Abgeschlossenheitsbescheinigung Nr. 2xxx/4xx des Bezirksamts Nxxxx von Bxxxx vom 15. Juni 2020 sowie die dazu gehörigen 35 Blatt Aufteilungspläne Bezug genommen. Hingegen hat das Bezirksamt Nxxxx von Bxxxx am 23. Februar 2022 die Ergänzungsbescheinigung Nr. 2xxx/2xx zur vorgenannten Abgeschlossenheitsbescheinigung erlassen und dabei die Ansichten Nr. 5 und 8 der ursprünglichen Aufteilungspläne ausgetauscht. Weder die Ergänzungsbescheinigung noch die dort in Bezug genommenen Pläne werden in der UR-Nr. 1xxx/2xxx-NÖ erwähnt. Sie werden von der dort erklärten Bewilligung also nicht erfasst. Das zu ergänzen wird der Beteiligten von dem Grundbuchamt in einer Zwischenverfügung aufzugeben sein. Die Inbezugnahme der Ergänzungsbescheinigung Nr. 2xxx/2xx ist schon deshalb erforderlich, weil in der ursprünglichen Abgeschlossenheitsbescheinigung das Flurstück falsch bezeichnet worden war, was das Grundbuchamt zu Recht beanstandet hatte.

18 Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass das Grundbuchamt nicht gehindert sein wird, die zu erlassende Zwischenverfügung über die vorliegenden Ausführungen hinaus zu erweitern, sollte es noch zusätzliche Eintragungshindernisse erkennen.

Bestimmtheitsgrundsatz bei Eintragung von Sondereigentum

Normenkette:

WEG § 4 § 5 Abs. 4, § 7, § 10

Amtlicher Leitsatz:

Die in einer notariell beurkundeten Teilungserklärung aufgenommene Bestimmung: „Sollten die zu Sondereigentum erklärten Gebäudeteile nicht sondereigentumsfähig sein, so sind sie den jeweils zugehörigen Sondereigentumseinheiten zur Sondernutzung zugewiesen und hinsichtlich der Instandhaltungspflichten und etwaiger Betriebskosten wie Sondereigentum zu behandeln“ verstößt nicht gegen den im Grundbuchrecht geltenden Bestimmtheitsgrundsatz. (Rn. 11 – 15)

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat),

Beschluss vom 25.05.2022 – 3 Wx 59/22

► I. Sachverhalt:

1 Die Beteiligte ist die im Grundbuch eingetragene Eigentümerin des verfahrensgegenständlichen, mit einem Wohngebäude bebauten Grundbesitzes. Mit notarieller Urkunde vom 15. September 2021 erklärte sie die Aufteilung des Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentum. In Absatz (2) a) der Urkunde bestimmte sie, welche Räume und Bestandteile zum Sondereigentum gehören. Der Absatz schließt mit folgender Erklärung:

„Sollten die zu Sondereigentum erklärten Gebäudeteile nicht sondereigentumsfähig sein, so sind sie den jeweils zugehörigen Sondereigentumseinheiten zur Sondernutzung zugewiesen und hinsichtlich der Instandhaltungspflichten und etwaiger Betriebskosten wie Sondereigentum zu behandeln.“

2 Mit Zwischenverfügung vom 7. Februar 2022 wies das Grundbuchamt die Beteiligte darauf hin, dass die vorstehend wiedergegebene Vereinbarung nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz entspreche und nicht eintragungsfähig sei. Bei Eintragung müsse feststehen, was zum Gemeinschaftseigentum und was zum Sondereigentum gehöre.

3 Hiergegen wendet sich die Beteiligte mit ihrer Eingabe vom 24. Februar 2022 sowie mit ihrer als Erinnerung bezeichneten Schrift vom 15. März 2022. In der Teilungserklärung sei genau definiert, was zum Sondereigentum gehöre. Wäre aber die Zuweisung (idR aufgrund von Rechtsprechung) nicht möglich, sei aus Gründen der Rechtssicherheit hilfsweise geregelt, dass es sich dann wegen der Kostentragung insoweit um ein Sondernutzungsrecht handele. Für die Zulässigkeit der Regelung spreche, dass eine unzulässige Begründung von Sondereigentum auch in eine Ausweisung von Sondernutzungsrechten umgedeutet werden könne.

4 Das Grundbuchamt hat unter dem 6. April 2022 einen Nichtabhilfe- und Vorlagebeschluss erlassen. Der bean-

standete Passus stelle es in das Ermessen des Grundbuchamtes, was tatsächlich zum Sondereigentum gehöre und was „nur“ Sondernutzungsrecht werden solle. Es ergebe sich gerade nicht aus dem Gesetz, ob die Gegenstände im Sondereigentum stünden; je nachdem welcher Meinung sich das Grundbuchamt anschließe, würde es durch sein Ermessen Gegenstände zum Sondereigentum deklarieren oder Sondernutzungsrechte daran begründen.

5 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Grundakten verwiesen.

► II. Aus den Gründen:

6 Das als unbefristete Beschwerde zulässige Rechtsmittel der Beteiligten gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes vom 7. Februar 2022, §§ 18 Abs. 1 Satz 1, 71 Abs. 1 GBO, ist begründet.

7 Das vom Grundbuchamt gesehene Eintragungshindernis besteht nicht. Die Erklärungen in Abschnitt (2) a) der Teilungserklärung vom 15. September 2021 genügen dem im Grundbuchrecht geltenden Bestimmtheitsgrundsatz.

8 Ganz allgemein formuliert besagt der Bestimmtheitsgrundsatz, dass das Grundstück, über das durch Rechtsgeschäft verfügt werden soll, sowie Berechtigter und Inhalt eines an einem Grundstück eintragungsfähigen Rechts klar und eindeutig feststehen müssen (vgl. statt aller: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 18).

9 Für den hier in Rede stehenden Sachverhalt der Begründung von Wohnungseigentum gilt, dass die Miteigentumsanteile an dem gesamten Grundstück sowie die jeweils verbundenen Sondereigentumsrechte im Grundbuch eingetragen werden, § 7 Abs. 1 Satz 2 WEG. Die Eintragung sowohl des Gegenstandes als auch des Inhaltes des Sondereigentums erfolgt regelmäßig durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (Hügel/Elzer, Wohnungseigentumsgesetz, 3. Aufl. 2021, § 7 Rn. 8). Darüber hinaus können auch Sondernutzungsrechte, bei denen es sich zwar nicht um ein dingliches Recht, sondern um eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer (§ 10 WEG) bzw. eine einseitige Erklärung des teilenden Alleineigentümers (§ 8 WEG) handelt, im Grundbuch eingetragen werden, § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG; die Eintragung erfolgt als ausdrückliche Eintragung des Sondernutzungsrechts oder durch Bezugnahme auf die zugrundeliegende Vereinbarung der Wohnungseigentümer bzw. die Teilungserklärung (vgl. Hügel/Elzer, a.a.O., § 7 Rn. 17 ff.).

10 Gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 WEG kann Sondereigentum nicht unter einer Bedingung oder einer Befristung eingeräumt werden. Das entspricht der Rechtslage bei Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, § 925 Abs. 2 BGB. Ausgeschlossen sind deshalb sowohl aufschieben-

de als auch auflösende Bedingungen (§ 158 BGB) (Hügel/Elzer, a.a.O., § 4 Rn. 20; vgl. für § 925 BGB: MüKoBGB/*Ruhwinkel*, 8. Aufl. 2020, § 925 Rn. 30). Sinn und Zweck der gesetzlich angeordneten Bedingungsfeindlichkeit der Einräumung von Sondereigentum bzw. der Übertragung von Grundeigentum ist der Ausschluss möglicher Zweifel über die Wirksamkeit des dinglichen Rechtsaktes im Interesse der Sicherheit des Grundstückverkehrs. Zulässig sind hingegen Rechtsbedingungen, sog. *condicio iuris* (MüKoBGB/*Ruhwinkel*, a.a.O., § 925 Rn. 31; BeckOGK/*Reymann*, BGB, Stand: 1. März 2022, § 158 Rn. 39.3). Eine Rechtsbedingung ist eine unechte Bedingung und liegt vor, wenn die Parteien eines Rechtsgeschäfts die Wirksamkeit ihrer Erklärungen davon abhängig machen, dass eine bestimmte gesetzliche Voraussetzung für das Zustandekommen oder die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts erfüllt ist. Dass die Erklärung bzw. das Geschäft (ggfs. zunächst) keine Wirkungen entfaltet, beruht also nicht auf dem Willen des oder der Erklärenden, sondern auf dem Willen des Gesetzes. Der bei einer Rechtsbedingung entstehende Schwebezustand entspricht somit genau der Lage, die besteht, wenn der Erklärende bzw. die Parteien gar keine Kenntnis von dem gesetzlichen Wirksamkeitserfordernis haben und keine Rechtsbedingung vereinbaren (vgl. MüKoBGB/*Westermann*, 9. Aufl. 2021, § 158 Rn. 54, BeckOGK/*Reymann*, a.a.O., § 158 Rn. 38 ff.).

11 Das vorausgeschickt erweisen sich die in Abschnitt (2) a) der Teilungserklärung getroffenen Bestimmungen als wirksam; die im letzten Satz des Abschnitts erklärte Zuweisung zur Sondernutzung für den Fall der fehlenden Sondereigentumsfähigkeit der zuvor bezeichneten Gebäudeteile führt nicht zur mangelnden Bestimmtheit der Teilungserklärung.

12 Die im letzten Satz des Abschnitts (2) a) der Teilungserklärung enthaltene Regelung ist eine Rechtsbedingung im vorstehend definierten Sinne. Zunächst ist in Abschnitt (2) a) bestimmt, welche Gebäudeteile zum Sondereigentum gehören sollen. Im letzten Satz ist sodann geregelt, was gelten soll, wenn die genannten Gebäudeteile nicht sondereigentumsfähig sein sollten; dann nämlich sollen sie – wenigstens – zur Sondernutzung zugewiesen sein. Das zeigt, dass die Zuweisung von Sondereigentum davon abhängig sein soll, dass die Sondereigentumsfähigkeit der ausdrücklich genannten Gebäudeteile verneint wird. Die also nach dem Inhalt der Teilungserklärung maßgebliche Frage der Sondereigentumsfähigkeit der ausdrücklich genannten Gebäudeteile ist eine Rechtsfrage. Sie stellt sich nicht nur im hier zu entscheidenden Einzelfall, sondern immer, wenn der Eigentümer eines Grundstücks dessen Teilung erklärt und die Eintragung von Wohnungseigentum beantragt. Die Sondereigentumsfähigkeit von Gebäudeteilen richtet sich nach § 5 WEG, der die Abgren-

zung von Gemeinschaft- und Sondereigentum regelt. Die Norm definiert den Begriff Sondereigentum, wobei Abs. 1 der Vorschrift positiv umschreibt, was Sondereigentum sein kann, und Abs. 2 negativ festlegt, welche Gebäudeteile auf keinen Fall sondereigentumsfähig sind. Die Regelungen sind zwingend (BeckOK WEG/*Leidner*, 48. Edition, Stand: 1. März 2022, § 5 Rn. 1).

13 Entscheidend für die von der Beteiligten beantragte Eintragung im Grundbuch ist also die Rechtsfrage, ob die in der Teilungserklärung in erster Linie gewollte Zuweisung der genannten Gebäudeteile zum Sondereigentum wirksam ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt nicht vom Willen der Beteiligten ab, sondern davon, ob die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 WEG gegeben sind. Diese – im Einzelfall möglicherweise schwierige und streitige – rechtliche Frage hat das Grundbuchamt vor der Eintragung zu prüfen; ein Ermessen steht ihm – entgegen der Argumentation im Nichtabhilfebeschluss – insofern nicht zu.

14 Der im letzten Satz des Abschnitts (2) a) der Teilungserklärung getroffenen Bestimmung, nämlich der Zuweisung der rechtlich nicht als sondereigentumsfähig zu bewertenden Gebäudeteile zur Sondernutzung, kommt also allein die Bedeutung zu, vorsorglich und hilfsweise bereits in der Teilungserklärung den Willen des teilenden Eigentümers dahin festzuhalten, dass an den fraglichen Gebäudeteilen wenigstens in rechtlicher Hinsicht ein Sondernutzungsrecht bestehen soll. Bedenken gegen die Zulässigkeit der Regelung ergeben sich auch deshalb nicht, da in der Rechtsprechung und in der überwiegenden Literatur anerkannt ist, dass die unwirksame Begründung von Sondereigentum in die Bestellung eines Sondernutzungsrechts umgedeutet werden kann, § 140 BGB (Senat, NJW-RR 1998, 515; OLG Karlsruhe ZMR 2010, 873 ff.; BeckOK WEG/*Leidner*, a.a.O., § 5 Rn. 63; BeckOKG/*Monreal*, Stand: 1. Dezember 2021, § 5 WEG Rn. 63). Auch die Umdeutung hat den Zweck, den von den Parteien erstrebten wirtschaftlichen Erfolg auch dann zu verwirklichen, wenn das rechtliche Mittel, das sie dafür gewählt haben, unzulässig ist, jedoch ein anderer, rechtlich gangbarer Weg zur Verfügung steht, der zum annähernd gleichen wirtschaftlichen Ergebnis führt (BGHZ 68, 204, 206). Die im Kommentar von Schöner/Stöber (a.a.O., Rn. 2917) angeführte Erwägung, der Eintragungsantrag und die Eintragungsbewilligung müssten klar und bestimmt sein, weshalb im Eintragungsverfahren eine Umdeutung nicht hinnehmbar sei, verfährt im hier zu beurteilenden Fall nicht. Wie ausgeführt, ist die hiesige Teilungserklärung klar und bestimmt: gewollt ist die Begründung von Sondereigentum an allen im Abschnitt (2) a) genannten Gebäudeteilen. Die Teilungserklärung wird nicht dadurch unklar, dass zugleich erklärt ist, welche Folgen nach dem Willen des teilenden Eigentümers daran geknüpft sein sollen, sollte

die Begründung von Sondereigentum rechtlich unzulässig sein; das Gegenteil ist der Fall, denn nach dem eindeutigen Inhalt der Teilungserklärung soll dann ein Sondernutzungsrecht bestehen. Demzufolge entsteht auch für das Grundbuchamt keine Unklarheit, welche Eintragungen beantragt sind: beantragt ist, die Eintragung der in Abschnitt (2) a) genannten Gebäudeteile als Sondereigentum, hilfsweise sollen Sondernutzungsrechte eingetragen werden. Ein Fall der Umdeutung einer Erklärung ist das nicht.

15 Ist demnach die im letzten Satz von Abschnitt (2) a) der Teilungserklärung hilfsweise erklärte Begründung von Sondernutzungsrechten rechtlich nicht zu beanstanden (eine entsprechende Regelung in einer Teilungserklärung wird auch von *Leidner* in BeckOKWEG, a.a.O., § 5 Rn. 63.1 vorgeschlagen), ist die angefochtene Zwischenverfügung aufzuheben und die Sache dem Grundbuchamt zur erneuten Bescheidung des Eintragungsantrages zurückzugeben.

Begründung von Sondereigentum an einer Sondernutzungsfläche

WEG § 4

Amtlicher Leitsatz:

Für die Begründung von Sondereigentum an einer im Gemeinschaftseigentum stehenden Sondernutzungsfläche bedarf es der Einigung aller Miteigentümer in grundbuchmäßiger Form.

OLG Köln,

Beschl. v. 11. Juli 2022 – 2 Wx 138/22

I. Tatbestand:

1 Am 22.08.2002 ließ die damalige Eigentümerin des oben bezeichneten Grundstücks eine Teilungserklärung zur Begründung von Wohnungs- und Teileigentum beurkunden (URNr.).

2 Eine der Einheiten ist wie folgt bezeichnet: „296/10.000 Miteigentumsanteil, verbunden mit dem Sondereigentum an den nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen in der Ebene 0, im Aufteilungsplan alles mit Nr. 7 bezeichnet.“ (S. 6 der Urkunde). Unter § 3 d) ist dieser Einheit folgendes Sondernutzungsrecht zugeordnet: „Die Nutzung derjenigen Grundstücksfläche, die in dem als Anlage 1 beigefügten Aufteilungsplan gepunktet dargestellt und mit SNR 7 bezeichnet ist, steht allein dem jeweiligen Eigentümer

des Sondereigentums Nr. 7 des Aufteilungsplans zu, und zwar als Terrassenfläche insbesondere für Außen-gastronomie.“

3 Unter § 9 („Änderung der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung, Vorbehalt von Nutzungsänderungen und baulichen Änderungen“) heißt es auszugsweise:

...

2. Weiterhin bleiben nach freiem Ermessen des Eigentümers vorbehalten Änderungen bezüglich Wohnungs- und Teileigentumseinheiten, solange diese noch im Eigentum des derzeitigen Eigentümers stehen, insbesondere:

2.1. ...

2.2. ...

2.3. Die Teilung eines Miteigentumsanteiles (Wohnungs-/ Teileigentumseinheit und/oder Vereinigung einer geteilten Wohnungs-/Teileigentumseinheit mit einer oder mehreren Wohnungs-/Teileigentumseinheiten; insbesondere kann die jeweilige Sondereigentumseinheit wiederum aufgeteilt werden bzw. eine Wohnungseigentumseinheit in eine Teileigentumseinheit umgewandelt werden und umgekehrt. Dieses Recht steht auch auf Dauer den künftigen Eigentümern im gleichen Umfang zu.

3. Soweit im Zuge der vorgenannten Veränderungen rechtliche Abänderungen bezüglich des Gemeinschaftseigentums erforderlich sind, gelten diese ebenfalls als gestattet; insbesondere gilt als gestattet auch eine erforderliche tatsächliche Veränderung am Gemeinschaftseigentum. Ebenso sind darüber hinausgehende tatsächliche Veränderungen am Gemeinschaftseigentum und sich daraus ergebende Änderungen von Teilungserklärung, Gemeinschaftsordnung und Pläne gestattet, sofern dies aus architektonischen oder bautechnischen Gründen erforderlich ist.

...

Zu den vorstehend bezeichneten Änderungen ist allein der derzeitige Grundstückseigentümer berechtigt bzw. zu den vorstehenden Punkten 2.2. und 2.3 die jeweiligen künftigen Eigentümer und zwar mit Wirkung für und gegen alle übrigen Miteigentümer.

Den jeweiligen Sondereigentümern bleibt das Recht vorbehalten, alle Erklärungen und Bewilligungen abzugeben, Anträge zu stellen, die erforderlich sind, um Änderungen oder Ergänzungen der Teilungserklärung nebst Ordnung der Gemeinschaft im Grundbuch eintragen zu lassen.

Der jeweilige Sondereigentümer ist berechtigt zur Beschaffung etwa erforderlicher Genehmigungen und zur Durchführung aller baulichen Veränderungen, die erforderlich oder zweckmäßig sind, um die vorbezeichneten Änderungen oder Ergänzungen der Teilungserklärung zu verwirklichen, und zwar auch, soweit sie das Gemeinschaftseigentum betreffen.

Sofern infolge der tatsächlichen Veränderungen eine Änderung der Teilungserklärung notwendig wird, sind die jeweiligen Wohnungs- und Teileigentümer verpflichtet, bei solchen Änderungen und Eintragungen in das Grundbuch mitzuwirken. Die Kosten trägt der veranlassende Sondereigentümer.“

4 Wegen aller weiteren Einzelheiten der Teilungserklärung wird auf die Urkunde verwiesen.

5 Der Beteiligte wurde in Blatt 11307 als Eigentümer des genannten 296/10.000 Miteigentumsanteils verbunden mit dem Sondereigentum an dem im Aufteilungsplan mit Nr. 7 bezeichneten Teileigentum (Räume in der Ebene 0) eingetragen. Zugeordnet ist das Sondernutzungsrecht an der Fläche, die in der Anlage 1 mit SNR 7 bezeichnet ist.

6 In der wegen aller weiteren Einzelheiten in Bezug genommenen Urkunde des verfahrensbevollmächtigten Notars vom11.04.2022 (.....) hat der Beteiligte „Änderungen zur Teilungserklärung/Unterteilung nebst Umwandlung“ erklärt und angegeben, er wünsche das Teileigentum Nr. 7 des Aufteilungsplans in Wohnungseigentum umzuwandeln, unter gleichzeitiger Unterteilung in drei Wohnungseigentumseinheiten. Seine Teileigentumseinheit sei nicht gemäß den ursprünglichen Plänen errichtet worden, sondern im Rohbau stecken geblieben. Eine Nutzung der Sondernutzungsfläche der Einheit Nr. 7 als Terrasse habe sich wegen auf ihr errichteter Stützpfeiler und der Freihaltung als Fußgänger-Durchgangsweg zugunsten der Stadt Euskirchen endgültig erledigt. Die nunmehr grundbuchlich nachzuvollziehenden Veränderungen seien mithin bereits in der ursprünglichen Teilungserklärung inzident angelegt gewesen, was sich in den weitgehenden Änderungsbefugnissen der einzelnen Eigentümer auch niedergeschlagen habe. Diese Urkunde und eine Abgeschlossenheitsbescheinigung hat der Notar mit Schreiben vom 12.04.2022 bei dem Grundbuchamt eingereicht und beantragt,

a) die Eintragung der Inhaltsänderung der Teilungserklärung einschließlich der Aufhebung des Sondernutzungsrechts sowie der Aufhebung und Neuverbindung des Sondereigentums infolge der Unterteilung und Abspaltung sowie der Umwandlung in Wohnungseigentum, wie jeweils in Abschnitt 2 der Urkunde aufgeführt,

b) die Anlegung zweier neuer Wohnungseigentumsgrundbücher.

7 Mit in Bezug genomener Verfügung vom 26.04.2022 hat die Grundbuchrechtspflegerin Bedenken gegen den Antrag erhoben. Durch Beschluss vom 23.05.2022 hat sie den Antrag kostenpflichtig mit der Begründung zurückgewiesen, es bedürfe u.a. einer Einigung aller Miteigentümer, was durch die Regelung im letzten Absatz des § 9 der Teilungserklärung bestätigt werde.

8 Gegen den Beschluss hat der Beteiligte mit dem wegen der Einzelheiten der Begründung in Bezug genommenen Schriftsatz des verfahrensbevollmächtigten Notars vom 31.05.2022 Beschwerde eingelegt. Im Wesentlichen wird geltend gemacht, aus § 9 der Teilungserklärung ergebe sich die Befugnis des Miteigentümers, auch rechtliche Änderungen am Gemeinschaftseigentum erforderlichenfalls vorzunehmen, dies im Falle der Unterteilung mit Wirkung für und gegen alle übrigen Miteigentümer. Vorliegend erfolge eine Unterteilung unter Einbeziehung des ohnehin der Gemeinschaft entzogenen Sondernutzungsbereichs, die zur Umsetzung der einzig existierenden baurechtlich genehmigten Planung für die ursprüngliche Einheit Nr. 7 auch erforderlich sei. Der letzte Absatz des § 9 sei nur als kautelarjuristische Absicherung für den Fall aufzufassen, dass die vorstehenden Ermächtigungen als nicht durchgreifend gewertet werden sollten.

9 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt.

► II. Aus den Gründen:

10 Die nach § 71 GBO unbefristet zulässige Grundbuchbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

11 Das Grundbuchamt hat den Antrag des Beteiligten mit Recht zurückgewiesen, weil es – wie es zutreffenden ausgeführt hat – einer Einigung aller Miteigentümer in grundbuchrechtlicher Form bedarf.

12 Die Notwendigkeit einer solchen Einigung folgt aus § 4 Abs. 1 WEG, weil an der im Gemeinschaftseigentum stehenden Sondernutzungsfläche, die der Einheit Nr. 7 zugewiesen ist, Sondereigentum begründet werden soll. Die in der Teilungserklärung vom 22.08.2002 dem einzelnen Miteigentümer eingeräumten Änderungsvorbehalte machen eine Einigung aller Miteigentümer nicht entbehrlich. Dies gilt unabhängig davon, ob – entsprechend der Auffassung des Grundbuchamtes – die im letzten Absatz des § 9 Nr. 3 getroffene Regelung, wonach die anderen Miteigentümer zur Mitwirkung verpflichtet sind, einer Auslegung des ersten Absatzes des § 9 Nr. 3 im Sinne einer bereits vom teilenden Eigentümer im Voraus er-

teilten Gestattung zu Änderungen der Teilungserklärung (Änderungsvorbehalt) durch einen Miteigentümer entgegensteht:

13 Denn es ist schon nicht ersichtlich, dass die Gestaltung von Änderungen bezüglich des Gemeinschaftseigentums in § 9 Nr. 3 der Teilungserklärung den hier vorliegenden Fall umfasst. Soweit danach im Zuge von Veränderungen betreffend die Miteigentumsanteile gemäß § 9 2.1 bis 2.3 der Teilungserklärung erforderliche rechtliche Abänderungen des Gemeinschaftseigentums gestattet sind, liegt ein solcher Fall nicht vor. Es ist nicht ersichtlich, dass für die beabsichtigte Teilung des betroffenen Miteigentumsanteils eine rechtliche Veränderung des Gemeinschaftseigentums, an dem das dem zu teilenden Miteigentumsanteil zugeordnete Sondernutzungsrecht besteht, erforderlich ist. Das Gleiche gilt, soweit eine erforderliche tatsächliche Veränderung des Gemeinschaftseigentums gestattet ist und sofern eine aus architektonischen und bautechnischen Gründen erforderliche tatsächliche Veränderung sowie sich daraus ergebende Änderungen der Teilungserklärung gestattet sind. Eine solche Erforderlichkeit ist hier ebenfalls nicht ersichtlich.

14 Zudem ist die Gestattung von Maßnahmen des späteren jeweiligen Miteigentümers im ersten Absatz des § 9 Nr. 3 unwirksam, weil sie nicht der erforderlichen sachenrechtlichen Bestimmtheit genügt; hiernach muss jedermann den Inhalt eines dinglichen Rechts anhand der Eintragungen im Grundbuch eindeutig erkennen können (BGH, Beschluss vom 20.01.2012, V ZR 125/11, juris, Rn. 11). Insoweit bedarf es einer Angabe in der Teilungserklärung selbst, welche konkreten Räume und Gebäudeteile von der Einwilligung betroffen sind (BGH, Urt. v. 05.10.1998, II ZR 182/97, juris Rz. 12). Für Änderungen am Gemeinschaftseigentum dürfen keine leichteren Anforderungen gelten, als dies bei Änderungsvorbehalten in Bezug auf die Änderung des Inhalts von Sondernutzungsrechten (dazu BGH, Beschluss vom 20.01.2012, V ZR 125/11, juris, Rn. 11; BGH, Beschluss vom 21.10.2016, V ZR 78/16, juris Rn. 14) der Fall ist. Eine danach erforderliche gegenständliche Konkretisierung enthält der erste Absatz des § 9 Nr. 3 der vorliegenden Teilungserklärung indes nicht: Denn die Formulierung „Soweit im Zuge der vorgenannten Veränderungen rechtliche Abänderungen bezüglich des Gemeinschaftseigentums erforderlich sind, gelten diese ebenfalls als gestattet“ lässt offen, welche konkreten Räume oder Gebäudeteile des Gemeinschaftseigentums betroffen sein werden. Welche rechtlichen Abänderungen bezüglich des Gemeinschaftseigentums in Bezug auf welche Gebäudeteile erforderlich sind, war der Teilungserklärung nicht zu entnehmen.

15 Ob und aus welchen Gründen die mit der Teileigentumseinheit des Beteiligten verbundene Sondernut-

zungsfläche nicht als Terrasse genutzt werden kann, spielt für die Frage der Bestimmtheit des Änderungsvorbehalts keine Rolle; maßgeblich insoweit ist allein die Abgrenzung zwischen Gemeinschafts- und Sondereigentum.

Grundbuchberichtigung durch Wiedereintragung eines Eigentümers durch dessen Betreuer

Normenketten:

BGB § 883; GBO § 13, § 19, § 22, § 29, § 71

Amtliche Leitsätze:

1. Gegen die Ablehnung eines Antrags auf Grundbuchberichtigung ist die unbeschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO statthaft, wenn die Berichtigung auf der Grundlage einer Bewilligung nach § 19 GBO betrieben wird.
2. Die Grundbuchberichtigung durch Wiedereintragung des tatsächlichen Eigentümers nach § 22 GBO erfordert nicht die Bewilligung des Inhabers einer zwischenzeitlich eingetragenen Auflassungsvormerkung nach § 19 GBO.
3. Der Nachweis der Vertretungsmacht des Betreuers bei der Erteilung einer Vollmacht zur Stellung des Berichtigungsantrags nach § 13 GBO ist in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO zu führen.
4. Die Zustimmung des Eigentümers nach § 22 Abs. 2 GBO bedarf der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO.

OLG München (34. Zivilsenat),

Beschluss vom 03.11.2022 – 34 Wx 426/22

► I. Sachverhalt:

1 Der Beteiligte zu 1 begehrt seine Eintragung im Grundbuch als Eigentümer von Grundbesitz im Wege der Grundbuchberichtigung.

2 Ursprünglich war der Beteiligte zu 1 selbst als Eigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes eingetragen. Diesen überließ er mit notariellem Vertrag vom 9.1.2019 seiner Ehefrau, der Beteiligten zu 2. Die Umschreibung im Grundbuch erfolgte am 1.2.2019. Am 20.12.2019 wurden zugunsten von A. L. drei Grundschulden und am 9.6.2020 zugunsten von R. V. eine Auflassungsvormerkung eingetragen.

3 Mit Schreiben vom 25.11.2021 beantragte die Beteiligte zu 2 die Grundbuchberichtigung zugunsten des Beteiligten zu 1. Laut ihrer beigefügten, notariell beglaubigten Zustimmung und Berichtigungsbewilligung ergebe sich aus einem ärztlichen Gutachten, dass der Beteiligte zu 1 seit dem Jahr 2009 geschäftsunfähig sei. Damit sei der Überlassungsvertrag vom 9.1.2019 nichtig. Dieser Antrag wurde bislang nicht verbeschieden.

4 Mit Antwortschriftsatz vom 28.4.2022 beantragte der durch eine Betreuerin vertretene Beteiligte zu 1 seinerseits unter Vorlage notariell beglaubigter Bewilligungen der Beteiligten zu 2 und des A. L., das Grundbuch dahingehend zu berichtigen, dass er wieder als Eigentümer eingetragen und die Grundschuld Nr. 3 gelöscht werde. Mit weiterem Antwortschriftsatz vom 24.5.2022 wurden eine diesbezügliche, durch die Betreuerin des Beteiligten zu 1 ausgestellte Vollmacht sowie eine Kopie von deren Betreuerausweis eingereicht und ersucht, das Grundbuch dahingehend zu berichtigen, dass der Beteiligte zu 1 wieder als Eigentümer eingetragen werde, und die Grundschuld zugunsten von A. L. zu löschen. Den Antrag auf Löschung der Grundschuld stellte der Beteiligte zu 1 dann mit Antwortschriftsatz vom 21.6.2022 zurück.

5 Am 4.7.2022 erließ das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung. Eine grundbuchrechtliche Rückabwicklung sei anhand der eingereichten Unterlagen nicht möglich, da bereits am 18.5.2020 ein weiterer Grundstückskaufvertrag geschlossen und eine Auflassungsvormerkung eingetragen worden sei. Dieser Vertrag müsse zuerst notariell rückabgewickelt werden, bevor die Rückabwicklung der Auflassung an die Beteiligte zu 2 im Grundbuch vollzogen werden könne. Die Auflassungsvormerkung und die Grundschuld müssten also zuerst gelöscht werden. Dazu würden ein formgerechter Antrag der derzeit eingetragenen Eigentümerin und die Bewilligung der R. V. benötigt.

6 Dem widersprach der Beteiligte zu 1 mit Antwortschriftsatz vom 29.7.2022. Die Zustimmung und die Berichtigungsbewilligung der Beteiligten zu 2 lägen vor. Die Geschäftsunfähigkeit des Beteiligten zu 1 sei ebenfalls bekannt.

7 Das Grundbuchamt wies mit Beschluss vom 3.8.2022 die „Anträge vom 28.04.2022 und 23.05.2022“ unter Wiederholung der Ausführungen in der Zwischenverfügung zurück. Ergänzend führte es aus, für die Berichtigung des Eigentümers habe der Beteiligte zu 1 die Bewilligung der Beteiligten zu 2 vorgelegt. Die Unterlagen seien nur ausreichend, sofern das Grundbuchamt eine Abschrift der Vollmacht erhalte. Der Umfang der Vollmacht sei vom Grundbuchamt zu prüfen. Wie mitgeteilt, bedürfe es immer noch der Bewilligung der R. V. Diese habe gutgläubig

erworben und könne nicht einfach vom Grundbuchamt wissend übergangen werden.

8 Mit Antwortschriftsatz vom 10.10.2022 hat der Beteiligte zu 1 Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, den Beschluss aufzuheben. Die Geschäftsunfähigkeit des Beteiligten zu 1 sei bekannt, alle zur Korrektur der formalen Eigentümerstellung notwendigen Voraussetzungen lägen vor. Damit sei die Berichtigung im Grundbuch vorzunehmen. Dies beinträchtige die Rechte der R. V. und deren Auflassungsvormerkung nicht. Wenn R. V. eine Auflassungsvormerkung gutgläubig erworben habe, verbleibe diese im Grundbuch und R. V. müsse sich dann gegebenenfalls mit dem tatsächlichen Eigentümer auseinandersetzen, ob und unter welchen Voraussetzungen diese gelöscht werden könne oder ob aufgrund der Vormerkung R. V. Eigentümerin werden könne. Das seien materiell-rechtliche Fragen, die nichts mit der entscheidenden Frage zu tun hätten, dass nämlich das Grundbuch unrichtig und zu berichtigen sei.

9 Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 13.10.2022 nicht abgeholfen und dabei zur Begründung auf den Zurückweisungsbeschluss Bezug genommen. R. V. sei seit 9.6.2020 als Berechtigte einer Auflassungsvormerkung eingetragen. Sie sei somit mittelbar betroffen von der beantragten Grundbuchberichtigung und in das Verfahren einzubeziehen. Mittelbar Betroffene hätten einer Grundbuchberichtigung zuzustimmen. Andernfalls wäre zunächst die Auflassungsvormerkung rückabzuwickeln. Die Bewilligung zur Löschung der Grundschuld sei vorgelegt worden, jedoch fehle es diesbezüglich nun am notwendigen Antrag. Zu den Grundschulden Nr. 1 und 2 seien bisher keine Unterlagen vorgelegt worden. Ob diese auch zunächst rückabgewickelt werden müssten, sei offengeblieben. Aufgrund der verworrenen Umstände bleibe zu befürchten, dass durch eine Teilberichtigung des Grundbuchs Verwirrung im Grundbuchblatt erzeugt werde und eine Teilunrichtigkeit bestehen bleiben könnte.

► II. Aus den Gründen:

10 Die zulässige Beschwerde hat auch in der Sache zumindest vorläufig Erfolg.

11 1. Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens ist der Antrag vom 24.5.2022, der den vom 28.4.2022 einschließt. Soweit das Grundbuchamt einen Antrag vom 23.5.2022 zurückweisen wollte, ist offensichtlich derjenige vom 24.5.2022 gemeint.

12 2. Die Beschwerde ist zulässig.

13 a) Gegen die Ablehnung des Berichtigungsantrags ist die unbeschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO statthaft, die Beschränkung gemäß Abs. 2 der Vorschrift greift vorliegend nicht. Betreibt – wie hier – der Antrag-

steller eine Berichtigung auf der Grundlage einer Bewilligung nach § 19 GBO, so gilt bei Ablehnung des Antrags nichts anderes als bei Zurückweisung eines Eintragungsantrags (KG Rpfleger 1965, 232; Demharter GBO 32. Aufl. § 71 Rn. 28; Hügel/Kramer GBO 4. Aufl. § 71 Rn. 148).

14 b) Die Vertretung durch einen Rechtsanwalt ist gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG zulässig.

15 3. Das Rechtsmittel erweist sich als begründet.

16 a) Gemäß § 19 GBO erfolgt eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. In Betracht kommen nur dingliche Rechte, die dem *numerus clausus* der Sachenrechte angehören. Vormerkungen sind ihnen gleichgestellt (Demharter § 19 Rn. 45; Hügel/Holzer § 19 Rn. 67). Betroffen ist das Recht, wenn es durch die vorzunehmende Eintragung rechtlich und nicht nur wirtschaftlich beeinträchtigt wird oder werden kann (BGH NJW 2000, 3643; BayObLG Rpfleger 1985, 355; KG ZfIR 2015, 719/720; Demharter § 19 Rn. 49; Hügel/Holzer § 19 Rn. 68).

17 aa) Nach dieser Maßgabe stellt die zugunsten von R. V. eingetragene Auflassungsvormerkung zwar ein Recht i.S.v. § 19 GBO dar. Sie ist aber von der beantragten Grundbuchberichtigung nicht betroffen. Deren unmittelbarer Gegenstand ist die Person des Eigentümers des verfahrensgegenständlichen Grundstücks. Zwar würde grundsätzlich auch eine lediglich mittelbare Beeinträchtigung der Vormerkung durch die Grundbuchberichtigung ausreichen. Eine solche ist jedoch ebensowenig gegeben. Die Vormerkung sichert gemäß § 883 Abs. 1 Satz 1 BGB den Erwerb des Eigentums durch R. V. am Grundstück, indem nach Abs. 2 der Vorschrift eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als sie den Übereignungsanspruch der R. V. vereiteln oder beeinträchtigen würde. Diese allgemeine Rechtswirkung der Vormerkung besteht unabhängig davon, wer als Eigentümer des Grundstücks eingetragen ist. Darüber hinaus setzt sich nach ganz herrschender Meinung eine nach § 892 BGB gutgläubig erworbene Vormerkung sogar gegenüber einer nachträglichen Berichtigung des Grundbuchs durch und macht ebenso eine nachträgliche Kenntniserlangung des Gläubigers von der Nichtberechtigung des Schuldners für den Erwerb des vorgemerkten Rechts unschädlich (BGH NJW 1981, 446; OLG Schleswig FGPrax 2004, 264/265; OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 445/446; Grüneberg/Herrler BGB 81. Aufl. 2022 § 885 Rn. 13; MüKoBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 883 Rn. 53; Staudinger/Kessler BGB Neubearb. 2020 § 883 Rn. 263). Folglich wird vorliegend die Auflassungsvormerkung zugunsten von R. V. durch die Eintragung des Beteiligten zu 1 anstelle der Beteiligten zu 2 nicht beeinträchtigt, wenn – wofür hier alles spricht – R. V. sie gutgläubig erworben hat. Sollte Letzte-

res nicht der Fall sein, ist die Vormerkung mangels Bewilligungsberechtigung der Beteiligten zu 2 gemäß § 885 Abs. 1 Satz 1 BGB bereits nicht wirksam entstanden und kann schon allein aus diesem Grund ebenfalls nicht zum Erfordernis einer Bewilligung der Grundbuchberichtigung durch R. V. nach § 19 GBO führen.

18 bb) Die nach der genannten Bestimmung einzig notwendige Bewilligung ist somit die der Beteiligten zu 2. Diese liegt in der nach § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO erforderlichen Form vor.

19 b) Wird die Grundbuchberichtigung auf der Grundlage der Bewilligungen der davon Betroffenen nach § 19 GBO begehrt, so bedarf es darüber hinaus keines Nachweises der Unrichtigkeit nach § 22 GBO, sondern nur deren schlüssiger Darlegung (KG ZfIR 2015, 719; Senat NJOZ 2013, 252; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1996, 14; Demharter § 22 Rn. 20; Hügel/Holzer § 22 Rn. 17). Dem wird das Antrags- bzw. Beschwerdevorbringen gerecht, indem es auf die dem Grundbuchamt bekannte Geschäftsunfähigkeit des Beteiligten zu 1 verweist und sich dabei erkennbar auf das Schreiben der Beteiligten zu 2 vom 25.11.2021 bezieht, das nähere Angaben hierzu enthält.

20 c) Warum darüber hinaus eine Löschung der in der Zwischenzeit eingetragenen Grundschulden oder auch der Auflassungsvormerkung erforderlich sein sollte, erschließt sich nicht. Deren Bestand ist selbstständig zu beurteilen und bestimmt sich insbesondere nach der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs gemäß § 892 BGB. Der der Bestellung der Vormerkung zugrundeliegende Vertrag begründet lediglich schuldrechtliche Ansprüche und hat keinen Einfluss auf die dem Grundbuch zu entnehmende dingliche Rechtslage. Verwirrung ist insoweit nicht zu befürchten. Unabhängig davon könnte dies kein Grund sein, die Grundbuchberichtigung an zusätzliche, im Gesetz nicht vorgesehene Voraussetzungen zu knüpfen.

21 4. Gleichwohl ist jedenfalls derzeit die beantragte Berichtigung nicht möglich, weil es an anderen Nachweisen fehlt, deren Beibringung das Grundbuchamt dem Beteiligten zu 1 im Wege der Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO aufzugeben haben wird.

22 a) Mit dem Antrag vom 24.5.2022 liegt zwar grundsätzlich die nach § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO erforderliche verfahrenseinleitende Erklärung vor. Sie wurde aber nicht durch den gemäß Satz 2 der Vorschrift antragsberechtigten Beteiligten zu 1 selbst abgegeben, sondern durch einen Rechtsanwalt, der durch die Betreuerin des Beteiligten zu 1 bevollmächtigt worden war. Zwar ist eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt im Grundbuchverfahren gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG zulässig und der Antrag selbst ebenso wie der Nachweis der Bevollmächtigung formfrei möglich (Senat NZFam 2017, 78; Demharter § 30 Rn. 5 bzw. 8). Der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO bedarf

jedoch der Nachweis der gesetzlichen Vertretungsbefugnis der Betreuerin bei Erteilung der Vollmacht (Demharter § 30 Rn. 10). Bislang wurde indes nur eine einfache Kopie des Betreuerausweises eingereicht.

23 b) Wird – wie hier – die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers beantragt, so darf, wenn nicht – was vorliegend beides nicht in Betracht kommt – ein Fall des § 14 GBO gegeben ist oder die Unrichtigkeit nachgewiesen wird, gemäß § 22 Abs. 2 GBO die Berichtigung nur mit Zustimmung des Eigentümers erfolgen. Als zur Eintragung erforderliche Erklärung ist diese Zustimmung in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachzuweisen (Senat NJOZ 2013, 252/253; Demharter § 29 Rn. 8; Hügel/Otto § 29 Rn. 63). Selbst wenn man in dem Berichtigungsantrag zugleich eine konkludente Zustimmung i.S.v. § 22 Abs. 2 GBO sehen wollte (vgl. Hügel/Holzer § 22 Rn. 84), wäre diese somit nicht formgerecht.

GESELLSCHAFTSRECHT

Zur Abgabe einer Habilitätsversicherung durch den Liquidator.

Normenketten:

GmbHG § 67 Abs. 3 S. 1, § 6 Abs. 2, § 67 Abs. 3 S. 1, § 6 Abs. 2, HGB § 12 Abs. 1 S. 1, § 142 Abs. 3, ZPO § 142 Abs. 3

1. Auch der, der zuvor Geschäftsführer gewesen ist und eine Versicherung nach § 39 Abs. 3 S. 1 GmbHG (Habilitätsversicherung) abgegeben hat, ist mit der Anmeldung seiner Bestellung zum Liquidator zur (erneuten) Abgabe einer entsprechenden Versicherung verpflichtet.

2. Die öffentliche Beglaubigung nach § 12 Abs. 1 S. 1 HGB kann durch eine ausländische Urkundsperson vorgenommen werden, wenn der Beurkundungsvorgang dem der Beglaubigung nach deutschem Recht gleichwertig ist. Dies setzt eine ausreichende Identitätsprüfung des Erklärenden voraus.

3. Im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit kann das Gericht in entsprechender Anwendung des § 142 Abs. 3 ZPO von den Beteiligten eine Übersetzung einer eingereichten ausländischen Urkunde verlangen.

KG (22. Zivilsenat),

Beschluss vom 01.07.2022 – 22 W 31/22

I. Sachverhalt:

1 Die Beteiligte (nachfolgend auch nur: „Gesellschaft“) ist seit dem Jahr 2019 im Handelsregister B des Amtsgerichts Charlottenburg eingetragen. Als Geschäftsführer eingetragen ist Herr V. Am 31. Mai 2021 beschloss die Gesellschafterversammlung, die Gesellschaft aufzulösen und Herrn V. als Liquidator zu bestellen. Ebenfalls am 31. Mai 2021 unterzeichnete Herr V. eine notariell beglaubigte Anmeldung, in der die oben genannten Tatsachen zum Handelsregister angemeldet werden; die Anmeldung enthielt nicht die Versicherungen gem. § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3, Satz 3 GmbHG (nachfolgend auch nur: „Habilitätsversicherung“) ab.

2 Das Fehlen der Habilitätsversicherung beanstandete das Amtsgericht. Nachdem diese auch nach mehrfacher Erinnerung und fruchtlosem Verstreichen einer vom Amtsgericht gesetzten Frist nicht eingereicht worden war, wies das Amtsgericht die Anmeldung mit Beschluss vom 17. Januar 2022 zurück.

3 Gegen diesen Beschluss hat der Notar, der auch die Anmeldung beglaubigt und eingereicht hatte, unter dem 17. Februar 2022 Beschwerde eingelegt. Der Beschwerde beigelegt waren folgende Dokumente:

- Eine die Habilitätsversicherung enthaltende Erklärung, die einen handschriftlichen Schriftzug zeigt, der ausweislich einer Unterschriftenzeile von Herrn V. angebracht wurde (nachfolgend auch nur: „Erklärung“).
- Ein Schriftstück, das wohl in türkischer Sprache verfasst ist und die Überschrift „IMZA BEYANNAMESI“ trägt (nachfolgend auch nur „Dokument IMZA“).
- Ein Schriftstück, das die Überschrift „APOSTILLE (Convention de La Haye du 5 Octobre 1961)“ trägt (nachfolgend auch nur: „Apostille“).

4 Daraufhin hat das Amtsgericht die Beteiligte darauf hingewiesen, dass dem Zurückweisungsbeschluss nicht abgeholfen werden könne, da zum einen die eingereichte Versicherung des Liquidators zum Zeitpunkt der Einreichung „zu alt“ gewesen und die Beglaubigung nicht in der Amtssprache Deutsch abgefasst gewesen sei. Nachdem die Beteiligte auf diese Hinweise nicht reagiert hatte, hat das Amtsgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Kammergericht zur Entscheidung vorgelegt.

5 Der Senat hat die Beteiligte unter dem 03. Mai 2022 darauf hingewiesen, dass jedenfalls ohne türkische Sprachkenntnisse nicht zu erkennen sei, welche Person die Unterschrift unter der Erklärung vollzogen habe und – sofern es sich bei dem „Dokument IMZA“ um eine Unterschriftsbeglaubigung handeln sollte, der Notar / die Urkundsperson eine Identitätsprüfung desjenigen, dessen Unterschrift beglaubigt werden soll, vorgenommen habe.

6 Auf diesen Hinweis hat die Beteiligte nicht reagiert.

7 Am 08. Juni 2022 hat der Senat hat gem. § 142 Abs. 3 ZPO analog in Verbindung mit § 27 Abs. 1 FamFG unter Bezugnahme auf den Hinweis vom 03. Mai 2022 der Beteiligten aufgegeben: Von dem als Anlage zu der Beschwerde vom 17. Februar 2022 eingereichten, mit „IMZA BEYANNAMESI“ betitelten und mit der Nummer 25669 versehenen Dokument ist eine Übersetzung beizubringen, die ein Übersetzer angefertigt hat, der für Sprachübertragungen der betreffenden Art in einem Land nach den landesrechtlichen Vorschriften ermächtigt oder öffentlich bestellt wurde oder einem solchen Übersetzer jeweils gleichgestellt ist. Die hierfür vom Senat gesetzte Frist ist fruchtlos verstrichen.

► II. Aus den Gründen:

8 Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

9 1. Die Beschwerde ist zulässig.

10 Die Beschwerde der Beteiligten ist form- (vgl. § 64 Abs. 2 FamFG) und fristgerecht (vgl. § 63 Abs. 1 FamFG) eingelegt. Die Beteiligte ist auch beschwerdebefugt, da die Anmeldung, die Gegenstand des angefochtenen Beschlusses ist, auf eine Eintragung gerichtet ist, die die Beteiligte betrifft. Die Anmeldung bezieht sich zudem auf die organschaftliche Vertretung der Gesellschaft, so dass angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung dieser Eintragungen auch der notwendige Beschwerwert nach § 61 Abs. 1 FamFG erreicht wird (vgl. zu dieser Frage etwa Senat, Beschluss vom 18. Dezember 2019 – 22W 52/19 –, Rn. 8, juris).

11 2. Die Beschwerde hat in der Sache allerdings keinen Erfolg. Das Amtsgericht hat die beantragte Eintragung zu Recht abgelehnt, da der Liquidator keine den gesetzlichen Vorgaben genügende Habilitätsversicherung abgegeben hat.

12 a) Nach § 67 Abs. 3 Satz 1 GmbHG hat der Liquidator in der Anmeldung zu versichern, dass keine Umstände vorliegen, die seiner Bestellung nach § 66 Abs. 4 in Verbindung mit § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3, Satz 3 GmbHG entgegenstehen, und dass er über seine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden ist. In §§ 66 Abs. 4, 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG ist geregelt, dass Liquidator nicht sein kann, wer aufgrund eines gerichtlichen Urteils oder einer vollziehbaren Entscheidung einer Verwaltungsbehörde einen Beruf, einen Berufszweig, ein Gewerbe oder einen Gewerbebezweig nicht ausüben darf, sofern der Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt. Nach §§ 66 Abs. 4, 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3, Satz 3 GmbHG kann Liquidator nicht sein, wer wegen einer der dort näher bezeichneten vorsätzlich begangenen Strafta-

ten bzw. wegen einer vergleichbaren Tat im Ausland verurteilt worden ist.

13 b) Zu der Versicherung nach § 67 Abs. 3 Satz 1 GmbHG ist jeder das Amt übernehmende Liquidator verpflichtet, auch derjenige, der als Geschäftsführer nach § 66 Abs. 1 GmbHG geborener Liquidator ist, und auch derjenige, der bereits als Geschäftsführer solche Versicherung abgegeben hat, weil der Liquidator nicht das alte Amt fortsetzt, sondern ein neues antritt und erneut sichergestellt werden soll, dass keine persönlichen Mängel gegeben sind (vgl. etwa Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 11. Mai 1982 – BReg 3 Z 39/82 –, Rn. 35, juris; Haas in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl., § 67 Rn. 11; Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl., § 67 Rn. 8). Die Habilitätsversicherung ist als Teil der Anmeldung in der Form des § 12 Abs. 1 HGB abzugeben (Müller in: MüKoGmbHG, 4. Aufl., § 67 Rn. 20; Haas, aaO., § 67 Rn. 12).

14 c) Gem. § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB sind Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister elektronisch in öffentlich beglaubigter Form einzureichen.

15 Die Erklärung muss damit grundsätzlich schriftlich abgefasst und die Unterschrift des Anmeldenden von einem Notar beglaubigt werden (§ 129 Abs. 1 Satz 1 BGB, §§ 39, 40 BeurkG, § 20 Abs. 1 Satz 1 BNotO). Aus dem Beglaubigungsvermerk muss sich der Vollzug oder die Anerkennung der Unterschrift bei einem Notar ergeben; auch muss der Vermerk die Person bezeichnen, welche die Unterschrift vollzogen oder anerkannt hat, und Unterschrift und Siegel des Notars enthalten (§§ 39, 40 Abs. 1 und 3 BeurkG). Der Beglaubigungsvermerk ist eine öffentliche Urkunde nach §§ 415, 418 ZPO. Der Vermerk beweist deshalb nach § 418 Abs. 1 ZPO die in ihm bezeugte Tatsache der Echtheit der Unterschrift. Die über der beglaubigten Unterschrift befindliche Erklärung hat damit gemäß § 440 Abs. 2 ZPO ebenfalls die Vermutung der Echtheit, also der Urheberschaft des Unterzeichners, für sich (Schaub in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl., § 12 Rn. 47). Der Notar muss daher eine Identitätsprüfung desjenigen, dessen Unterschrift beglaubigt werden soll, vornehmen. Denn § 12 HGB bezweckt in Verbindung mit §§ 40, 41 BeurkG, eindeutig Gewissheit über die Person des Anmeldenden zu verschaffen (Krafka in: MüKoHGB, 5. Aufl., § 12 Rn. 14; Schaub, aaO., Rn. 53).

16 d) Diese Anforderungen können grundsätzlich auch im Ausland durch eine ausländische Urkundsperson erfüllt werden. Denn derartige Beglaubigungen sind nach Auffassung des Senats jedenfalls dann ausreichend, wenn sie dem entsprechenden Beurkundungsvorgang nach deutschem Recht gleichwertig sind (vgl. Senat, Beschluss vom

03. März 2022 – 22 W 92/21 –, Rn. 10, juris; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 22. Januar 1999 – 3 W 246/98 –, Rn. 2, juris). Dabei kann im vorliegenden Fall dahinstehen, ob nach (hier wohl) türkischem Recht eine Unterschriftsbeglaubigung ohne eine solche Identitätsprüfung möglich wäre. Denn bei der vorliegend in Rede stehenden Habilitätsversicherung ist eine solche Prüfung alleine schon aufgrund deren Strafbewehrung in § 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG zwingend erforderlich. Eine Unterschriftsbeglaubigung ohne Identitätsprüfung wäre daher einer deutschen Beglaubigung nicht gleichwertig und erfüllte daher die Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 HGB nicht.

17 e) Ob eine solche Gleichwertigkeit vorliegt, kann der Senat – ebensowenig wie das Amtsgericht – mangels Kenntnis der Sprache entscheiden, in denen die mit der Erklärung eingereichten Dokumente abgefasst sind. Selbst wenn es sich bei dem „Dokument IMZA“ um den Vermerk einer Urkundsperson hinsichtlich einer Unterschriftsbeglaubigung handeln sollte, lässt sich nicht erkennen, ob dabei die hier erforderliche Identitätsprüfung vorgenommen worden ist.

18 f) Diese Unklarheiten gehen im vorliegenden Fall zu Lasten der Beteiligten, die trotz entsprechender Auflage des Senates keine Übersetzung der Dokumente eingereicht hat.

19 aa) Zwar können Beglaubigungsvermerke ausländischer Notare grundsätzlich auch in ihrer Fremdsprache eingereicht werden (Schaub in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl., nach § 12 Rn. 156). Auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann aber nach § 142 Abs. 3 Satz 1 ZPO analog in Konkretisierung der Mitwirkungspflicht der Beteiligten nach § 27 Abs. 1 FamFG die Auflage erteilt werden, eine Übersetzung einzureichen (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2013 – 11 Wx 16/13 –, Rn. 14, juris; *Jacoby* in: Dutta/Jacoby/Schwab, FamFG, 4. Aufl., § 27 Rn. 6; *Meyer-Holz* in: Keidel, FamFG, 20. Aufl., § 32 Rn. 33). Da § 142 Abs. 3 ZPO (analog) die Einholung oder Auflage einer Übersetzung in das Ermessen stellt, kann sich das Gericht zwar mit der Vorlage des fremdsprachigen Dokuments begnügen, wenn – alle – erkennenden Richter sie übersetzen können (vgl. etwa – zum FamFG – Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 01. Februar 2012 – 2 W 10/12 –, Rn. 18, juris; zum Zivilprozess: *Fritsche* in: MüKoZPO, 6. Aufl., §§ 142–144 Rn. 19). Bei fehlenden Sprachkenntnissen dagegen ist die Einholung einer Übersetzung geboten (zum FamFG: OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2013 – 11 Wx 16/13 –, Rn. 15, juris; zur ZPO: *Greger* in: Zöller, ZPO, 34. Aufl., § 142 Rn. 17).

20 bb) Unter Anwendung dieser Grundsätze wäre die Beteiligte hier gehalten gewesen, eine Übersetzung jedenfalls des „Dokuments IMZA“ einzureichen. Da sie dies

trotz der entsprechenden Auflage nicht getan hat, gehen die nicht ausgeräumten Zweifel hinsichtlich der an die Eintragung geknüpften Voraussetzungen zur Lasten der Beteiligten als Antragstellerin (zur Feststellungslast in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vgl. *Sternal* in: Keidel, FamFG, 20. Aufl., § 29 Rn. 43; *Ulrici* in: MüKoFamFG, 3. Aufl., § 37 Rn. 18).

21 cc) Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich auch, dass vorliegend nicht entschieden werden muss, ob es sich bei dem „Dokument IMZA“ um eine öffentliche Urkunde handelt, die aufgrund der Apostille nach dem Haager Legalisationsbefreiungsübereinkommen vom 05. Oktober 1961 (BGBl II 1965, 875) die Wirkung einer legalisierten Urkunde nach § 438 ZPO hätte (vgl. hierzu Schaub in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl., nach § 12 Rn. 151). Denn selbst wenn dies der Fall wäre, würde die Apostille Rückschlüsse weder auf die Einhaltung von Verfahrensvorschriften noch auf die inhaltliche Richtigkeit des Beglaubigungsvermerkes zulassen. Denn die Apostille bestätigt nur die Echtheit der Unterschrift der Urkundsperson, die Eigenschaft, in welcher diese gehandelt hat, und gegebenenfalls die Echtheit des Siegels oder Stempels, mit dem die Urkunde versehen ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 Haager Legalisationsbefreiungsübereinkommen sowie *Feskorn* in: Zöller, ZPO, 34. Aufl., § 438 Rn. 3). Auch muss nicht entschieden werden, ob die Ansicht des Amtsgerichts zutrifft, die Habilitätsversicherung sei „zu alt“ gewesen (zu diesem Problemkreis vgl. Senat, Beschluss vom 17. März 2022 – 22 W 10/22 –, Rn. 11 ff., juris).

Nachweis der Amtsniederlegung eines Geschäftsführers gegenüber dem Handelsregister

Normenketten:

GmbHG § 39 Abs. 2; HGB § 12 Abs. 2

Amtlicher Leitsatz:

Zum Nachweis der Beendigung der Vertretungsbefugnis durch Amtsniederlegung eines Geschäftsführers hat der anmeldende Geschäftsführer Unterlagen vorzulegen, aus denen sich der Zugang der Niederlegungserklärung bei dem Bestellungsorgan ergibt. Als Unterlage kommt auch das rein elektronisch erstellte Protokoll einer Gesellschafterversammlung in Betracht.

KG (22. Zivilsenat),

Beschluss vom 30.06.2022 – 22 W 36/22

► I. Tatbestand:

1 Die Beteiligte zu 1), eine UG (haftungsbeschränkt), ist seit dem 7. Juli 2020 in das Handelsregister Abteilung B des Amtsgerichts Charlottenburg eingetragen. Mit einer notariell beglaubigten elektronischen Erklärung vom 1. März 2022 meldete der Beteiligte zu 2), der als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Beteiligten zu 1) eingetragen ist, sein Ausscheiden als Geschäftsführer zum Register an. Der Anmeldung war das undatierte Protokoll einer Gesellschafterversammlung als elektronisches Dokument beigefügt, das die Erklärung des Beteiligten zu 2) über seine Niederlegung aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt der Eintragung enthält. Darüber hinaus haben die Gesellschafter der Abtretung der Geschäftsanteile des Beteiligten zu 2) an die Gesellschaft im Beschlusswege zugestimmt. Die Unterschriften der Gesellschafter bzw. ihrer Organvertreter enthalten den Vermerk „DocuSigned“.

2 Auf diese Anmeldung hin hat das Amtsgericht mit Schreiben vom 15. März 2022 mitgeteilt, dass die Anmeldung nicht vollzogen werden könne. Der Gesellschafterbeschluss nebst weiterer Erklärungen sei mit Hilfe des Programms „DocuSign“ elektronisch unterzeichnet. Diese Signatur könne durch das Registergericht nicht überprüft werden, so dass nicht von wirksamen Unterschriften ausgegangen werden könne. Die Unterschrift werde in Abwesenheit des Unterzeichners durch den Dienstleister vorgenommen. Vorzulegen seien deshalb ein von dem Beteiligten zu 2) und einem weiteren Gesellschafter unterzeichneter Gesellschafterbeschluss nebst weiterer Erklärungen. Soweit eine rechtsmittelfähige Zwischenverfügung gewünscht werde, werde um entsprechende Mitteilung gebeten. Diese forderte der Verfahrensbevollmächtigte mit Schreiben vom 8. April 2022 ein. Gegen diese dem Schreiben vom 15. März 2022 entsprechende Verfügung vom 14. April 2022, die am 19. April 2022 zugestellt worden ist und anders als das Schreiben vom 15. März 2022 mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen war, hat der Verfahrensbevollmächtigte mit Schreiben vom 19. Mai 2022 Beschwerde eingelegt. Diesem Rechtsmittel hat das Amtsgericht nicht abgeholfen und die Sache dem Senat mit einem Beschluss vom 23. Mai 2022 zur Entscheidung vorgelegt.

► II. Aus den Gründen:

3 1. Die als im Namen der Gesellschaft eingelegt anzusehende Beschwerde ist nach § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie ist fristgerecht innerhalb der Monatsfrist nach § 63 Abs. 1 FamFG

eingelegt, auch der Beschwerwert nach § 61 Abs. 1 FamFG wird erreicht. Die Beteiligte zu 1) ist in eigenen Rechten beeinträchtigt, weil es um eine sie betreffende Eintragung geht, so dass die Voraussetzungen nach § 59 Abs. 1 und 2 FamFG gegeben sind. Die Beschwerdeeinlegung erfolgte formgerecht.

4 2. Die Beschwerde hat auch Erfolg. Die in der Zwischenverfügung aufgeführten Eintragungshindernisse bestehen nicht. Sie ist aus diesem Grund aufzuheben. Das Amtsgericht hat neu über den Eintragungsantrag zu entscheiden.

5 a) Die formellen Voraussetzungen für den Vollzug der beantragten Entscheidung liegen vor. Der Beteiligte zu 2) ist anmeldebefugt, weil sein Amt erst mit der Eintragung endet. Die entsprechende Bedingung bezieht sich nicht auf die Anmeldung als Verfahrenshandlung, die bedingungsfeindlich ist.

6 Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts liegen die notwendigen Unterlagen zum Vollzug des angemeldeten Ausscheidens des Beteiligten zu 2) als Geschäftsführer vor.

7 Nach § 39 Abs. 2 GmbHG sind der Anmeldung über die Veränderungen in den Personen der Geschäftsführung die Urkunden über die Bestellung oder Beendigung in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beizufügen. Wegen der Form der einzureichenden Unterlagen gilt seit der Einführung des elektronischen Handelsregisters nach § 8 Abs. 5 GmbHG die Regelung des § 12 Abs. 2 HGB entsprechend. Danach sind Dokumente elektronisch einzureichen. Soweit eine Urschrift einzureichen ist, reicht danach die Einreichung einer elektronischen Aufzeichnung. Im Falle einer Amtsniederlegung ist aus diesem Grund die Amtsniederlegung und ihr Zugang bei mindestens einem der Gesellschafter durch eine elektronische Aufzeichnung nachzuweisen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 17. September 2001 – II ZR 378/99 –, BGHZ 149, 28-32 Rn. 9; Urteil vom 8. Februar 1993 – II ZR 58/92 –, BGHZ 121, 257-262 Rn. 19).

8 Derartige Unterlagen liegen aber vor. Aus dem eingereichten Protokoll ergibt sich, dass der Beteiligte zu 2) den anderen Gesellschaftern gegenüber die Niederlegung seines Geschäftsführeramtes aufschiebend bedingt erklärt hat. Damit ist nicht nur die Abgabe der entsprechenden Erklärung belegt, sondern auch ihr Zugang beim Bestellungsorgan. Dass die Wiedergabe dieses Vorgangs unzutreffend ist, die dortigen Angaben also falsch sind, macht auch das Amtsgericht nicht geltend. Anhaltspunkte hierfür, die Ermittlungen des Registergerichts rechtfertigen könnten, sind auch nicht ersichtlich. Dieses Protokoll ist in ausreichender Form eingereicht worden, auch wenn der Signierablauf nahelegt, dass es originär elektronisch erstellt ist. Denn auch ein solches Dokument genügt den Anforderun-

gen nach § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB (vgl. Schmidt-Kessel/Leutner/Müther, Handelsregisterrecht, 2010, § 12 HGB Rn. 50). Soweit davon ausgegangen wird, ein elektronisches Dokument sei immer aus einem Papierdokument zu erstellen, dies ergebe sich aus dem Begriff der Aufzeichnung (so wohl Münchener Kommentar HGB/Krafka, 5. Aufl., § 12 Rn. 59), teilt der Senat diese Auffassung nicht, weil der Begriff der Aufzeichnung auch die Festhaltung des zu dokumentierenden Vorgangs bezeichnen kann. Ausreichend ist die Erstellung eines Dokuments, das dauerhaft wiedergegeben werden kann. Dies entspricht auch dem § 48 Abs. 2 GmbHG, nach dem Beschlüsse der Gesellschafter in Textform gefasst werden können. Reicht danach eine elektronische Aufzeichnung, ist es auch nicht erforderlich, dass diese durch den Notar erstellt wird (vgl. dazu DNotI-Report 2018, 25).

9 b) Auch materiell-rechtlich ist damit von einer wirksamen Niederlegung des Geschäftsführeramtes durch den Beteiligten zu 2) auszugehen. Denn die Niederlegungserklärung kann, wie mit der Beschwerde zu Recht geltend gemacht wird, formfrei abgegeben werden (vgl. BGH, Urteil vom 8. Februar 1993 – II ZR 58/92 –, BGHZ 121, 257-262 Rn. 19; Beschluss vom 21. Juni 2011 – II ZB 15/10 –, juris Rn. 8; *Altmeyen*, GmbHG, 10. Aufl., § 38 Rn. 77; Noack/Servatius/Haas/Beurkens, GmbHG, 23. Aufl., § 38 Rn. 76). Soweit das Amtsgericht bemängelt, eine Fernbeglaubigung nach dem Verfahren docuSign sei nicht rechtswirksam, kommt es hierauf daher nicht an. Dies gilt erst Recht für die Unterschriften der beiden weiteren Gesellschafter, die im Zusammenhang mit der Niederlegung überhaupt keine Willenserklärungen abgeben müssen. Dass die Niederlegung aufschiebend bedingt erfolgt ist, schadet nicht. Eine solche Bedingung ist wirksam (BGH, Beschluss vom 21. Juni 2011 – II ZB 15/10 –, juris Rn. 8; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30. Juni 1998 – 3 W 130/98 –, juris Rn. 4).

Gründung einer Unternehmergeellschaft; Errichtung einer sogenannten Einheitsgesellschaft

Normenketten:

GmbHG § 5a; HGB § 161

Amtlicher Leitsatz:

Eine Unternehmergeellschaft kann nicht von einer Kommanditgesellschaft als Alleingesellschafterin gegründet werden, die ihrerseits erst zeitgleich mit der

Unternehmergeellschaft als einziger Komplementärin gegründet wird.

OLG Celle (9. Zivilsenat),

Beschluss vom 10.10.2022 – 9 W 81/22

I. Sachverhalt:

1 Mit notarieller Anmeldung vom 16. August 2022 (Bl. 15 ff. d.A.) meldeten deren designierte Geschäftsführer die am selben Tag mit einem Stammkapital von €2.000,- als Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) vermeintlich gegründete Beschwerdeführerin zur Eintragung in das Handelsregister an.

2 Ausweislich des der Anmeldung beigefügten Gründungsprotokolls nebst Satzung (Bl. 23 ff., 29 ff. d.A.) soll die – ebenfalls erst am 16. August 2022 vermeintlich gegründete – S. UG & Co. KG (im Folgenden: S. KG) alleinige Gesellschafterin der betroffenen (Vor-) Gesellschaft sein. Die alleinige Komplementärin der S. KG wiederum soll die betroffene (Vor-) Gesellschaft sein, so dass insgesamt eine Einheitsgesellschaft zur Entstehung gebracht werden soll.

3 Im Gründungsprotokoll der betroffenen (Vor-) Gesellschaft (Bl. 23 ff. d.A.) heißt es dementsprechend auszugsweise wörtlich:

„Vor mir, dem unterzeichneten Notar (...), erschienen heute: 1) Die S. UG und Co. KG (...), die heute gegründet wird und die in dem Handelsregister A (...) angemeldet wird, – nachfolgend Gesellschafterin genannt – vertreten durch ihre Komplementärin: 2) die W. UG (haftungsbeschränkt) (...), die heute gegründet wird und die in dem Handelsregister B (...) angemeldet wird, – nachfolgend Komplementärin der Gesellschafterin genannt – vertreten durch ihre Geschäftsführer (...).“

Auf Ansuchen der Erschienenen beurkunde ich ihren Erklärungen gemäß, was folgt:

I. Errichtung der Gesellschaft

Die Gründerin errichtet hiermit eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach § 2 GmbHG mit dem Namen W. UG (haftungsbeschränkt) (...). (...).“

4 Das Registergericht hat die Anmeldung unter Aufhebung einer am 22. August 2022 zunächst ergangenen Zwischenverfügung (Bl. 2 f. d.A.) mit Beschluss vom 2. September 2022 (Bl. 8 d.A.) zurückgewiesen. Die Gesellschaft sei nicht wirksam gegründet worden, weil die gründende Alleingesellschafterin ohne wirksam gegründete persönlich haftende Gesellschafterin noch nicht existiere. Es liege daher ein nicht behebbares Eintragungshindernis vor. 5 Dagegen wendet sich die betroffene (Vor-) Gesellschaft mit ihrer form- und fristgerecht erhobenen Beschwerde

vom 15. September 2022 (Bl. 10 f. d.A.). Sie meint, die Gleichzeitigkeit ihrer eigenen Gründung und der Gründung der sie gründenden KG sei unschädlich; die Auffassung des Registergerichts erweise sich als reine Förmelerei. Zudem habe eine unterstellte Unwirksamkeit ihrer eigenen Gründung (also der Gründung der betroffenen (Vor-) Gesellschaft selbst) zur Folge, dass dann ihre Gründerin, die S. KG, zunächst in der Rechtsform einer OHG entstanden sei. Zumindest diese sei dann als Gründerin der betroffenen (Vor-) Gesellschaft anzusehen, so dass diese wirksam gegründet worden und in das Handelsregister einzutragen sei.

6 Das Registergericht hat dem Rechtsmittel mit Beschluss vom 20. September 2022 (Bl. 14 d.A.) nicht abgeholfen.

▶ II. Aus den Gründen:

7 Die zulässige Beschwerde erweist sich in der Sache als unbegründet.

8 1.) Das Registergericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Gründung der betroffenen (Vor-) Gesellschaft mangels Existenz der Gründerin unwirksam war.

9 Die Gründerin der betroffenen (Vor-) Gesellschaft, die S. KG, existierte zu dem Zeitpunkt, zu dem sie die betroffene (Vor-) Gesellschaft vermeintlich gegründet hat, noch nicht, weil es ihr an einer existenten Komplementärin fehlte. Diese Komplementärin sollte gerade erst die betroffene (Vor-) Gesellschaft werden.

10 In dieser Betrachtungsweise liegt entgegen der Auffassung der betroffenen (Vor-) Gesellschaft keine bloße Förmelerei. Sie ist vielmehr Ausdruck zwingender Logik. Die betroffene (Vor-) Gesellschaft kann nicht vor ihrer eigenen Gründung als Komplementärin und Vertreterin ihrer eigenen Gründerin auftreten; eine mangels Komplementärin noch nicht existente KG aber kann ihrerseits keine andere Gesellschaft gründen. Dementsprechend ist in der Literatur auch anerkannt, dass die (im Streitfall erstrebte) Entstehung einer Einheitsgesellschaft auf zwei Wegen erfolgen kann (vgl. *Hermanns*, in: Beck'sches Notarhandbuch, 7. Aufl. 2019, § 20 Rn. 158; *Gebele/Scholz*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 14. Aufl. 2022, VIII.D.12 Anm. 2; *Werner*, DStR 2006, 706 (709)):

11 Zum einen kann eine bestehende KG im Wege der Neugründung oder des Anteilserwerbs alle Geschäftsanteile an einer GmbH erwerben, worauf hin sodann im zweiten Schritt der Komplementär der KG ausgewechselt und die GmbH, deren sämtliche Anteile von der KG gehalten werden, an dessen Stelle tritt.

12 Zum anderen können die (späteren) Kommanditisten der KG zunächst eine GmbH und sodann im zweiten Schritt mit dieser als Komplementärin und sich selbst als Kommanditisten eine neue KG begründen, woraufhin im dritten Schritt sodann die GmbH-Geschäftsanteile von den natürlichen Personen an die KG übertragen werden.

13 Der im Streitfall gewählte Weg einer quasi gleichzeitigen Gründung von KG und Komplementärin wird – den oben dargestellten Gesetzen der Logik entsprechend und soweit ersichtlich – nirgends vertreten; die betroffene (Vor-) Gesellschaft zeigt Entsprechendes auch nicht auf. Soweit die betroffene (Vor-) Gesellschaft mit ihrer Beschwerde geltend macht, bei anderen Registergerichten werde der hier beschrittene Weg anerkannt, vermag der Senat mangels Benennung konkreter Vergleichsfälle dies schon nicht zu überprüfen. Zum anderen bindet es ihn aber auch ohnehin nicht.

14 2.) Mit ihrer Auffassung, ihre Gründung sei zumindest deshalb wirksam erfolgt, weil zwischen den übrigen Gesellschaftern der S. KG jedenfalls eine OHG begründet worden sei, die ihrerseits dann sie – die betroffene (Vor-) Gesellschaft – habe gründen können, vermag die betroffene (Vor-) Gesellschaft nicht durchzudringen.

15 Zum einen sind die übrigen potentiellen Gesellschafter der S. KG, wie sich aus der entsprechenden, dem Senat aus dem diese Gesellschaft betreffenden Beschwerdeverfahren zu 9 W 82/22 bekannten Anmeldung ergibt, ausdrücklich übereingekommen, eine Kommanditgesellschaft zu gründen. Der Wille, an deren Stelle ggf. auch eine OHG zu gründen, kann – abgesehen von dem explizit anderen Wortlaut und Inhalt der Anmeldung – schon deshalb nicht angenommen werden, weil dies für die dort Beteiligten mit einem anderen Haftungsregime verbunden wäre.

16 Zum anderen ist vorliegend ausdrücklich die S. KG als Gründerin der betroffenen (Vor-) Gesellschaft bezeichnet und in der Anmeldung als Alleingesellschafterin angegeben worden. Für die Annahme, stattdessen sei eine – nicht näher bezeichnete – OHG Gründerin und Gesellschafterin, bleibt daher schlicht kein Raum.

17 3.) Nichts der betroffenen (Vor-) Gesellschaft Günstiges folgt schließlich daraus, dass eine V. GmbH grundsätzlich Komplementärin in einer KG sein kann (vgl. BGH, Urteil vom 9. März 1981 – II ZR 54/80 –, BGHZ 80, 129; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. § 177a Rn. 38). Denn im Streitfall geht es nicht um die Frage, ob die betroffene (Vor-) Gesellschaft vor ihrer Eintragung in das Handelsregister bereits die Stellung einer Komplementärin in einer KG übernehmen kann. Vielmehr ist hier die vorgelagerte Frage zu beantworten (und

aus den vorgenannten Gründen zu verneinen), ob die als Komplementärin in Aussicht genommene UG überhaupt wirksam gegründet worden ist.

ERBRECHT

Zur Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen Testaments

OLG Brandenburg (3. Zivilsenat),
Beschluss vom 16.10.2022 – 3 W 130/21

► I. Sachverhalt:

1 Der Erblasser errichtete am 03.02.1992 mit seiner am ...1996 verstorbenen ersten Ehefrau ein gemeinschaftliches eigenhändiges Testament, das die Ehefrau niederschrieb und beide Ehegatten unterschrieben. In dem Testament setzten sie ihre Tochter D... (die Zeugin F...) und deren Kinder zu Schlusserben und die Enkeltochter S... M..., die Tochter des Beteiligten zu 1, als befreite Vorerbin ein. Zu deren Nacherbin bestimmten die Ehegatten ihre Tochter D.. Weiter heißt es in dem Testament unter anderem wie folgt:

„...“

2. Wir setzen uns hierdurch gegenseitig zum alleinigen Erben ein. Der überlebende Teil wird in keiner Weise beschränkt oder beschwert. Er kann über das beiderseitige Vermögen frei verfügen.

3. Für den Fall des Todes des überlebenden Teils oder für den Fall des gleichzeitigen Versterbens bestimmen hierdurch als unsere Schlusserben:

...

5. Sämtliche hier getroffenen Verfügungen sind wechselseitig. Sie können daher nur gemeinschaftlich geändert oder durch Widerruf beseitigt werden. Nach dem Tode eines Teils von uns soll aber der überlebende Teil berechtigt sein, ohne Beeinträchtigung seines Erbrechts einseitig dieses Testament beliebig zu ändern.“

2 Der Erblasser errichtete am 31.01.1995 mit seiner am ...1996 verstorbenen ersten Ehefrau ein weiteres gemeinschaftliches eigenhändiges Testament, dass der Erblasser niederschrieb und beide Ehegatten unterschrieben. In diesem Testament heißt es unter anderem wie folgt:

„1. Wir sind miteinander verheiratet und leben seit dem ... 1990 in dem gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Wir haben 2 Kinder, O... M..., geb. am ...1964, und D... D..., geborene M..., geb. Am1966. In

unserer freien Verfügung sind wir weder durch Erbvertrag oder testamentarische Verfügung nicht beschränkt. Hierdurch widerrufen wir sämtliche früheren Verfügungen von Todes wegen. Das gemeinschaftliche Testament vom 22.12.1993 heben wir hiermit auf.

2. Wir setzen uns hierdurch gegenseitig zum alleinigen Erben ein. Der überlebende Teil wird in keiner Weise beschränkt oder beschwert. Er kann über das beiderseitige Vermögen frei verfügen.

3. Für den Fall des Todes des überlebenden Teiles oder für den Fall des gleichzeitigen Versterbens bestimmen wir hierdurch als unseren alleinigen Schlusserben, unseren Sohn O..., M...“

3 Der Erblasser errichtete mit seiner 2. Ehefrau, der Beteiligten zu 2, am 30.01.2017 ein weiteres gemeinschaftliches handschriftliches Testament, in dem es unter anderem wie folgt heißt:

„1. Ich L..., A..., E... M..., ...

2. Ich C..., A... M..., ...

schreiben hiermit im Falle unseres Ablebens unseren letzten Willen auf. Wir möchten, dass der Alleinüberlebende (zu 1. L... M... oder zu 2. C... M...) Alleinerbe wird. ...“

4 Die Zeugin F... informierte Ende 1994 ihre Eltern darüber, dass sie sich von ihrem Ehemann trennen würde. Sie erklärten gegenüber der Zeugin F. Anfang 1995, dass sie etwas gemacht hätten, damit ihr damaliger Ehemann nichts kriege, weil sie noch nicht geschieden sei. Sie, die Zeugin F..., bekomme das Grundstück in der FH. Straße sowie ihr Bruder das Grundstück in S... Der Beteiligte zu 1 hat angegeben, dass seine Eltern ihn über die Errichtung des Testaments 1995 informiert hätten. Sie hätten ihm erklärt, dass es in der Ehe seiner Schwester große Querelen hinsichtlich der Vermögensauseinandersetzung gab und deshalb solle seine Schwester D... das Grundstück in der R... straße allein übertragen bekommen.

5 Die Ehe der Zeugin wurde 1997 geschieden. Das Eigentum an dem Grundstück R... straße übertrug der Erblasser auf die Zeugin, nachdem sich der Beteiligte zu 1 in Insolvenz befand. Die Zeugin zahlte an den Erblasser für das Grundstück einen Kaufpreis um die 100.000 DM. Das Eigentum an dem Grundstück in S... wurde nicht auf den Beteiligten zu 1 übertragen, sondern verblieb im Eigentum des Erblassers. Es wurde im Rahmen der Insolvenz des Beteiligten zu 1 veräußert und mit dem Verkaufserlös wurde die Grundschuld abgelöst, die für die Bank zur Sicherung von Forderungen gegen den Beteiligten zu 1 bestellt war.

6 Am 11.02.2010 schloss der Erblasser mit seinen Kindern, dem Beteiligten zu 1, vertreten durch die Zeugin F..., und der Zeugin F..., vor dem Notar L... in B... zur Urkundenrolle-Nr. .../2010 einen Pflichtteilsverzichtvertrag. Die Beteiligte zu 2 schloss in derselben Urkunde einen Pflicht-

teilsverzichtvertrag mit Ihrer Tochter. In der Urkunde ist festgehalten, dass alle Erschienenen übereinstimmend erklärten, dass der Erblasser in den zurückliegenden Jahren dem Beteiligten zu 1 und seiner Schwester erhebliche unentgeltliche Zuwendungen, darunter jeweils Grundstücke, gemacht habe.

7 Der Beteiligte zu 1 hat beantragt, ihm aufgrund des Testaments vom 31.01.1995 einen Erbschein als alleinigen Erben zu erteilen. Die Beteiligte zu 2 hat beantragt, ihr aufgrund des Testaments vom 30.01.2017 einen Erbschein als alleinige Erbin zu erteilen.

8 Der Beteiligte zu 1 hat die Ansicht vertreten, dass der Erblasser durch die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments vom 31.01.1995 an einer anderweitigen Verfügung von Todes wegen gehindert war. Die Formulierung, dass der überlebende Teil in keiner Weise beschränkt oder beschwert sei und über das beiderseitige Vermögen frei verfügen könne, schließe die Wechselbezüglichkeit im Verhältnis der Erbeinsetzung, die beide Ehegatten in diesem Testament zugunsten seiner Person getroffen hätten, nicht aus. Das Testament vom 30.01.2017 sei nicht vom Erblasser geschrieben worden.

9 Die Beteiligte zu 2 ist der Ansicht, dass die letztwilligen Verfügungen in dem gemeinschaftlichen Testament vom 31.1.1995 nicht wechselbezüglich seien.

10 Das Nachlassgericht hat mit dem angefochtenen Beschluss den Antrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen und die zur Begründung des Antrags der Beteiligten zu 2 erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet.

11 Gegen diesen Beschluss, der dem Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1 am 08.11.2021 zugestellt worden ist, hat der Beteiligte zu 1 am 06.12.2021 Beschwerde eingelegt. Er ist weiterhin der Ansicht, dass das Testament vom 30.01.2017 unwirksam sei, weil das gemeinschaftliche Testament vom 31.01.1995 Bindungswirkung entfalte.

12 Das Nachlassgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

► II. Aus Gründen:

1.

13 Die gemäß §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde ist unbegründet. Die Beteiligte zu 2 ist aufgrund des Testaments vom 30.01.2017 gewillkürte Alleinerbin des Erblassers.

a)

14 Das gemeinschaftliche Testament der Beteiligten zu 2 und des Erblassers vom 30.01.2017 ist formwirksam errichtet (§§ 2267, 2247 BGB). Der Senat ist wie das Amtsgericht aufgrund der Angaben der Zeugin F... und ei-

nes eigenen Schriftvergleichs mit dem Testament vom 31.01.1995 davon überzeugt, dass der Erblasser dieses Testament geschrieben und die Eheleute es unterschrieben haben. Die Zeugin hat die vorgelegten Schriftproben eindeutig jeweils dem Erblasser oder ihrer Mutter zugeordnet. Auch ein Vergleich der Testamente vom 31.01.1995 und vom 31.01.2017 zeigt keinerlei Anhaltspunkte auf, die Anlass dafür geben, an der Urheberschaft des Erblassers zu zweifeln. Die Schrift in beiden Testamenten weist eine deutliche Übereinstimmung auf. Beispielhaft sei hierzu auf die Schreibweise des Namens „O... M...“ verwiesen. Das Schriftbild weist bei allen Buchstaben des Namens eine auch für Laien ersichtliche deutliche Ähnlichkeit auf. Auffällige Abweichungen im Schriftbild bestehen auch im Übrigen nicht. Bei dieser Lage sind auch im Beschwerdeverfahren keine weiteren Ermittlungen (§ 26 FamFG) durchzuführen. Liegen keine besonderen Umstände vor, die gegen eine eigenhändige Errichtung eines privatschriftlichen Testaments sprechen, genügt es, wenn der Tatrichter selbst die Schriftzüge des ihm vorliegenden Testaments mit anderen Schriftproben vergleicht und das Ergebnis würdigt; die Einholung eines Gutachtens zur Echtheit eines eigenhändigen Testaments ist nur in Zweifelsfällen geboten (OLG Düsseldorf FGPrax 2014, 31 m.w.Nw.). Hier sind derartige Zweifel – insbesondere auch wegen der Aussage der Zeugin F... – nicht veranlasst.

b)

15 Der Erblasser war auch nicht wegen der Bindungswirkung der wechselseitigen Verfügungen in dem gemeinschaftlichen Testament mit seiner verstorbenen Ehefrau gemäß § 2271 BGB gehindert anderweitig zu testieren.

aa)

16 Gemäß § 2270 Abs. 1 BGB sind letztwillige Verfügungen, die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament getroffen haben, dann wechselbezüglich, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen Verfügung stehen oder fallen soll. Maßgeblich ist der übereinstimmende Wille der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung. Für den klassischen Fall des B. Testaments wird allgemein anerkannt, dass bei einem gemeinschaftlichen Testament die jeweilige Erbeinsetzung der Kinder der Erblasser als Schlusserben und die jeweilige Einsetzung des Ehepartners zum Alleinerben nach dem Erstversterbenden im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit stehen kann (vgl. z.B. BGH NJW 2002, 1126, 1127; OLG Köln Beschluss vom 09.08.2013 – 2 Wx 198/13 – BeckRS 2014, 7566; OLG München NJW-RR 2011, 227;

OLG Schleswig, Beschluss vom 13.05.2013 – 3 Wx 43/13 – BeckRS 2013, 9366). Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung des Testaments zu ermitteln. Denn den Ehegatten steht es frei zu bestimmen, ob und inwieweit ihre letztwilligen Anordnungen wechselbezüglich sein sollen, so dass sie dann auch in dem gemeinschaftlichen Testament einander das Recht einräumen können, eigene wechselbezügliche Verfügungen nach dem Tode des anderen Ehegatten einseitig aufzuheben oder zu ändern, ohne dass sie damit aufhören würden, wechselbezügliche Verfügungen zu sein (vgl. BGH NJW 1964, 2056; OLG Frankfurt a. M. Beschluss vom 29.4.2021 – 20 W 3/20, BeckRS 2021, 32070 m.w.Nw.; OLG Düsseldorf NJW-RR 2016, 779).

bb)

17 Die Auslegung des Testaments (§§ 133, 2084 BGB) vom 31.01.1995 unter Einbeziehung der in dem gemeinschaftlichen Testament vom 03.02.1992 getroffenen Regelung der Wechselbezüglichkeit und der Umstände für die Testamentserrichtung ergibt, dass der Erblasser und seine erste Ehefrau keine Bindung des Letztversterbenden an Einsetzung des Beteiligten zu 1 als Schlusserben wollten. Anknüpfungspunkt für den Ausschluss der Bindungswirkung ist die Klausel, dass der überlebende Ehegatte in keiner Weise beschränkt und beschwert wird und über das beiderseitige Vermögen frei verfügen kann. Aufgrund der gegebenen Anhaltspunkte ist der Senat auch bei der Anlegung eines strengen Maßstabs davon überzeugt, dass der Erblasser und seine Ehefrau mit der gewählten Formulierung dem überlebenden Ehegatten das Recht einräumen wollten, die getroffene Schlusserbeneinsetzung durch Verfügung von Todes wegen abzuändern.

aaa)

18 Bei der Testamentsauslegung nach §§ 2084, 133 BGB ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Ausdruck zu haften. Da es um die Erforschung des wirklichen Willens des Erblassers geht, sind der Auslegung durch den Wortlaut keine Grenzen gesetzt, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Erklärende mit seinen Worten einen anderen Sinn verbunden hat als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht. Der Wortsinn der benutzten Ausdrücke muss gewissermaßen „hinterfragt“ werden, wenn dem wirklichen Willen des Erblassers Rechnung getragen werden soll. Es müssen daher der gesamte Text der Verfügung und auch alle dem Richter zugänglichen Umstände außerhalb der Testamentsurkunde ausgewertet werden, die zur Aufdeckung des Erblasserwillens möglicherweise dienlich sind (BGH NJW-RR 2009, 1455 m.w.Nw.). Hierzu gehören unter anderem die Vermögens- und Familienverhältnisse des Erblassers, seine Beziehungen zu den Bedachten und seine Zielvorstellungen. Auch können weitere Schriftstücke des Erblassers oder die Auffassung der Beteiligten nach dem

Erbfall von dem Inhalt des Testaments Anhaltspunkte für den Willen des Erblassers geben. (BGH NJW-RR 2009, 1455 m.w.Nw.). Neben dem in der Testamentsurkunde verkörperten Wortlaut der Erklärung des Erblassers sind bei einer Auslegung im Übrigen alle Nebenumstände heranzuziehen und zu würdigen, selbst wenn sie für andere nicht erkennbar waren. Handelt es sich um ein gemeinschaftliches Testament, so ist bei der Auslegung nach den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB zu prüfen, ob ein nach dem Verhalten des einen Ehegatten mögliches Auslegungsergebnis auch dem Willen des anderen Teils entspricht, wobei der Wille des einen Ehegatten auch einen Anhalt für den Willen und die Vorstellung des anderen darstellen kann, weil die beiderseitigen Verfügungen nicht selten Ausdruck eines gemeinsam gefassten Entschlusses beider Teile sind (OLG Hamburg Beschluss vom 30.12.2019 – 2 W 56/19 – BeckRS 2019, 59484; BGH ZEV 2015, 345Tz. 12 m.w.N.; KG DNotZ 2019, 297).

19 Der Senat hat bei der Auslegung berücksichtigt, dass in der obergerichtlichen Rechtsprechung verbreitet – unter Hinweis auf den von ihr angenommenen strengen Maßstab bzw. eine für geboten erachtete Zurückhaltung – die Auffassung vertreten wird, dass jedenfalls die häufig verwendeten Bestimmungen, wonach etwa der Überlebende „frei und ungehindert über sein Vermögen verfügen“ könne, „über den beiderseitigen Nachlass frei verfügen könne“, „über das beiderseitige Vermögen in jeder Weise frei verfügen könne“ oder „frei und unbeschränkt über den Nachlass verfügen“ könne, mangels anderer Anhaltspunkte im Zweifel nur Ermächtigungen zur Vornahme von Verfügungen des Letztlebenden unter Lebenden enthalten sollen (vgl. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht NJW-RR 2014, 965; BayObLG NJW-RR 2002, 1160; Oberlandesgericht Köln, Beschluss vom 09.08.2013 – 2 Wx 198/13 – BeckRS 2014, 7566; Oberlandesgericht Hamm, Beschluss vom 27.09.2001 – 15 W 88/01 – BeckRS 2001, 12942; OLG Hamburg Beschluss vom 30.12.2019 – 2 W 56/19 – BeckRS 2019, 59484; Kammergericht, OLG-NL 1998, 10; anders zu der Formulierung: „Der Überlebende von ihnen ist berechtigt über seinen Nachlass frei zu verfügen“: BayObLG BayObLGZ 1987, 23).

ccc)

20 Der Wortlaut des Testaments enthält keinen ausdrücklichen Ausschluss der Wechselbezüglichkeit oder eine Änderungsbefugnis des überlebenden Ehegatten. Die Formulierung, dass der Überlebende in keiner Weise beschränkt oder beschwert wird, kann sich aber auch darauf beziehen, anderweitig nach dem Tod des Ehegatten von Todes wegen zu verfügen. Die Bestimmung, der Überlebende könne über das beidseitige Vermögen frei verfügen ist für sich genommen auch nicht eindeutig. Sie bezieht aber das eigene Vermögen (beiderseitiges Vermö-

gen) des Überlebenden mit ein, das auch bei einer Vor- und Nacherbschaft keinen Verfügungsbeschränkungen unterliegt. Insoweit macht eine Beschränkung auf Verfügungen unter Lebenden wenig Sinn.

21 Die unmittelbare Anknüpfung dieser Passage an die Erbeinsetzung des Überlebenden unter Ziff. 2 des Testaments bei gleichzeitig davon abgesetzter Einsetzung des Schlusserben unter Ziff. 3 legt wiederum eine Ermächtigung nur zur freien Verfügung unter Lebenden nahe.

22 Welches Verständnis der Erblasser und seine erste Ehefrau von dieser Klausel hatten, lässt sich im Rückschluss aus ihrem gemeinschaftlichen Testament vom 03.02.1992 erschließen. Dort haben die Ehegatten die wortgleiche Formulierung unmittelbar nach der Einsetzung des jeweils anderen zum Erben verwendet. Anders, als in dem Testament vom 31.01.1995 finden sich dort aber weitere Regelungen zur Wechselbezüglichkeit. Aus der ausdrücklichen Bestimmung der Wechselbezüglichkeit sämtlicher getroffenen Verfügungen unter Ziff. 5 dieses Testaments lässt sich auf das Verständnis der Testierenden von Ziff. 2 S. 2 und S. 3 des Testaments schließen. Aus dieser Bestimmung der Wechselbezüglichkeit mit gleichzeitiger Befreiung des Letztversterbenden von der Bindungswirkung ergibt sich zunächst einmal die Kenntnis der Testierenden von der Wirkung der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen. Ihnen war bewusst, dass zu Lebzeiten das gemeinschaftliche Testament hinsichtlich der wechselbezüglichen Verfügungen nur gemeinschaftlich oder durch Widerruf geändert oder beseitigt werden konnte. Der Regelung in Ziff. 5 bezüglich der Anordnung der Wechselbezüglichkeit hätte es nicht bedurft, wenn der Erblasser und seine erste Ehefrau Ziff. 2 S. 2 und S. 3 des Testaments lediglich als eine Ermächtigung zur Verfügung unter Lebenden verstanden hätten; sie mithin trotz dieser Passage von einer Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments ausgegangen wären.

23 Aus Ziff. 3.d) des Testaments vom 03.02.1992 ergibt sich, dass dem Erblasser und seiner ersten Ehefrau das Rechtsinstitut der Vor- und Nacherbschaft geläufig war. Hier haben sie ihre Enkelin S. zur „befreiten“ Vorerbin als Schlusserbin zu 1/6 des Nachlasses eingesetzt. Mithin wussten sie, dass nur der Vorerbe in seiner Verfügung unter Lebenden Beschränkungen unterworfen ist. Dagegen erfolgte die gegenseitige Erbeinsetzung der Testierenden ohne Bedingung. Auch dies spricht für ein Verständnis der Ehegatten, dass Ziff. 2 S. 2 und S. 3 des Testaments sich nicht lediglich auf Verfügungen unter Lebenden, sondern auch auf Verfügungen von Todes wegen erstrecken.

24 Bei der Auslegung war auch der Beweggrund der Ehegatten für die Errichtung des Testaments vom 31.01.1995 zu berücksichtigen. Die Ehegatten setzten ihren Sohn, den Beteiligten zu 1, mit diesem Testament, zum Allein-

erben ein, weil sie wegen der Trennung ihrer Tochter, der Zeugin F..., von ihrem damaligen Ehemann, sicherstellen wollten, dass dieser im Falle ihres Todes keine Vermögensvorteile erhalte. Das ergibt sich aus der Aussage der Zeugin F... und den Angaben des Beteiligten zu 1 bei seiner Anhörung durch das Nachlassgericht. Beide haben übereinstimmend angegeben, dass das Verhältnis der Eltern zu beiden Kindern zum damaligen Zeitpunkt gut war. Die Eltern waren danach immer bemüht, beide Kinder gleich zu behandeln. Auch wenn der Erblasser und seine Ehefrau zu diesem Zeitpunkt offenbar vorhatten, beiden Kindern jeweils ein Grundstück unter Lebenden zuzuwenden, spricht gleichwohl der Beweggrund für die Errichtung des Testaments dafür, dass die Enterbung der Zeugin F... nur vorübergehend bis zum Abschluss der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung der Zeugin mit ihrem damaligen Ehemann erfolgen sollte. Auch dies ist ein Indiz, dass bei einem vorzeitigen Tod eines der Ehegatten der Überlebende anderweitig testieren dürfe.

25 Ein weiteres Indiz ist das Verhalten des Erblassers nach dem Tod seiner ersten Ehefrau. Er ging – wie es der Abschluss des Pflichtteilsverzichtungsvertrags auch mit dem Beteiligten zu 1 im Jahr 2010 belegt – davon aus, dass er in seiner Testierfreiheit durch das gemeinschaftliche Testament vom 31.01.1995 nicht eingeschränkt war.

„Berliner Testament“ als Formulierung in einem gemeinschaftlichen Testament

Normenketten:

BGB §§ 2065, 2084, 2247, 2267, 2269, 2270

Amtlicher Leitsatz:

Ungeachtet des nicht eindeutigen Inhalts des Begriffs „Berliner Testament“ kann die Formulierung in einem gemeinschaftlichen Testament, man wolle den „Restbesitz durch ein Berliner Testament vererben“ dahingehend ausgelegt werden, dass sich die Eheleute gegenseitig zu alleinigen Vollerben und die gemeinsamen Kinder zu gleichen Teilen als Schlusserben beim Tod des überlebenden Ehegatten einsetzen, wenn sich die Eheleute vorher rechtlich hatten beraten lassen und ein Notar ihnen einen Entwurf übersandt hatte, der die gegenseitige Erbeinsetzung und die Schlusserbeinsetzung der Kinder zum Inhalt hatte.

OLG Celle (6. Zivilsenat),

Beschluss vom 07.07.2022 – 6 W 77/22

► Aus den Gründen:

1 Die Beschwerde ist unbegründet.

2 Es sind die Tatsachen für festgestellt zu erachten (§ 352 e Abs. 1 Satz 1 FamFG), die erforderlich sind, der Beteiligten zu 1 den von ihr mit notarieller Urkunde vom 8. Juni 2021 beantragten Erbschein zu erteilen, der sie als Alleinerbin des Erblassers ausweist.

3 Der Erblasser ist nicht im Wege gesetzlicher Erbfolge von seiner Ehefrau, der Beteiligten zu 1, und den drei gemeinsamen Kindern, den Beteiligten zu 2 bis 4, beerbt worden, sondern aufgrund gemeinschaftlichen Testaments vom 11. Februar 2021 allein von der Beteiligten zu 1.

4 1. Der am ... 1948 geborene und am 31. März 2021 verstorbene Erblasser war seit dem 1. Dezember 1971 mit der am 18. September 1953 geborenen Beteiligten zu 1 verheiratet. Aus der Ehe sind drei Kinder hervorgegangen, der am 28. April 1972 geborene Beteiligte zu 2, der am 27. Dezember 1979 geborene Beteiligte zu 3 und der am 12. März 1974 geborene Beteiligte zu 4.

5 Der Erblasser und seine Ehefrau besprachen am 31. August 2020 mit dem Notar U. A. eine Testamentserrichtung, der ihnen mit Schreiben vom 11. Januar 2021 (Bl. 7 f. d. A.) einen Urkundsentwurf übersandte (Bl. 9-13 d. A.). Dieser Entwurf sah vor, dass die Eheleute sich gegenseitig zum alleinigen Vollerben des erstversterbenden Ehepartners einsetzen und sie ihre drei Söhne als Schlusserben zu gleichen Teilen bestimmen. Die getroffenen Verfügungen sollten „bindend“ sein, wobei der länger lebende Ehepartner berechtigt sein sollte, die Schlusserbfolge in vollem Umfang innerhalb der gemeinschaftlichen Abkömmlinge (Kinder und Kindeskinde) abzuändern. Ferner waren eine Pflichtteils Klausel und Bestimmungen zum Anfechtungsrecht nach § 2079 BGB und zur Beerdigung / Grabpflege vorgesehen.

6 Mit eigenhändig geschriebener und unterschriebener Erklärung vom 11. Februar 2021 (Bl. 3 der Testamentsakten 10 IV 340/21 Amtsgericht Geestland), die die Beteiligte zu 1 mitunterzeichnete, bestimmte der Erblasser: „H. W. H. H. und K. geborene E. wollen unseren Restbesitz durch ein Berliner Testament vererben. Hochachtungsvoll“

7 Es folgt zunächst die Unterschrift des Ehemanns, darunter die Unterschrift der Beteiligten zu 1.

8 Am 31. März 2021 verstarb der Erblasser.

9 Mit Schreiben vom 21. April 2021 (Bl. 1 der Testamentsakten) reichte der Notar das Testament beim Nachlassgericht ein.

10 2. Die Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments vom 11. Februar 2021 ergibt, dass der Erblasser und seine Ehefrau, die Beteiligte zu 1, sich gegenseitig als alleinige Vollerben eingesetzt und beim Tod des überlebenden

Ehegatten die drei gemeinsamen Kinder, die Beteiligten zu 2 bis 4, als Schlusserben zu je 1/3 bestimmt haben.

11 a) Die Eheleute haben das gemeinschaftliche Testament formwirksam errichtet, indem es der Ehemann eigenhändig geschrieben und unterschrieben und die Ehefrau diese Erklärung eigenhändig mitunterzeichnet hat (§ 2247 Abs. 1, § 2267 Satz 1 BGB).

12 b) Diese Erklärung der Eheleute ist mit Testierwillen erfolgt. Es handelte sich nicht nur um einen Entwurf.

13 Zwar haben die Eheleute ihre gemeinsame Erklärung nicht mit einer Überschrift wie „Testament“ o. ä. versehen und die Formulierung „Hochachtungsvoll“ könnte darauf hindeuten, dass die Erklärung an den Notar übersandt werden sollte, um mit ihm einen Termin für die Beurkundung des „Berliner Testaments“ zu vereinbaren.

14 Doch hat das Amtsgericht den Testierwillen der Eheleute am 11. Februar 2021 zutreffend festgestellt.

15 Zum einen kann ein gemeinschaftliches Testament bei Einhaltung der oben genannten Formvorschriften auch in einem Brief an einen Dritten enthalten sein (Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Auflage 2022, § 2247 Rn. 5).

16 Zum anderen ergibt sich der Wille der Eheleute durch diese Erklärung ein gemeinschaftliches Testament zu errichten, aus der Anhörung der Beteiligten zu 1 durch das Amtsgericht. Sie hat erklärt, ihr Ehemann habe trotz der gemeinsamen Absicht zum Notar Axhausen zu gehen, das „Testament vom 11.02.2021“ errichtet und zu ihr gesagt, „er möchte, dass wir abgesichert sind“, „falls etwas dazwischen kommt“

17 Obwohl die Beteiligte zu 1, deren gesetzlicher Erbteil nach dem Erblasser nur ½ beträgt, ein erhebliches wirtschaftliches Eigeninteresse an der Auslegung der Erklärung hat, besteht für den Senat kein Zweifel an dem Wahrheitsgehalt ihrer Angabe. Der am 25. Mai 1948 geborene Ehemann befand sich bereits in seinem 73. Lebensjahr, die Eheleute hatten sich daher vom Notar über ihre erbrechtlichen Fragen und Verhältnisse beraten lassen und ihre gemeinsame Erklärung vom 11. Februar 2021 bringt deutlich zum Ausdruck, dass die Vererbung („vererben“) des Vermögens der Eheleute („unseren Restbesitz“) geregelt werden sollte.

18 c) Die Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments ergibt, dass der Wille der Eheleute bei Unterzeichnung darauf gerichtet war, dass sie sich gegenseitig zu alleinigen Vollerben und die drei gemeinsamen Kinder zu gleichen Teilen als Schlusserben beim Tod des überlebenden Ehegatten einsetzen.

19 Zwar haben die Eheleute sich insoweit auf den Begriff „Berliner Testament“ beschränkt, ohne die Einzelheiten der von Ihnen gewollten Erbfolge anzugeben, so dass ohne das Hinzutreten weiterer Umstände keine wirksame Erbinsetzung vorliegen würde.

20 Doch können solche Umstände im vorliegenden Fall festgestellt werden.

21 Für die erläuternde Testamentsauslegung gelten folgende Grundsätze:

22 Anders als das Amtsgericht gemeint hat, kommt es nicht allein auf den Willen des Ehemanns an, sondern es handelt sich um ein gemeinschaftliches Testament, sodass auf den gemeinsamen Willen der Eheleute abzustellen ist, der für den jeweiligen Erklärungsempfänger erkennbar war. Die erläuternde Testamentsauslegung hat zum Ziel, den wirklichen Willen der Eheleute zu erforschen. Der Wortsinn der benutzten Ausdrücke ist zu hinterfragen, um festzustellen, was die Eheleute mit ihren Worten sagen wollten. Allein das subjektive Verständnis der Testierenden hinsichtlich des von ihnen verwendeten Begriffs ist maßgeblich (Grüneberg/*Weidlich*, BGB, 81. Aufl. 2022, § 2084 Rn. 1 m. w. N.). Zur Ermittlung des Inhalts der einzelnen Verfügung ist der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände, auch solche außerhalb des Testaments heranzuziehen und zu würdigen. Abzustellen ist auf den Willen der Testierenden im Zeitpunkt der Testamentserrichtung. Zu den zu berücksichtigenden Umständen gehört das gesamte Verhalten der Eheleute. Auch kann das Verhalten des Längstlebenden nach dem ersten Sterbefall Rückschlüsse auf den Willen des Erstverstorbenen zulassen. Gelingt es trotz Auswertung aller Umstände nicht, sich von dem tatsächlich vorhandenen wirklichen Willen der Testierenden zu überzeugen, muss sich das Gericht damit begnügen, zu ermitteln, was dem Erblasserwillen mutmaßlich am ehesten entspricht, das heißt, was der Erblasser vernünftigerweise gewollt haben kann, wobei nur der erklärte Wille rechtswirksam ist und der ermittelte wirkliche Wille formnichtig, wenn er im Testament selbst nicht wenigstens einen unvollkommenen Ausdruck gefunden hat, indem er dort zu mindestens vage oder versteckt angedeutet ist. Unter welchen Voraussetzungen ein die Form wahrer versteckter Anhalt angenommen werden kann, hängt vom Einzelfall ab. (Grüneberg/*Weidlich*, a. a. O., Rn. 2 ff. m. w. N.). Für die Gültigkeit einer letztwilligen Zuwendung genügt es, wenn die Person des Bedachten aus dem Testament in Verbindung mit den außerhalb des Testaments liegenden Umständen zuverlässig festgestellt werden kann, der Bedachte muss nicht notwendig mit dem Namen bezeichnet werden. Es reicht, wenn die Begrenzung und Festlegung so genau erfolgt, dass für eine Willkür des Dritten kein Raum bleibt (Beschluss des BGH vom 14. Juli 1965 zu V BLw 11/65, zitiert nach juris, dort Rn. 55 m. w. N.). In diesem Rahmen ist auch das Gebot der wohlwollenden Auslegung gem. § 2084 BGB zu beachten. Hat die Auslegung zu einem bestimmten Ergebnis geführt, so ist weiter zu fragen, ob

der so ermittelte Teiltestamentsinhalt mit dem allgemeinen Bestimmtheitsgebot sowie mit § 2065 Abs. 2 BGB zu vereinbaren ist. Das Bestimmtheitsgebot verlangt, dass Inhalt und Reichweite der letztwilligen Verfügung in sachlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht so bestimmt sind, dass Zuwendungsempfänger und -gegenstand mit hinreichender Sicherheit aus der letztwilligen Verfügung entnommen werden können. § 2065 BGB konkretisiert in seinem Anwendungsbereich das Bestimmtheitsgebot dahin, dass der Erblasser die Bestimmung, ob die letztwillige Verfügung Geltung haben soll (Abs. 1) sowie die Person des Zuwendungsempfängers und den Gegenstand der Zuwendung (Abs. 2) nicht einem Dritten überlassen darf. Sinn und Zweck des § 2065 Abs. 2 BGB ist es, eine unzulässige Vertretung im Willen des Erblassers zu verhindern (*Karczewski*, ZEV 2018, 192-197).

23 Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze hat das Amtsgericht den gemeinsamen Willen der Eheleute überzeugend festgestellt. Die Beschwerdeeinwände rechtfertigen keine Zweifel an diesem Ergebnis.

24 Die Erklärung der Ehefrau ergibt, dass sie und der Erblasser mit dem Begriff „Berliner Testament“ das gemeint haben, was sie beim Notar A. am 31. August 2020 besprochen hatten, also die gegenseitige Erbeinsetzung, damit die Eheleute „abgesichert“ sind (also, „dass man gegenseitig etwas erbt“, Bl. 51 R d. A.) und die anschließende Erbeinsetzung der gemeinsamen Kinder („und die Kinder dann Nacherben werden“, Bl. 51 R d. A.).

25 Der Notar hat bestätigt, dass er den Eheleuten den Begriff Berliner Testament erläutert hat und dass er damit die Erbfolge gemeint hat, die sich aus dem von ihm übersandten Entwurf ergibt (Bl. 5 f. d. A.).

26 Diese Angaben des Notars und der Beteiligten zu 1 sind überzeugend. Dem Senat ist aus zahlreichen Fällen bekannt, dass die Verwendung des gesetzlich nicht geregelten Begriffs „Berliner Testament“ in der erbrechtlichen Beratung der Notare weiterhin üblich ist, obwohl der Begriff unterschiedlich verstanden wird:

„Als „Berliner Testament“ wurde ursprünglich bezeichnet, wenn jeder Ehegatte den anderen als seinen Vorerben einsetzte, einen Dritten als seinen Nacherben und diesen zugleich für den Fall des eigenen Überlebens als seinen Ersatzerben, da diese Gestaltung im gemeinen und preußischen Recht als vorherrschend galt. Heute wird diese Bezeichnung als Oberbegriff für Testamente nach § 2269 BGB verwendet oder sogar unhistorisch für solche mit Einheitslösung“ (Grüneberg/*Weidlich*, BGB, 81. Aufl. 2022, § 2269 Rn. 1).

27 Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass der Inhalt der notariellen Beratung der Eheleute am 31. August 2020 durch den Entwurf geklärt ist, den der Notar A. den Eheleuten mit Schreiben vom 11. Januar 2021 übersandte und

in dem er das Ergebnis der Beratung festgehalten hat. Es gibt keinen Anhaltspunkt für die Feststellung, dass die Eheleute diese Beratung zum Berliner Testament missverstanden haben oder sie bis zur Errichtung des Testaments am 11. Februar 2021 ihren Entschluss zur gegenseitigen Erbeinsetzung und Schlusserbeinsetzung ihrer drei Kinder geändert haben.

28 d) Danach haben die Eheleute die von ihnen gewollte Erbfolge eindeutig und formwirksam angeordnet. Aufgrund der genannten Begleitumstände ist der Begriff „Berliner Testament“ ausnahmsweise als Andeutung im Sinne der oben genannten Rechtsprechung ausreichend.

29 e) Dem steht nicht entgegen, dass das Testament die drei Söhne nicht ausdrücklich erwähnt.

30 Zum einen ist im vorliegenden Fall unstrittig, dass die Eheleute als Schlusserben alle drei Kinder in gleicher Weise bedenken wollten, obwohl beim Berliner Testament Dritter i. S. d. § 2269 Abs. 1 BGB jede Person sein kann und es bei Einsetzung der Abkömmlinge nicht erforderlich ist, alle Abkömmlinge in gleicher Weise zu bedenken.

31 Zum anderen ergibt sich diese Erbeinsetzung der drei Söhne aus entsprechender Anwendung des § 2104 Satz 1 BGB, wonach die gesetzlichen Erben beim Tod des überlebenden Ehegatten als „Nacherben“ berufen sind.

32 f) Ferner hat das Amtsgericht zutreffend angenommen, dass der überlebende Ehegatte alleiniger Vollerbe und nicht nur Vorerbe sein sollte.

33 Dies ergibt sich ausdrücklich aus dem notariellen Entwurf und im Übrigen aus der Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 BGB, wonach für den Fall, dass Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament, durch das sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, bestimmt haben, dass nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlass an einen Dritten fallen soll, im Zweifel anzunehmen ist, dass der Dritte für den gesamten Nachlass als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist (zu den dem Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 2 unbekanntem Begriffen Einheits- und Trennungslösung: vgl. Grüneberg/*Weidlich*, a. a. O., § 2269 Rn. 2 und 3).

34 g) Gegen diese Auslegung spricht nicht der Beschwerdeeinwand, dass unklar sei, ob eine Bindungswirkung gewollt war.

35 Zwar enthalten weder das gemeinschaftliche Testament noch die Anhörung der Beteiligten zu 1 einen Anhaltspunkt für die Feststellung, dass die Eheleute eine Bindung des überlebenden Ehegatten an die Schlusserbeinsetzung der drei Kinder oder eine Befugnis wollten, eine Abänderung vornehmen zu dürfen. Der Begriff „Berliner Testament“ genügt nicht zu der Andeutung, dass insoweit die Regelung aus dem notariellen Entwurf gelten soll, den die Eheleute „nicht richtig angeschaut haben“ (Bl. 52 d. A.).

36 Doch folgt die Bindungswirkung aus § 2270 Abs. 2 BGB, wonach für den Fall, dass „dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist“, „im Zweifel anzunehmen“ ist, „dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde“ (§ 2270 Abs. 1 BGB).

Zum Verhältnis von Testamentsvollstreckung und Generalvollmacht

Normenketten:

BGB §§ 2227, 2198 Abs. 1, 2199 Abs. 2; FamFG § 59 Abs. 2

Amtliche Leitsätze:

1. Hat der Erblasser seiner Ehefrau das „beim Erbfall bewohnte Wohnhaus“ als Vorausvermächtnis zugewendet und sind die Eheleute aufgrund der Pflegebedürftigkeit des Erblassers zu ihren Töchtern gezogen, erfordert die Inanspruchnahme des Vorausvermächtnisses, dass der Umzug aus dem ehelichen Haus nach dem Willen der Eheleute nur vorübergehend sein sollte und die Ehefrau noch im Zeitpunkt des Erbfales die Absicht hat, in ihr früheres Wohnhaus zurückzukehren.
2. Von dem Vermächtniszweck ist es nicht gedeckt, wenn der überlebende Ehegatte im Zeitpunkt des Erbfales eine andere Unterkunft gefunden hat und ein Rückgriff auf die ehemals eheliche Wohnung völlig ungewiss ist.
3. Ein Fehlverhalten des zum Testamentsvollstreckter berufenen Miterben im Sinne von § 2227 BGB scheidet nicht deshalb aus, weil der Testamentsvollstreckter Handlungen zur Auseinandersetzung des Nachlasses unter Inanspruchnahme einer ihm vom Erblasser über dessen Tod hinaus erteilten Generalvollmacht veranlasst.
4. Enthält die Generalvollmacht Vorgaben zur Nachlassverwaltung oder Nachlassauseinandersetzung und hat sich der Bevollmächtigte im Rahmen dieser Vorgaben gehalten, ist dies bei der Beurteilung möglicher Entlassungsgründe zu berücksichtigen.
5. Misstrauen in die ordnungsgemäße Amtsführung als Testamentsvollstreckter kann es begründen, wenn dieser haltlose Forderungen reklamiert oder seine Testamentsvollstreckterleistungen pauschal mit einem weit übersetzten Betrag abrechnet.
6. Hat der Erblasser dem Testamentsvollstreckter bei der Verwaltung und Auseinandersetzung des Nachlasses

ses einen weiten Handlungs- und Entscheidungsspielraum zugebilligt, andererseits aber durch dezidierte Vorgaben zum Ausdruck gebracht, dass für ihn die wertmäßig exakte Aufteilung seines Nachlasses unter den Miterben von großer Bedeutung ist, führen Verfehlungen des Testamentsvollstreckers, die auf eine erhebliche Schädigung der Miterben gerichtet waren, zu seiner Entlassung.

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat),
Beschluss vom 12.08.2022 – 3 Wx 71/22

► I. Sachverhalt:

1 Die Beteiligte zu 1. ist aufgrund gemeinschaftlichen Testaments vom 19. Juli 1991 (GA 12 ff.) zur Testamentsvollstreckerin nach dem Tod ihres vorverstorbenen Ehemannes berufen. In der letztwilligen Verfügung der Eheleute heißt es dazu:

„5. Abwicklungstestamentsvollstreckung

Der Zuerstversterbende von uns ordnet für seinen Nachlass Testamentsvollstreckung an und bestimmt den überlebenden Ehegatten zu seinem Testamentsvollstrecker. Der Testamentsvollstrecker hat den Nachlass abzuwickeln und die Vermächtnisse zu erfüllen. Er ist berechtigt, den Nachlass unter den Erben nach seinem billigen Ermessen zu teilen. Dem Testamentsvollstrecker stehen alle Rechte und Befreiungen zu, die nach dem Gesetz zulässig sind. Insbesondere ist er in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass nicht beschränkt und vom Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB befreit.“

2 Die Beteiligte zu 1. hat das Amt der Testamentsvollstreckerin mit notarieller Urkunde vom 17. Januar 2019, beim Nachlassgericht eingegangen am 23. Januar 2019, angenommen (...); ihr ist am 12. November 2019 ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt worden (...).

3 Der Beteiligten zu 1. (und den Beteiligten zu 2. und zu 3.) ist darüber hinaus vom Erblasser durch notarielle Urkunde vom 16. Februar 2018 (...) Generalvollmacht in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten und über den Tod des Vollmachtgebers hinaus eingeräumt worden. In der Notarurkunde ist klaggestellt, dass die Vollmacht im Innenverhältnis nur verwendet werden soll, wenn der Erblasser aufgrund einer körperlichen oder psychischen Krankheit oder Behinderung nicht mehr in der Lage ist, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen oder wenn er den Bevollmächtigten ausdrücklich beauftragt.

4 Die Beteiligten zu 2. bis zu 5. sind die ehelichen Abkömmlinge der Eheleute. Sie sind neben der Beteiligten zu 1., auf die eine hälftige Erbquote entfällt, testamentarisch zu jeweils 1/8 als Erben des Erblassers eingesetzt.

Ein gemeinschaftlicher Erbschein mit diesem Inhalt ist am 12. November 2019 erteilt worden (...).

5 Soweit vorliegend von Interesse, enthält das gemeinschaftliche Testament außerdem die folgenden Bestimmungen:

„2. Vorausvermächtnis zugunsten des überlebenden Ehegatten Der Zuerstversterbende von uns wendet dem Überlebenden im Wege des Vorausvermächtnisses zu:

a) das von uns beim Erbfall bewohnte Wohnhaus oder die in diesem Zeitpunkt von uns bewohnte Eigentumswohnung, soweit diese Immobilie dem Zuerstversterbenden von uns gehört,

b) ...

...

4. Übernahmerecht für den überlebenden Ehegatten

Der überlebende Ehegatte ist nach seinem freien Ermessen berechtigt, jederzeit den Nachlass oder einzelne Nachlassgegenstände in sein Alleineigentum gegen Vergütung des Verkehrswertes der übernommenen Vermögenswerte zu übernehmen. Kommt eine Einigung über den Verkehrswert nicht zustande, so wird dieser ermittelt a) bei Immobilien von dem örtlich zuständigen Gutachterausschuss nach dem Baugesetzbuch

b) bei anderen Gegenständen von einem Sachverständigen, der auf Antrag eines Erben von der Industrie- und Handelskammer Düsseldorf bestimmt wird.

Nutzen, Lasten und Gefahren für die übernommenen Gegenstände gehen mit der Ausübung des Übernahmerechts auf den überlebenden Ehegatten über. Der Übernahmepreis ist innerhalb von drei Monaten nach diesem Zeitpunkt in den Nachlass zu zahlen, und zwar ohne Verzinsung bis dahin, soweit keine Verrechnung im Rahmen einer ganzen oder teilweisen Erbaueinandersetzung erfolgt.“

6 Mit Schreiben vom 24. Juni 2020 hat die Beteiligte zu 5. die Entlassung der Beteiligten zu 1. als Testamentsvollstreckerin beantragt. Sie meint, diese sei aus gesundheitlichen Gründen zur Ausübung des Amtes nicht mehr in der Lage und habe überdies in mehrfacher Hinsicht ihre Pflichten als Testamentsvollstreckerin verletzt. Zu Unrecht habe die Beteiligte zu 1. in ihrer Eigenschaft als Testamentsvollstreckerin das Hausgrundstück „K. in D.“ als Vorausvermächtnis in Anspruch genommen und den auf den Erblasser entfallenden Miteigentumsanteil mit notariellem Vertrag vom 17. Januar 2019 (...) auf sich selbst übertragen. Bei Eintritt des Erbfalls im Dezember 2018 habe es sich nicht mehr um das vom Erblasser und seiner Ehefrau bewohnte Haus gehandelt, weil beide bereits viele Monate zuvor im September oder Oktober 2017 aufgrund der Pflegbedürftigkeit des Erblassers in das Haus der Beteiligten zu 2. und zu 3. in N., P., gezogen seien und

die Beteiligte zu 1. dort bis heute lebe. Darüber hinaus habe die Beteiligte zu 1. die im Alleineigentum des Erblassers stehende Immobilie „B. in D.“ durch notariellen Vertrag vom 16. Juli 2019 in Ausübung der Generalvollmacht des Erblassers unter Wert und ohne die Einholung eines Wertgutachtens zu einem Kaufpreis von 850.000 € auf sich übertragen (...). Den Kaufpreis habe die Beteiligte zu 1. zwar auf ein neu errichtetes Konto bei der Commerzbank eingezahlt, den Betrag aber am 16. Juni 2020 auf ihr eigenes Konto zurücküberwiesen. Die Beteiligte zu 1. beanspruche vollkommen zu Unrecht ferner einen Zugewinnausgleich in Höhe von rund 500.000 € und habe ihre Testamentsvollstreckerleistungen ohne nähere Aufschlüsselung mit einem maßlos übersetzten Betrag von 50.000 € in Rechnung gestellt. Schließlich sei der Beteiligte zu 1. vorzuwerfen, weder ein ordnungsgemäßes Nachlassverzeichnis erstellt noch die Auseinandersetzung des Nachlasses betrieben zu haben.

7 Der Beteiligte zu 4. hat sich in der Sache dem Standpunkt der Beteiligten zu 5. angeschlossen, aber keinen eigenen Entlassungsantrag gestellt.

8 Durch die angefochtene Entscheidung hat das Nachlassgericht den Entlassungsantrag der Beteiligten zu 5. zurückgewiesen. Zwar hat es angenommen, dass die Beteiligte zu 1. ein unvollständiges Nachlassverzeichnis vorgelegt und die Erstellung des Verzeichnisses verzögert habe, zudem willkürlich einen Zugewinnanspruch reklamiere und die Vergütungsforderung mit 50.000 € weit übersetzt sei. Gleichwohl überwiege – so das Amtsgericht – das Fortführungsinteresse der Beteiligten zu 1. das Entlassungsinteresse der Beteiligten zu 5., weil das Verhältnis der Beteiligten untereinander noch nicht zerrüttet sei und trotz der zutage getretenen Meinungsverschiedenheiten eine Auseinandersetzung des Nachlasses innerhalb der Familie stattzufinden habe. Dem Interesse der Beteiligten zu 4. und zu 5. an der zeitnahen und vollständigen Errichtung eines Nachlassverzeichnisses sei dadurch Rechnung getragen, dass sie die Beteiligte zu 1. im Klagewege in Anspruch nehmen könnten.

9 Dagegen richten sich die Beteiligten zu 4. und zu 5. mit ihren Beschwerden. Sie wenden sich vor allem mit Rechtsausführungen gegen die Erwägungen des Amtsgerichts und wiederholen ihren Standpunkt, dass die Beteiligte zu 1. in mehrfacher Hinsicht Anlass zur Entlassung aus dem Amt der Testamentsvollstreckerin gegeben habe.

10 Die Beteiligten zu 1. bis zu 3. verteidigen demgegenüber die angefochtene Entscheidung und treten den Ausführungen der Beschwerde im Einzelnen entgegen.

11 Das Amtsgericht hat den Beschwerden nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 26. April 2022 zur Entscheidung vorgelegt.

12 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Nachlassakten 93a VI 52/19 und 93a IV 167/19, beide AG Düsseldorf, sowie die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

▶ II. Aus den Gründen:

13 Die Beschwerde des Beteiligten zu 4. ist unzulässig, während der Rechtsbehelf der Beteiligten zu 5. Erfolg hat und zur Abänderung der amtsgerichtlichen Entscheidung führt.

14 A. Die Beschwerde des Beteiligten zu 4. ist zu verwerfen. Es fehlt an der erforderlichen Beschwerdeberechtigung. Zwar ist der Beteiligte zu 4. als Miterbe nach dem Tod des Erblassers durch die angefochtene Entscheidung im Sinne von § 59 Abs. 1 FamFG in eigenen Rechten – und nicht nur in wirtschaftlichen, moralischen, ideellen oder sonstigen Interessen – verletzt. Das alleine vermittelt ihm indes keine Beschwerdebefugnis. Gemäß § 59 Abs. 2 FamFG ist in Fällen, in denen – wie hier – der angefochtene Beschluss nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist, ausschließlich der in erster Instanz erfolglos gebliebene Antragsteller zur Beschwerde berechtigt. Das ist im Streitfall die Beteiligte zu 5. und nicht auch der Beteiligte zu 4. Er hat sich zwar in der Sache dem Standpunkt der Beteiligten zu 5. angeschlossen und ihren Sachvortrag bestätigt, allerdings keinen eigenen Antrag auf Entlassung der Beteiligten zu 1. gestellt. Das hat das Amtsgericht zutreffend beurteilt und folgerichtig alleine den Entlassungsantrag der Beteiligten zu 5. zurückgewiesen. Die im Beschwerdeverfahren hinzugezogenen anwaltlichen Vertreter des Beteiligten zu 5. haben dies auch zu keinem Zeitpunkt in Frage gestellt oder als fehlerhaft gerügt.

15 B. Der Rechtsbehelf der Beteiligten zu 5. hat Erfolg. Die Beteiligte zu 1. ist aus dem Amt als Testamentsvollstreckerin zu entlassen, weil sie ihre Amtspflichten in schwerwiegender Weise und schuldhaft verletzt hat und das Entlassungsinteresse der Beteiligten zu 5. das Interesse der Beteiligten zu 1. bis zu 3. an der Fortsetzung der Testamentsvollstreckung durch die Beteiligte zu 1. deutlich überwiegt.

16 1. Nach § 2227 BGB kann das Nachlassgericht den Testamentsvollstrecker auf Antrag entlassen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, wobei ein solcher Grund insbesondere eine grobe Pflichtverletzung oder die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung ist.

17 a) Ob ein wichtiger Grund in diesem Sinne vorliegt, beurteilt sich nach den jeweiligen Umständen des konkreten Einzelfalles. Dabei ist bereits bei der Prüfung eines

wichtigen Grundes zwischen dem Interesse an der Beibehaltung im Amt und dem entgegengesetzten Interesse an der Entlassung des Testamentsvollstreckers abzuwägen mit der Folge, dass im Ergebnis nur Gründe eine Entlassung aus dem Amt des Testamentsvollstreckers rechtfertigen, die ein solches Gewicht besitzen, dass sie sich gegenüber den für eine Fortführung des Amtes sprechenden Gründen durchsetzen. Bei der gebotenen Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Testamentsvollstrecker um die nach dem Willen des Erblassers amtierende Vertrauensperson handelt und deshalb Beachtung verdient, ob die in Rede stehenden Umstände den Erblasser, wenn er noch lebte, zum Widerruf der Ernennung des von ihm ausgewählten Testamentsvollstreckers veranlasst hätten. Auf der anderen Seite ist zu bedenken, dass §2227 BGB angesichts der beschränkten Funktionen des Nachlassgerichts bei einer Testamentsvollstreckung die einzige effektive Möglichkeit bietet, das Testamentsvollstreckerverfahren zu beeinflussen und die Nachlassbeteiligten nötigenfalls durch staatliche Gerichte zu schützen (Senat, FamRZ 2000, 191 f; BayObLG FamRZ 2000, 1055 f; KG FamRZ 2011, 1254 ff; SchIHOLG FamRZ 2016, 1705 ff). Durch diesen Gesichtspunkt ist gewährleistet, dass ein objektiv unvernünftiger mutmaßlicher Wille des Erblassers im Einzelfall überwunden werden kann.

18 b) Wird das Entlassungsgesuch – wie vorliegend – mit dem Vorwurf begründet, der Testamentsvollstrecker habe bei der Verwaltung oder Auseinandersetzung des Nachlasses seine Pflichten verletzt, setzt ein wichtiger Grund im Sinne von §2227 BGB nach der Rechtsprechung des Senats (Beschluss vom 7. 10. 2021, I-3 Wx 59/21 m.w.N.) Dreierlei voraus:

19 aa) Die zur Last gelegte Pflichtverletzung muss geeignet sein, die berechtigten Belange des antragstellenden Miterben, namentlich die mit seiner Miterbenstellung verbundenen Vermögensinteressen, zu beeinträchtigen.

20 bb) Die Pflichtverletzung muss zudem schuldhaft begangen worden sein (BGH, NJW 2017, 2112) und überdies ein solches Gewicht besitzen, dass sie nach den konkreten Umständen des Falles als eine grobe Verfehlung betrachtet und wertungsmäßig mit der Unfähigkeit des Testamentsvollstreckers zu einer ordnungsgemäßen Ausübung seines Amtes auf eine Stufe gestellt werden kann.

21 cc) Die Abwägung der widerstreitenden Interessen unter Berücksichtigung des mutmaßlichen Willens des Erblassers muss schließlich nach den jeweiligen Umständen des Falles zu dem Ergebnis führen, dass der Testamentsvollstrecker aus seinem Amt entfernt werden muss.

22 2. Im Streitfall führen die nachfolgend aufgeführten Gründe zu einer Entlassung der Beteiligten zu 1. aus dem Amt der Testamentsvollstreckerin.

23 a) Die Beteiligte zu 1. hat ihre Pflichten als Testamentsvollstreckerin in mehrfacher Hinsicht schuldhaft und schwerwiegend verletzt.

24 aa) Eine erhebliche und schuldhafte Pflichtverletzung liegt bereits darin, dass die Beteiligte zu 1. das Hausgrundstück „K. in D.“ als Vorausvermächtnis in Anspruch genommen und den auf den Erblasser entfallenden Miteigentumsanteil auf sich selbst übertragen hat. In Wahrheit stand der Grundbesitz nicht der Beteiligten zu 1. zu, sondern ist in den Nachlass gefallen.

25 (1) Nach Ziffer 2. a) des gemeinschaftlichen Testaments hat der Erblasser seiner Ehefrau als Vorausvermächtnis das von den Eheleuten „beim Erbfall bewohnte Wohnhaus“ zugewendet. Ziel dieses Vorausvermächtnisses war es, dem überlebenden Ehegatten die beim Tod des Erstversterbenden genutzte Wohnunterkunft zu sichern und sie dem Einfluss der Miterben zu entziehen. Für die Qualifizierung als von den Eheleuten bewohntes Wohnhaus kommt es vor diesem Hintergrund nicht – wie die Beteiligte zu 1. meint – darauf an, in welchem Wohnhaus die Eheleute vor ihrem Einzug in das Haus der Beteiligten zu 2. und zu 3. gemeinsam gelebt haben. Maßgeblich ist im Entscheidungsfall vielmehr, ob die Eheleute im September/Oktober 2017 nur vorübergehend zu ihren Töchtern, den Beteiligten zu 2. und zu 3., gezogen sind und ob die Beteiligte zu 1. noch im Zeitpunkt des Erbfalles am 27. Dezember 2018 die Absicht hatte, in ihr früheres Wohnhaus zurückzukehren. Nur in diesem Falle wäre die Immobilie „K. in D.“ das „beim Erbfall bewohnte Wohnhaus“, das dem überlebenden Ehegatten durch Vorausvermächtnis gesichert werden soll. Entgegen der Ansicht des Amtsgerichts lassen sich diese Voraussetzungen nicht feststellen.

26 (1.1) Dabei kann auf sich beruhen, ob die Eheleute während des Aufenthalts bei den Beteiligten zu 2. und zu 3. die Absicht hatten, wieder zurück in ihr Wohnhaus „K. in D.“ zu ziehen, sobald der Gesundheitszustand des Erblassers dies zulassen würde. Zwar behauptet die Beteiligte zu 1. Entsprechendes; ihr diesbezüglicher Sachvortrag ist indes nicht nachvollziehbar. Wie die Beteiligte zu 1. selbst vorträgt, hat man das eigene Wohnhaus verlassen, weil der Erblasser nach einem Krankenhausaufenthalt pflegebedürftig war. Unter der neuen Anschrift haben die Eheleute sodann bis zum Tod des Ehemannes Ende Dezember 2018 mindestens vierzehn Monate gelebt. Dass sich der Pflegezustand des Erblassers während dieses Zeitraums in einem Maße gebessert hat, dass ein Rückzug in das eigene Wohnhaus in Betracht kommen konnte, oder dass bis zum Eintritt des Erbfalles zumindest mit einer solchen Besserung gerechnet werden konnte, legt die Beteiligte zu 1. nicht ansatzweise dar; dazu ist auch sonst nichts ersichtlich. Aus diesem Grund

ist der reklamierte Rückzugswille der Eheleute nach dem vorgetragenen Sach- und Streitstand nicht glaubhaft vorgetragen.

27 (1.2) Letztlich muss dieser Frage allerdings nicht nachgegangen werden. Denn die weitere notwendige Feststellung für das Vorausvermächtnis, dass nämlich die Beteiligte zu 1. seit dem Tod ihres Mannes den Wunsch besitzt, in ihr Wohnhaus zurückzukehren, lässt sich nicht treffen.

28 Zwar hat die Beteiligte zu 1. das Hausgrundstück „K. in D.“ bis heute weder veräußert noch geräumt und ist unter der Anschrift postalisch erreichbar. Das rechtfertigt allerdings nicht die Annahme, die Beteiligte zu 1. sei nur vorübergehend zu ihren Töchtern nach N. gezogen und beabsichtige seit dem Tod ihres Ehemannes, in das frühere eheliche Wohnhaus zurückzukehren. Die Beteiligte zu 1. lebt seit September/Oktober 2017 – mithin seit nunmehr fast fünf Jahren – im Haushalt der Beteiligten zu 2. und zu 3. Dass sie in diesem Zeitraum zu irgendeinem Zeitpunkt irgendwelche Anstrengungen für einen Rückzug in das eigene Wohnhaus unternommen hat, trägt die Beteiligte zu 1. nicht vor; dazu ist auch sonst nichts zu erkennen. Ebenso wenig sind Hinderungsgründe für einen Rückzug ersichtlich. Die Beteiligte zu 1. betont im Gegenteil ihre gute körperliche und geistige Verfassung und legt Wert auf die Feststellung, dass sie trotz ihres hohen Alters von mittlerweile fast 92 Jahren uneingeschränkt in der Lage ist, ein selbstbestimmtes Leben ohne jegliche Einflussnahme oder gar Kontrolle von außen zu führen (...). Bei dieser Ausgangslage lässt eine lebensnahe Betrachtung nur eine Schlussfolgerung zu: Die Beteiligte zu 1. hat ihren Lebensmittelpunkt im September/Oktober 2017 von Düsseldorf nach Neuss verlegt und spätestens seit dem Tod ihres Ehemannes den Wunsch aufgegeben, in das Wohnhaus „K. in D.“ zurückzukehren.

29 Das gilt umso mehr, als das Haus der Beteiligten zu 2. und zu 3. für die Beteiligte zu 1. weder von seinem Zuschnitt noch von seiner Ausstattung her eine bloß vorübergehende Bleibe war und ist. Die Beteiligte zu 5. hat nämlich im Beschwerdeverfahren (...) unwidersprochen vorgetragen, dass der Erblasser und seine Ehefrau seit langer Zeit mit den Beteiligten zu 2. und zu 3. in einem gemeinsamen Haushalt gelebt haben, und zwar mit der gesamten Familie zunächst im Familienhaus „P. in N.“ und seit Anfang der 80er Jahre in dem neu errichteten Wohnhaus „K. in D.“ Das Hausgrundstück „P. in N.“ sei – so die Beteiligte zu 5. unwiderlegt weiter – den Beteiligten zu 2. und zu 3. im Jahr 2007 im Wege vorweggenommener Erbfolge übertragen worden, ohne dass diese allerdings ihren Wohnsitz nach dort verlegt haben. Bis in das Jahr 2017 hätten der Erblasser, die Beteiligte zu 1. sowie die Beteiligten zu 2. und zu 3. vielmehr unverändert

im Haus „K. in D.“ gewohnt. Erst im Herbst 2017 sei der Umzug zur Adresse „P. in N.“ erfolgt. Dass die Beteiligte zu 1. seither zusammen mit den Beteiligten zu 2. und zu 3. in N. wohnt, aber gleichwohl unverändert den Wunsch haben soll, in das Haus „K. in D.“ zurückzukehren, ist nicht glaubhaft.

30 Ob die Beteiligte zu 1. – wie das Amtsgericht erwogen hat – das Hausgrundstück „K. in D.“ ungenutzt vorhält, um bei einem etwaigen Zerwürfnis mit den Beteiligten zu 2. und zu 3. oder für den Fall, dass sie (die Beteiligte zu 1.) in einem Umfang Pflege benötigt, die die Beteiligten zu 2. und zu 3. nicht leisten können oder wollen, eine Unterkunft zu besitzen, kann dahin stehen. Daraus ergäbe sich jedenfalls nicht die Befugnis der Beteiligten zu 1., sich den Miteigentumsanteil des Erblassers als Vorausvermächtnis zu übertragen. Nach dem eindeutigen Wortlaut der letztwilligen Verfügung erstreckt sich das Vorausvermächtnis auf das von den Eheleuten „beim Erbfall“ bewohnte Wohnhaus und dient alleine dem Ziel, dem überlebenden Ehepartner dieses als Wohnstätte zu sichern. Von dem Vermächtniszweck ist es nicht mehr gedeckt, wenn der überlebende Ehegatte im Zeitpunkt des Erbfalls eine andere Unterkunft gefunden hat und ein Rückgriff auf die ehemals eheliche Wohnung völlig ungewiss ist.

31 (2) Die Beteiligte zu 1. hat bei der unberechtigten Inanspruchnahme des Vorausvermächtnisses schuldhaft, d.h. zumindest fahrlässig gehandelt. Wortlaut und Regelungszweck der letztwilligen Verfügung legen es bei verständiger, ergebnisoffener Betrachtung nahe, dass das Vorausvermächtnis nach dem Willen des Erblassers alleine dem Ziel dient, dem überlebenden Ehegatten das beim Tod des Erstversterbenden bewohnte Haus als Wohnort zu sichern. Ebenso drängt sich auf, dass die Voraussetzungen des Vorausvermächtnisses dann nicht vorliegen, wenn der letztversterbende Ehegatte nach dem Tod des Ehepartners seinen Lebensmittelpunkt nicht mehr im ehelichen Haus halten möchte und der Vermächtniszweck infolge dessen verfehlt würde. Beides hätte die Beteiligte zu 1. ohne weiteres erkennen können. Ihr hätte deshalb bei der gebotenen Aufmerksamkeit auch bewusst sein können, durch die Inanspruchnahme des Vermächtnisses rechtswidrig zu handeln. Dass die Beteiligte zu 1. spätestens seit Ende Dezember 2018 im Haus der Beteiligten zu 2. und zu 3. wohnt und eine Rückkehr in das frühere eheliche Haus nicht beabsichtigt, steht zur Überzeugung des Senats fest.

32 bb) Die Beteiligte zu 1. hat ihre Pflichten als Testamentsvollstreckerin außerdem dadurch in gravierender Weise und schuldhaft verletzt, dass sie sich das im Alleineigentum des Erblassers stehende Hausgrundstück „B. in D.“ zu einem Kaufpreis von 850.000 € zu Eigentum übertragen hat.

33 (1) Ein Fehlverhalten scheidet nicht – wie das Amtsgericht meint – von vornherein deshalb aus, weil die Beteiligte zu 1. die Eigentumsübertragung im Juli 2019 nicht in ihrer Eigenschaft als Testamentsvollstreckerin, sondern unter Inanspruchnahme der ihr vom Erblasser über dessen Tod hinaus erteilten Generalvollmacht veranlasst hat. Von der Generalvollmacht des Erblassers hat die Beteiligte zu 1. Gebrauch gemacht, weil seinerzeit weder die Erbfolge geklärt noch ein Erbschein und das Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt waren. Die Inanspruchnahme der Generalvollmacht ändert indes nichts an der Tatsache, dass die Beteiligte zu 1. der Sache nach eine teilweise Auseinandersetzung des Nachlasses vorgenommen und damit de facto Aufgaben als Testamentsvollstreckerin des Erblassers erledigt hat. Denn dieser hat nach Ziffer 5. des gemeinschaftlichen Testaments den Nachlass abzuwickeln und ihn nach billigem Ermessen unter den Erben aufzuteilen.

34 Der erbrechtliche Bezug der Eigentumsübertragung wird zusätzlich dadurch deutlich, dass die Beteiligte zu 1. alleine aus dem Übernahmerecht des überlebenden Ehegatten in Ziffer 4. des gemeinschaftlichen Testaments berechtigt sein konnte, sich das Eigentum an der Immobilie „B. in D.“ zu übertragen. Die Generalvollmacht verschaffte der Beteiligten zu 1. nur nach außen hin die nachweisbare Rechtsmacht für die Eigentumsübertragung, ohne auf das Testamentsvollstreckerzeugnis warten zu müssen. Dessen ungeachtet ist das Verhalten, das die Beteiligte zu 1. vor der Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses zur Auseinandersetzung des Nachlasses an den Tag gelegt hat, selbstverständlich bei der Frage zu berücksichtigen, ob Anlass für eine Entlassung aus dem Amt besteht. Jede andere Betrachtung wäre eine rein formale Sichtweise, die den Zweck des § 2227 BGB verfehlen würde.

35 Dem lässt sich nicht entgegen halten, dass dann, wenn der Testamentsvollstrecker zugleich Generalbevollmächtigter des Erblassers über dessen Tod hinaus ist, dieser als Bevollmächtigter nicht den Beschränkungen unterliegt, denen er kraft Gesetzes als Testamentsvollstrecker unterworfen ist (BGH, NJW 1962, 1718). Mit dieser Erkenntnis ist lediglich zum Ausdruck gebracht, dass die Handlungs- und Vertretungsmacht aus einer Generalvollmacht und diejenige aus dem Amt des Testamentsvollstreckers unabhängig nebeneinander stehen. Folglich unterliegt der Generalbevollmächtigte nicht den Beschränkungen, die für ihn als Testamentsvollstrecker gelten, und seine Stellung ist auch durch die Anordnung der Testamentsvollstreckerschaft nicht beeinträchtigt, weshalb er, solange die Vollmacht nicht widerrufen ist, Verfügungen über Nachlassgegenstände vornehmen und Verpflichtungen mit Wirkung gegen den Nachlass eingehen kann. Das bedeutet indes nicht, dass Hand-

lungen, die der Bevollmächtigte unter Ausnutzung der Generalvollmacht zur Verwaltung oder Auseinandersetzung des Nachlasses vornimmt, im Rahmen des § 2227 BGB nicht berücksichtigt werden dürfen. Das Gegenteil ist der Fall. Eine grobe Pflichtverletzung bei der Verwaltung oder Auseinandersetzung des Nachlasses ist nicht deshalb weniger schwerwiegend, weil der Testamentsvollstrecker zugleich Generalbevollmächtigter ist. Überdies bliebe der – ohnehin begrenzte – Schutz, den § 2227 BGB den Erben vor einer grob unzureichenden Testamentsvollstreckung bietet, lückenhaft und unzureichend, wenn man Handlungen im Aufgabenbereich der Testamentsvollstreckung nur deshalb außer Betracht ließe, weil der Testamentsvollstrecker zugleich Generalbevollmächtigter des Erblassers über dessen Tod hinaus ist und in Ausnutzung der Generalvollmacht gehandelt hat. Das schließt es selbstverständlich nicht aus, bei der Beurteilung möglicher Entlassungsgründe zu berücksichtigen, wenn die Generalvollmacht vom Erblasser mit Vorgaben zur Nachlassverwaltung oder Nachlassauseinandersetzung erteilt worden ist. Hält sich der Bevollmächtigte im Rahmen dieser Vorgaben, kann sein Verhalten im Allgemeinen nicht als pflichtwidrig im Sinne von § 2227 BGB beurteilt werden. Darum geht es vorliegend indes nicht. Denn Anordnungen des Erblassers zur Verwaltung und Auseinandersetzung des Nachlasses finden sich nicht in der Generalvollmacht, sondern ausschließlich in dem gemeinschaftlichen Testament. Die Generalvollmacht war vielmehr eine Vorsorgevollmacht und im Innenverhältnis ausdrücklich auf die Fälle beschränkt, dass der Erblasser aufgrund einer körperlichen oder psychischen Krankheit oder Behinderung nicht mehr in der Lage ist, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen, oder in denen er den Bevollmächtigten ausdrücklich beauftragt. Schon auf erste Sicht hat die Beteiligte zu 1. die ihr erteilte Generalvollmacht missbraucht, als sie mit ihrer Hilfe zum Zwecke der Erbauseinandersetzung die Immobilie „B. in D.“ in das eigene Vermögen übernahm.

36 (2) Die Vorgänge um die Übertragung des Hausgrundstücks „B. in D.“ im Juli 2019 müssen im Rahmen des § 2227 BGB auch nicht deshalb unberücksichtigt bleiben, weil der Beteiligten zu 1. seinerzeit noch kein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt worden war. Gemäß § 2202 Abs. 1 und 2 BGB beginnt das Amt des Testamentsvollstreckers nicht erst mit der Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses, sondern bereits mit dem Zeitpunkt, in welchem der Ernannte das Amt durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht annimmt. Das war am 23. Januar 2019 und damit rund fünf Monate vor Abschluss des in Rede stehenden Grundstücksgeschäfts.

37 (3) Die Beteiligte zu 1. hat ihre Pflichten als Testamentsvollstreckerin schuldhaft und in grober Weise missachtet,

indem sie das Hausgrundstück „B. in D.“ zum Preis von 850.000 € auf sich übertragen hat.

38 (3.1) Zwar war sie nach dem Übernahmerecht in Ziffer 4. des gemeinschaftlichen Testaments berechtigt, das zum Nachlass gehörende Hausgrundstück ohne Angabe von Gründen in ihr eigenes Vermögen zu überführen. Denn als überlebendem Ehepartner stand es in ihrem freien Ermessen, einzelne Nachlassgegenstände zu übernehmen.

39 (3.2) Die Beteiligte zu 1. hat allerdings die Modalitäten, unter denen ihr die Ausübung des Übernahmerechts testamentarisch gestattet war, grob missachtet. Nach der letztwilligen Verfügung des Erblassers war die Übernahme einer Immobilie aus dem Nachlass ausdrücklich nur gegen Vergütung seines Verkehrswertes erlaubt, wobei entweder eine Einigung mit den Miterben über den Verkehrswert herbeizuführen oder der Verkehrswert durch den örtlich zuständigen Gutachterausschuss zu ermitteln war. Die Beteiligte zu 1. hat diesen Anordnungen bewusst zuwider gehandelt, indem sie ohne Rücksprache mit den Beteiligten zu 2. bis zu 5. als Miterben und ohne Einholung des für diesen Fall zwingend vorgeschriebenen Wertgutachtens einen Kaufpreis von 850.000 € veranschlagt und die Immobilie gegen Entrichtung dieses Preises in ihr Vermögen überführt hat.

40 Ob – wie die Beteiligte zu 1. ohne nähere Darlegungen behauptet – der angesetzte Kaufpreis dem Verkehrswert des Hausgrundstücks entsprach, spielt in diesem Zusammenhang keine entscheidende Rolle. Die Pflichtwidrigkeit der Erblasserin liegt nämlich in der Tatsache begründet, dass sie entgegen den klaren testamentarischen Vorgaben des Erblassers eigenmächtig einen Verkehrswert angesetzt hat, über den weder eine Einigung mit den Miterben erzielt noch der gutachtlich ermittelt worden war.

41 (3.3) Diesen Pflichtverstoß hat die Beteiligte zu 1. vorsätzlich begangen. Angesichts der eindeutigen Anweisungen des Erblassers in dem gemeinschaftlichen Testament ist auszuschließen, dass die Beteiligte zu 1. die Notwendigkeit des vorgeschriebenen Wertermittlungsverfahrens nur versehentlich unterlassen hat.

42 (3.4) Im Übrigen drängt sich nach Lage der Dinge geradezu der Verdacht auf, dass der Übernahmepreis von 850.000 € signifikant hinter dem Verkehrswert des Hausgrundstücks zurückbleibt. Es ist bemerkenswert, dass sich die Beteiligte zu 1. bis heute mit der bloß pauschalen – und infolge dessen nicht ansatzweise nachvollziehbaren – Behauptung begnügt, der angesetzte Preis sei angemessen. Sie legt dazu weder ein Wertermittlungsgutachten vor, das sie zwischenzeitlich hätte einholen können, noch trägt sie die Erwägungen und Vergleichspreise vor, die sie zu ihrer Einschätzung berechtigen sollen. Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass ein derart nichtssagender Sachvortrag durchgreifende Zweifel an

der Redlichkeit der Beteiligten zu 1. in dieser Angelegenheit weckt.

43 cc) Zu beanstanden ist darüber hinaus die von der Beteiligten zu 1. gewählte Weise der Kaufpreiszahlung. Nach den Feststellungen des Amtsgerichts hat sie den Kaufpreis von 850.000 € auf ein Konto des Erblassers bei der Commerzbank eingezahlt (...). Schon damit hat die Beteiligte zu 1. den Vorgaben des Erblassers nicht Folge geleistet. Ziffer 4 des gemeinschaftlichen Testaments schreibt vor, dass der Übernahmepreis innerhalb von drei Monaten „in den Nachlass“ zu zahlen ist. Die Überweisung auf ein Konto des Erblassers, auf welches zwar der übernehmende Miterbe, nicht aber die anderen Miterben Zugriff haben, stellt keine Auskehrung des Übernahmepreises in den Nachlass, d.h. an die Miterbengemeinschaft, dar. Erst recht pflichtwidrig war es, dass die Beteiligte zu 1. – wie die Beschwerde unwidersprochen vorträgt – im Juni 2020 den Betrag von 850.000 € auf ein eigenes Konto weiterüberwiesen und dadurch vollends dem Zugriff der Miterben entzogen hat.

44 dd) Misstrauen in die ordnungsgemäße Amtsführung als Testamentsvollstreckerin begründet ebenso, dass die Beteiligte zu 1. haltlos einen Zugewinnausgleich in Höhe von knapp 500.000 € reklamiert sowie ihre erbrachten Testamentsvollstreckerleistungen ohne nähere Erläuterung mit pauschal 50.000 € veranschlagt. Zu Recht hat bereits das Amtsgericht die Vergütungsforderung als befremdlich und der Höhe nach nicht nachvollziehbar zurückgewiesen. Beide Gesichtspunkte verstärken den sich aus den Vorgängen um die Immobilien „K. in D.“ und „B. in D.“ aufdrängenden Eindruck, dass die Beteiligte zu 1. den Nachlass nicht unvoreingenommen und redlich auseinandersetzt. Verstärkt wird dieser Eindruck durch die Tatsache, dass die Beteiligte zu 1. – wie ausgeführt – im Juli 2019 das Hausgrundstück „B. in D.“ dadurch in das eigene Vermögen überführt hat, dass sie die ihr vom Erblasser erteilte Vorsorgevollmacht zweckwidrig verwendet hat.

45 b) Ohne dass es noch auf die weiteren von der Beschwerde reklamierten Pflichtverstöße ankommt, führen bereits die vorstehend erörterten Gründe zu der Feststellung, dass die Beteiligte zu 1. ihre Pflichten als Testamentsvollstreckerin in einem solchen Maße verletzt hat, dass sie bei Abwägung der widerstreitenden Interessen und unter Beachtung des Wunsches des Erblassers, dass seine Ehefrau als die von ihm ausgewählte Vertrauensperson seine letztwilligen Verfügungen umsetzen soll, aus dem Amt entlassen werden muss.

46 aa) Der Erblasser hat der Beteiligten zu 1. bei der Verwaltung und Auseinandersetzung einerseits einen weiten Handlungs- und Entscheidungsspielraum zugebilligt.

47 Die Beteiligte zu 1. ist im Rahmen der angeordneten Abwicklungstestamentsvollstreckung nach Ziffer 5 des gemeinschaftlichen Testaments berechtigt, den Nachlass unter den Erben nach ihrem billigen Ermessen zu teilen. Ihr sind zudem alle gesetzlich zulässigen Rechte und Befreiungen, insbesondere auch von dem Verbot des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB, eingeräumt sowie die Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass unbeschränkt gestattet worden. Die Beteiligte zu 1. ist aus dem Übernahmerecht nach Ziffer 4. des gemeinschaftlichen Testaments darüber hinaus nach ihrem freien Ermessen befugt, jederzeit den Nachlass oder einzelne Nachlassgegenstände in ihr Alleineigentum zu übernehmen.

48 In der Gesamtschau hat der Erblasser der Beteiligten zu 1. damit seinen Nachlass zu einer nahezu freien Verfügung überlassen, weshalb nur schwerwiegende Verfehlungen der Beteiligten zu 1., die das in sie gesetzte Vertrauen des Erblassers erschüttern, zu einer Entlassung aus dem Amt der Testamentsvollstreckerin führen können.

49 bb) Andererseits hat der Erblasser durch dezidierte Vorgaben zum Ausdruck gebracht, dass für ihn die wertmäßig exakte Aufteilung seines Nachlasses unter den Miterben von großer Bedeutung ist.

50 Das testamentarisch eingeräumte Übernahmerecht hat der Erblasser unter den ausdrücklichen Vorbehalt gestellt, dass eine Vergütung in Höhe des Verkehrswertes der übernommenen Vermögenswerte in den Nachlass gezahlt wird. Geregelt ist zudem die Ermittlung dieses Verkehrswertes. Das gemeinschaftliche Testament fordert dazu in Ziffer 4. in erster Linie die einvernehmliche Festlegung des Wertes durch die Miterben. Kommt eine solche Einigung nicht zustande, muss der Wert des übernommenen Nachlassgegenstandes durch Sachverständigengutachten ermittelt werden, und zwar bei Immobilien durch ein Gutachten des örtlich zuständigen Gutachterausschusses und bei allen anderen Vermögensgegenständen durch einen Gutachter, der von der Industrie- und Handelskammer Düsseldorf zu bestimmen ist. Das gemeinschaftliche Testament trifft überdies Regelungen zu den Nutzen, Lasten und Gefahren für die übernommenen Gegenstände. Sie gehen mit der Ausübung des Übernahmerechts auf den überlebenden Ehegatten über. Das Testament bestimmt schließlich, dass der Übernahmepreis innerhalb von drei Monaten nach Ausübung des Übernahmerechts in den Nachlass zu zahlen ist, und zwar grundsätzlich ohne Verzinsung bis dahin.

51 Die genannten Bestimmungen sollen sicherstellen, dass die Beteiligte zu 1. über die ihr eingeräumten Freiheiten bei der Auseinandersetzung des Nachlasses wertmäßig keinen Einfluss auf die angeordnete Erbfolge neh-

men kann, sie insbesondere ihr Übernahmerecht nicht zum Nachteil der Miterben ausüben kann.

52 cc) Die von der Beteiligten zu 1. begangenen Pflichtverletzungen missachten diesen Wunsch des Erblassers. Sie wiegen schwer und erschüttern auch aus verständiger Sicht des Erblassers das in die Beteiligte zu 1. gesetzte Vertrauen für eine ordnungsgemäße Erbauseinandersetzung. Denn die Verfehlungen der Beteiligten zu 1. waren auf eine erhebliche Schädigung der Miterben gerichtet.

53 (1) Das zu Unrecht in Anspruch genommene Vorausvermächtnis hat zur Folge, dass das Hausgrundstück „K. in D.“ nicht, wie es rechtlich geboten ist, in den Nachlass fällt und der Wert der Immobilie infolge dessen den Beteiligten zu 2. bis zu 5. vorenthalten wird.

54 (2) Die Immobilie „B. in D.“ hat die Beteiligte zu 1. nicht nur unter Missbrauch ihrer Vorsorgevollmacht in das eigene Vermögen überführt, sondern auch zu einem weder einvernehmlich festgelegten noch sachverständig ermittelten Kaufpreis – und damit regelwidrig – aus dem Nachlass entnommen. Durch ihr Verhalten hat die Beteiligte zu 1. zudem den dringenden Verdacht begründet, dass der Nachlass zum finanziellen Schaden der Miterben geschmälert wird. Der eigenmächtig auf 850.000 € veranschlagte Kaufpreis ist bis heute weder als ein angemessener Verkehrswert belegt noch trägt die Beteiligte zu 1. auch nur ansatzweise plausibel vor, dass die Kaufsumme dem Immobilienwert entspricht. Ihre pauschale Behauptung, der genannte Preis sei angemessen, ist nichtssagend und offensichtlich unzureichend und legt es nahe, dass der Kaufpreis in Wahrheit signifikant hinter dem Verkehrswert zurückbleibt. Hinzu kommt, dass die Beteiligte zu 1. den Kaufpreis entgegen der testamentarischen Vorgabe auch nicht innerhalb von drei Monaten in den Nachlass gezahlt hat, sondern den Miterben bis heute vorenthält.

55 (3) Gegen die finanziellen Interessen der Beteiligten zu 2. bis zu 5. als Miterben des Erblassers richtet sich gleichermaßen die haltlose Forderung der Beteiligten zu 1. auf Zahlung eines Zugewinnausgleichs von knapp 500.000 € und einer Testamentsvollstreckervergütung von pauschal 50.000 €. Beide Ansprüche zielen darauf ab, den unter den Miterben zur Verteilung stehenden Nachlass erheblich zu schmälern.

56 dd) Bei Abwägung der beiderseitigen Interessen entspricht es auch dem mutmaßlichen Willen des Erblassers, dass die Beteiligte zu 1. aus dem Amt der Testamentsvollstreckerin ausscheidet. Denn sie hat durch ihre zahlreichen Pflichtverletzungen gezeigt, dass sie nicht gewillt ist, den Nachlass nach den Regeln des gemeinschaftlichen Testaments und der vom Erblasser verfügten Erbfolge auseinander zu setzen.

57 Die Beteiligte zu 1. ist deshalb gemäß § 2227 BGB aus dem Amt der Testamentsvollstreckerin zu entlassen.

58 3. Ihr ist nicht zuvor Gelegenheit zu geben, einen Ersatz-Testamentsvollstrecker zu bestimmen.

59 a) Der Erblasser hat in dem Nachtrag zum gemeinschaftlichen Testament vom 26. Juni 2002 für den in Rede stehenden Fall, dass das Testamentsvollstreckeramt der Beteiligten zu 1. endet, bevor der Nachlass endgültig verteilt ist, als Ersatz-Testamentsvollstrecker ... und hilfsweise ... benannt, die jeweils befugt sein sollten, ihrerseits einen Ersatz-Testamentsvollstrecker zu benennen. Nachdem beide Herren zwischenzeitlich verstorben sind, sind diese Anordnungen des Erblassers zur Bestimmung eines Ersatz-Testamentsvollstreckers nach § 2198 Abs. 1 BGB und § 2199 Abs. 2 BGB hinfällig.

60 b) Der Erblasser hat die Beteiligte zu 1. nicht dazu ermächtigt, einen Nachfolger zu ernennen. Eine dahingehende ausdrückliche testamentarische Anordnung liegt nicht vor. Ob den letztwilligen Verfügungen durch Auslegung zu entnehmen ist, dass die Beteiligte zu 1. bei einer vorzeitigen Aufgabe ihres Amtes (etwa durch Niederlegung oder aus gesundheitlichen Gründen) befugt sein soll, einen Ersatz-Testamentsvollstrecker zu benennen, kann dahinstehen. Keinesfalls entspricht es dem (wirklichen oder mutmaßlichen) Willen des Erblassers, dass die Beteiligte zu 1. einen Nachfolger im Amt soll bestimmen können, obschon sie selbst aufgrund schwerwiegender Verfehlungen als Testamentsvollstreckerin entlassen werden muss.

Zum Umfang der Mitwirkung des Erblassers bei der Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses

Normenketten:

ZPO § 888; BGB § 2314

Amtlicher Leitsatz:

Die Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses ist eine eigene Verbindlichkeit des Schuldners. Beschränkt sich der Schuldner auf die Beantwortung von Fragen des Notars, ohne diesem von sich aus Auskünfte zu erteilen, tut er regelmäßig nicht alles in seiner Macht Stehende, um das notarielle Nachlassverzeichnis aufzunehmen, so dass grundsätzlich die Verhängung eines Zwangsgeldes in Betracht kommt.

OLG München (33. Zivilsenat),
Beschluss vom 10.11.2022 – 33 W 775/22

I. Sachverhalt:

1 Die sofortige Beschwerde ist zulässig und auch in der Sache erfolgreich.

2 Der Kläger (= Gläubiger) hat die Festsetzung eines Zwangsgeldes gegen den Beklagten (= Schuldner) beantragt, damit dieser ein notarielles Nachlassverzeichnis vorlegt.

3 Der Beklagte war durch Teilanerkennnis-, Teilversäumnis- und Teilurteil des Landgerichts Memmingen vom 03.12.2020 zur Auskunftserteilung unter gleichzeitiger Vorlage von Belegen verurteilt worden. Auf die Berufung des Beklagten gegen dieses Urteil, mit dem er sich gegen die Verpflichtung zur Belegvorlage wendete, hat der Senat das Urteil des Landgerichts durch Urteil vom 23.08.2021 insoweit aufgehoben und die Klage abgewiesen.

4 Der Schuldner hat mit Schreiben vom 30.07.2020 das Notariat M. in K. mit der Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses beauftragt, ohne dass dieses in der Folgezeit erstellt worden wäre. Mit Schreiben vom 11.02.2022 hat der Schuldner daraufhin das Notariat V. in B. mit der Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses beauftragt.

5 Dieses Notariat forderte im Februar 2022 beim Schuldner Unterlagen an, die dieser am 04.03.2022 übersandte. Eine weitere Anfrage des Notariats wurde am 08.04.2022 beantwortet.

6 Für den 13.09.2022 war offenbar die Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses durch den Notar geplant, der entsprechende Termine an die Parteivertreter mitgeteilt hatte. Nachdem der Rechtsanwalt des Gläubigers Einwände gegen den seitens des Notars übersandten Entwurf mit E-Mail vom 12.09.2022 geäußert hatte, wurde der Termin abgesagt, das Nachlassverzeichnis wurde seitdem nicht erstellt.

7 Der Gläubiger hatte bereits am 12.01.2022 gegen den Schuldner die Verhängung eines Zwangsgeldes beantragt.

8 Das Landgericht hat diesen Antrag mit Beschluss vom 02.06.2022 zurückgewiesen und der dagegen am 14.06.2022 eingelegten sofortigen Beschwerde mit Beschluss vom 19.08.2022 nicht abgeholfen und die Akten dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

II. Aus den Gründen:

9 Die sofortige Beschwerde ist zulässig, insbesondere wurde sie fristgerecht erhoben.

10 Sie hat auch in der Sache Erfolg.

11 1. Die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung liegen vor.

12 a) Gemäß § 750 Abs. 1 S. 1 ZPO darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen die sie stattfinden soll, in dem Urteil oder in der ihm beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind und das Urteil bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

13 aa) Grundsätzlich ist eine Vollstreckung aus dem erstinstanzlichen Urteil nur möglich, wenn die Berufung dagegen in vollem Umfang zurückgewiesen wurde (st. Rechtsprechung, zuletzt BGH, Beschluss vom 23.09.2021 – I ZB 20/21, NJW 2022, 393 m. w. N.). Etwas anderes gilt nur dann, wenn keine wesentliche Änderung der erstinstanzlichen Entscheidung durch das Berufungsgericht erfolgt ist (BGH a. a. O.).

14 bb) Vorliegend hat der Senat die Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil zwar nicht vollständig zurückgewiesen, vielmehr das Urteil teilweise abgeändert und die Klage insoweit abgewiesen. Allerdings erstreckt sich die Klageabweisung lediglich auf die vom Erstgericht angeordnete Vorlage von Belegen (die auch allein Gegenstand des Berufungsverfahrens war). Deshalb kann vorliegend die Vollstreckung ausnahmsweise aus dem landgerichtlichen Urteil erfolgen, da der Tenor des landgerichtlichen Urteils durch die Entscheidung des Senats letztlich nur um die Belegvorlage abgeändert wurde und der Tenor des Berufungsurteils aufgrund dessen selbst keinen vollstreckungsfähigen Inhalt hat. Hinzu kommt, dass dem Gläubiger die vollstreckbare Ausfertigung ausdrücklich in Verbindung mit dem Urteil des Senats erteilt worden ist.

15 b) Die Voraussetzungen für die Verhängung eines Zwangsgeldes gemäß § 888 ZPO liegen (nunmehr) vor.

16 aa) Die Verpflichtung des Schuldners ist bisher nicht erfüllt; ein notarielles Nachlassverzeichnis liegt nicht vor.

17 bb) Die Zwangsvollstreckung zur Erfüllung eines titulierten Anspruchs auf Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses richtet sich als unvertretbare Handlung nach § 888 ZPO (BGH ZEV 2019, 81 (82); Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 4. Aufl., 2022, § 2314 BGB Rn. 94). Das gilt auch dann, wenn zur Vornahme der Handlung die Mitwirkung eines Dritten – hier des Notars – notwendig ist (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.02.2021, ZEV 2021, 577).

18 (1) Die Vollstreckung dient in diesem Fall dazu, den Willen eines Schuldners insoweit zu beugen, als dieser alles tatsächlich und rechtlich in seiner Macht Stehende zu tun hat, um den Notar zur erforderlichen Mitwirkung zu veranlassen (Zöller/Seibel, ZPO, 34. Aufl., 2022, § 888 Rn. 2). Dabei ist es für die Festsetzung einer Zwangsmaßnahme gemäß § 888 Abs. 1 ZPO bedeutungslos, ob

und inwieweit der Schuldner in der Vergangenheit alles Erforderliche mit der gebotenen Beschleunigung getan hat, um auf eine zügige Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses hinzuwirken, denn das Zwangsgeld hat – im Gegensatz zum Ordnungsgeld – keinen Sanktionscharakter. Maßgeblich ist vielmehr (allein), ob der Schuldner zum Zeitpunkt der Entscheidung durch den Senat alles in seiner Macht Stehende getan hat, um die Mitwirkung des beauftragten Notars zu erlangen (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.04.2013 – 7 W 20/13, BeckRS 2013, 21164). Für die Frage, ob Zwangsmaßnahmen gemäß § 888 Abs. 1 ZPO zu verhängen sind, ist mithin darauf abzustellen, ob dem Schuldner zum Zeitpunkt der Entscheidung Maßnahmen oder Handlungen möglich sind, die zur Herbeiführung des geschuldeten Erfolgs – Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses – führen können.

19 (2) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze war vorliegend ein Zwangsgeld zu verhängen, weil der Schuldner bislang nicht hinreichend auf die zügige Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses hingewirkt hat.

20 Spätestens nachdem es im September 2022 nicht zur Aufnahme des Nachlassverzeichnisses gekommen ist, hätte der Schuldner beim Notar vorstellig werden müssen und sich zu den Umständen erklären müssen, die der Gläubiger in seiner Email vom 12.09.2022 am vorgelegten Entwurf bemängelt hatte.

21 Dabei kann dahinstehen, ob die vom Gläubiger angesprochenen Punkte alle tatsächlich so in das notarielle Nachlassverzeichnis aufzunehmen sind oder nicht. Jedenfalls handelt es sich bei allen Punkten um solche, die grundsätzlich pflichtteilsrelevant sein können, so dass es die Aufgabe des Auskunftsschuldners gewesen wäre, sich von sich aus zu diesen Punkten gegenüber dem Notar zu erklären. Keinesfalls darf er warten und sich darauf zurückziehen, bis ihm vom Notar entsprechende Fragen gestellt werden, denn der Notar erfüllt mit der Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses keine eigene Verbindlichkeit, vielmehr handelt es sich allein um eine Verbindlichkeit des Schuldners (*Weidlich*, MittBayNot 2022, 209), so dass es dem Schuldner obliegt, aktiv zu werden. Dass der Schuldner erst vom Notar aufgefordert werden muss, entsprechende Angaben zu machen (Schreiben des Notars vom 02.11.2022) zeigt, dass der Schuldner zum Zeitpunkt der Entscheidung durch den Senat vorliegend also nicht alles getan hat, was aufgrund der Umstände geboten und ihm auch möglich war, um das notarielle Nachlassverzeichnis vorzulegen.

22 cc) Angesichts dessen erschien dem Senat das angeordnete Zwangsgeld erforderlich, aber auch ausreichend, um den Schuldner zur Vornahme der geschuldeten Handlung anzuhalten.

Kein Auskunftsanspruch des Vermächtnisnehmers nach § 2314 BGB bei Annahme des Vermächtnisses in Höhe des Pflichtteils

Normenketten:

BGB § 2314, § 242, § 2174; ZPO § 254

Amtliche Leitsätze:

1. Hat der Pflichtteilsberechtigte, der mit einem Vermächtnis in Höhe seines Pflichtteilsanspruchs bedacht ist, das Vermächtnis angenommen, stehen ihm keine auf § 2314 BGB gestützten Auskunfts- und Wertermittlungsansprüche zu, da endgültig feststeht, dass ein Pflichtteilsanspruch nicht mehr besteht.
2. In einem derartigen Fall kann ein allgemeiner, aus § 242 BGB resultierender Auskunftsanspruch bestehen. Dieser ist lediglich auf Vorlage eines einfachen Nachlassverzeichnisses gerichtet.
3. Ein Wertermittlungsanspruch auf Kosten des Nachlasses steht dem Vermächtnisnehmer in einem solchen Fall nicht zu.

OLG München (33. Zivilsenat),

Endurteil vom 21.11.2022 – 33 U 2216/22

I. Sachverhalt:

1 Die Parteien streiten über erbrechtliche Ansprüche nach dem Tod der am ... 2021 verstorbenen Erblasserin P. W. Der Kläger ist deren Sohn, der Beklagte deren Ehemann. Der Beklagte hat die Erblasserin aufgrund notariellen Ehe- und Erbvertrages vom ...1958 allein beerbt.

2 Zugunsten des Klägers ist in diesem Vertrag unter Ziffer IV. folgende Regelung enthalten:

„Der überlebende Ehepartner hat jedoch den Abkömmlingen des zuerst versterbenden Ehepartners vermächtnisweise eine Summe auszuzeigen, die gleich ist dem Werte des diesen Abkömmlingen gesetzlich gebührenden Pflichtteils.“

3 Der Kläger hat dieses Vermächtnis am ...2021 angenommen. Er nimmt den Beklagten auf Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses sowie Wertermittlung auf Kosten des Nachlasses in Anspruch, soweit sich aus dem zu erstellenden Verzeichnis Grundstücke ergeben.

4 Im Übrigen wird Bezug genommen auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil, § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO. Änderungen oder Ergänzungen haben sich im Berufungsverfahren nicht ergeben.

5 Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen.

6 Den Anspruch auf Auskunft sah es als erfüllt an, da der Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am ...2022 ein einfaches Nachlassverzeichnis übergeben hat. Weitere Ansprüche bestünden nicht, da der Kläger lediglich auf § 242 BGB als Anspruchsgrundlage zurückgreifen könne, insbesondere sei § 2314 Abs. 1 BGB nicht anwendbar. Den Zahlungsanspruch hat das Landgericht abgewiesen, weil der klägerische Antrag nicht den Anforderungen des § 253 Abs. 2 ZPO entspreche.

7 Dagegen richtet sich die Berufung des Klägers, in der er seinen erstinstanzlichen Vortrag im Wesentlichen wiederholt und vertieft.

8 Der Kläger beantragt im Berufungsverfahren (Bl. 8/9 d. A., Bd. II),

1. in der 1. Stufe

a) Auskunft über den Bestand des Nachlasses der am ...2021 verstorbenen Erblasserin P. W. zu erteilen, und zwar durch Vorlage eines durch einen Notar aufgenommenen Verzeichnisses, das im einzelnen umfaßt:

aa) alle bei Eintritt des Erbfalls am ...2021 zum Nachlaß gehörenden Sachen, Rechte und Forderungen, einschließlich der wesentlichen Bewertungsfaktoren bb) alle bei Eintritt des Erbfalls am ...2021 vorhandenen Nachlaßverbindlichkeiten cc) alle Erblässerschenkungen einschließlich der Pflicht- und Anstandsschenkungen sowie alle ehebezogenen Zuwendungen,

aaa) die die Erblasserin in ihren letzten 10 Lebensjahren getätigt hat bbb) die die Erblasserin an ihren Ehegatten während der Ehezeit getätigt hat ccc) die die Erblasserin zu ihren Lebzeiten unter Vorbehalt eines Nießbrauchs, eines Wohnungsrechts oder sonstigen Nutzungsrechts getätigt hat dd) alle Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall, insbesondere Lebensversicherungen, Unfallversicherungen und Bausparverträge ee) alle unter Abkömmlingen ausgleichspflichtigen Zuwendungen gemäß §§ 2050 ff BGB, die die Erblasserin zu Lebzeiten an ihre Abkömmlinge getätigt hat

b) den Wert aller nach Maßgabe der Auskunftserteilung gemäß der Ziffer 1 a, aa) gänzlich oder mit Eigentumsanteilen zum Nachlaß der Erblasserin P. W. gehörenden Grundstücke durch Vorlage eines Sachverständigen-gutachtens auf Kosten des Nachlasses auf den Stichtag ...2021 ermitteln zu lassen

c) den Wert aller nach Maßgabe der Ziffer 1 a, cc von der Erblasserin P. W. ihrem Ehemann oder Dritten gänzlich oder teilweise unentgeltlich zugewendeten Grundstücke oder Eigentumsanteile an solchen durch Vorlage eines Sachverständigen-gutachtens auf den Erbfallszeitpunkt ...2021 sowie auf den jeweiligen Schenkungszeitpunkt auf Kosten des Nachlasses ermitteln zu lassen.

2. in der 2. Stufe an den Kläger das aus der Auskunft und Wertermittlung gemäß Ziffer 1 a, b und c sich ergebende

Vermächtnis abzüglich der vorgerichtlich hierauf bereits bezahlten 56.775,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1.7.2021 zu zahlen.

9 Der Beklagte beantragt im Berufungsverfahren (Bl. 6 d. A., Bd. II),

die Berufung zurückzuweisen.

10 Mit Beschluss des Senats vom 04.10.2022 hat der Senat mit Zustimmung der Parteien Entscheidung im schriftlichen Verfahren gemäß § 128 Abs. 2 ZPO angeordnet und den 24.10.2022 als den Zeitpunkt bestimmt, der dem Schluss der mündlichen Verhandlung entspricht.

11 Im Übrigen wird Bezug genommen auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze samt Anlagen.

► II. Aus den Gründen:

12 Das Landgericht hat die Klage im Hinblick auf den Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch zu Recht abgewiesen. Hinsichtlich der Abweisung des Anspruchs auf der Zahlungsstufe war das Urteil auf die Berufung des Klägers aufzuheben; insoweit wird das Verfahren auf einen etwaigen Antrag des Klägers hin vor dem Landgericht fortzusetzen sein.

13 1. Das Landgericht hat die Klage auf der Auskunftsstufe zu Recht abgewiesen.

14 Dem Kläger steht als Vermächtnisnehmer im konkreten Fall zwar ein Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB gegen den Beklagten zu. Dieser ist mit der Übergabe des privatschriftlichen Nachlassverzeichnisses im Termin vom ...2022 aber erfüllt worden und damit erloschen (§ 362 Abs. 1 BGB). Darüber hinausgehende Ansprüche bestehen nicht.

15 Der Kläger hat insbesondere keinen Anspruch auf Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses aufgrund des im Ehe- und Erbvertrag vom ...1958 angeordneten Vermächtnisses.

16 a) Zwar hat der Erblasser grundsätzlich die Möglichkeit, dem Vermächtnisnehmer durch Verfügung von Todes wegen nicht nur den Vermächtnisgegenstand, sondern auch die zur Durchsetzung des Vermächtnisses gegebenenfalls erforderlichen Hilfsansprüche auf Auskunftserteilung zu vermachen. Das ist aber vorliegend nicht der Fall.

17 Im notariellen Ehe- und Erbvertrag vom ...1958 findet sich diesbezüglich jedenfalls keine ausdrückliche Anordnung, so dass sich ein mitvermachter Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch allenfalls im Wege der Auslegung des Erbvertrags der Ehegatten ergeben könnte.

18 aa) Ein entsprechender Wille der Erblasser lässt sich nicht im Wege der erläuternden Testamentsauslegung feststellen. Die im Ehe- und Erbvertrag gewählte Formu-

lierung „...vermächtnisweise eine Summe auszuzeigen, die gleich dem Werte des ... gesetzlich gebührenden Pflichtteils [ist]“, deutet eher auf einen reinen Zahlungsanspruch hin, der vom überlebenden Ehegatten ermittelt wird. Allein dass insoweit der Begriff „gesetzlich“ verwendet wird, reicht nach Auffassung des Senats nicht als Indiz dafür aus, dass die Ehegatten mit der entsprechenden Klausel alle einem Pflichtteilsberechtigten von Gesetzes wegen zustehenden Auskunfts- und Wertermittlungsansprüche vermachen wollten.

19 bb) Auch im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung lässt sich eine derartige Regelung nicht feststellen. Zwar kann eine planwidrige Regelungslücke in einem Testament oder Erbvertrag geschlossen werden, wenn sich eine entsprechende Willensrichtung der Erblasser feststellen lässt und diese im Testament bzw. Erbvertrag zumindest angedeutet ist (*Krätzschel* in: *Krätzschel/Falkner/Döbereiner*, Nachlassrecht, 12. Aufl. 2022, § 9 Rn. 20).

20 Im vorliegenden Fall hat der Senat aber bereits Zweifel, ob sich im notariellen Ehe- und Erbvertrag überhaupt eine planwidrige Regelungslücke feststellen lässt. Gegen die Planwidrigkeit einer – unterstellten – Regelungslücke spricht, dass die Vertragsparteien notariell beraten worden sind und es naheliegend erscheint, dass der Notar Fragen der Durchsetzbarkeit des Vermächtnisses bedacht und zum Gegenstand der Beratung gemacht hat.

21 Letztlich kann dies dahinstehen, da eine – übereinstimmende – Willensrichtung beider Vertragsparteien hinsichtlich eines Auskunfts- oder Wertermittlungsanspruchs für den Vermächtnisnehmer im Erbvertrag nicht feststellbar und im Übrigen nicht einmal angedeutet ist. Auch insoweit reicht die Formulierung „gesetzlich gebührender Pflichtteil“ nicht aus.

22 cc) Soweit in der Literatur, teilweise unter Hinweis auf die ältere Rechtsprechung (vgl. Nachweise bei *Staudinger/Otte*, BGB, Neubearbeitung 2019, § 2174 Rn. 15), vertreten wird, dass die Auskunftspflicht des mit dem Vermächtnis Beschwerten „das notwendige und selbstverständliche Korrelat zum Vermächtnis“ sei, d. h. ein entsprechender Auskunftsanspruch in jedem Falle, also unabhängig vom Erblasserwillen, über § 242 BGB mitvermacht sei (vgl. auch *NK-BGB/Horn*, 6. Aufl. 2022, § 2174 Rn. 22), kann dahinstehen, ob dieser Ansicht zu folgen ist, denn auch nach dieser Ansicht ist der Anspruch nicht auf Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses gerichtet.

23 dd) Etwas anderes gilt auch nicht deshalb, weil vorliegend der Vermächtnisnehmer zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge gehört (siehe dazu sogleich unter b)).

24 b) Der Kläger kann seinen Anspruch auch nicht auf § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB stützen.

25 aa) Allerdings ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass der Auskunftsanspruch des mit einem Vermächtnis bedachten Pflichtteilsberechtigten nicht davon abhängt, dass dieser das Vermächtnis ausschlägt oder dass es den Wert des Pflichtteils übersteigt (BGH, Urteil vom 01.10.1958 – V ZR 53/58, NJW 1958, 1964). Anknüpfungspunkt ist insoweit, dass § 2314 Abs. 1 BGB an das Pflichtteilsrecht, nicht einen Pflichtteilsanspruch anknüpft.

26 bb) Ein Auskunftsanspruch besteht aber dann nicht mehr, wenn ein Pflichtteilsanspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt (mehr) besteht (BGH, a. a. O., S. 1965; Staudinger/Herzog, BGB, Neubearbeitung 2021, § 2314 Rn. 20; MüKoBGB/Lange, 9. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 66), denn dann besteht kein Informationsbedürfnis für den Pflichtteilsberechtigten mehr, so dass die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs (zu pflichtteilsfremden Zwecken) jedenfalls rechtsmissbräuchlich ist (Staudinger/Herzog, a. a. O.).

27 cc) So liegt der Fall hier. Der Kläger hat nach den Feststellungen des Erstgerichts, die für den Senat bindend sind, § 529 Abs. 1 ZPO, das Vermächtnis in Höhe seines Pflichtteilsanspruchs am ...2021 angenommen, wodurch sein Pflichtteilsanspruch (vollständig) erloschen ist (NK-Erbrecht/Bock, a. a. O., § 2307 Rn. 10). Dass der Kläger nach seinem Vortrag auf die Auskunft (für die Durchsetzung des Vermächtnisses) angewiesen ist, ändert an der Rechtsmissbräuchlichkeit der Geltendmachung des im Pflichtteilsrecht wurzelnden Auskunftsanspruchs zur Durchsetzung eines Vermächtnisanspruchs im vorliegenden Falle nichts.

28 c) Dem Kläger steht zwar ein Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB zu, dieser ist jedoch erfüllt.

29 aa) Der Senat teilt die im Schrifttum vertretene Ansicht, wonach dem Vermächtnisnehmer ein allgemeiner Auskunftsanspruch von Gesetzes wegen nicht zusteht (Reymann in: jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 2174 BGB (Stand: 03.04.2020) Rn. 176). Gestützt auf § 242 BGB ist ein solcher Anspruch jedoch insoweit anzuerkennen, als die zweckentsprechende Geltendmachung des Vermächtnisanspruchs zuverlässige Kenntnis vom Bestand des Nachlasses erfordert (Reymann in: jurisPK-BGB, a. a. O.). Insoweit gelten die Grundsätze des allgemein bejahten Auskunftsanspruchs, der greift, wenn „der Berechtigte entschuldbar über das Bestehen und den Umfang des Rechts im Unklaren und deshalb auf die Auskunft des Verpflichteten angewiesen ist, der durch sie nicht unbillig belastet wird.“ (BGH, Urteil vom 27.06.1973 – IV ZR 50/72, NJW 1973, 1876; MüKoBGB/Lange, a. a. O., Rn. 71). Die Informationsrechte des Vermächtnisnehmers orientieren sich dabei einzelfallbezogen an den für die erfolgsversprechende Rechtsverfolgung unentbehrlichen Angaben (Sares, ZEV 2001, 225 (229)).

30 bb) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze teilt der Senat die Ansicht des Landgerichts im angefochtenen Urteil, dass der Auskunftsanspruch hier über die Vorlage eines einfachen Nachlassverzeichnisses nicht hinausgeht, denn der Kläger ist vorliegend (nur) Vermächtnisnehmer und kein Pflichtteilsberechtigter, der Pflichtteilsansprüche geltend macht. Soweit § 2314 Abs. 1 BGB auch einen Anspruch auf Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses gewährt, rechtfertigt sich dies durch die herausgehobene Stellung des Pflichtteilsrechts, das eine grundrechtlich geschützte, grundsätzlich nicht entziehbare Teilhabe am Nachlass gewährt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.04.2005 – 1 BvR 1644/00, NJW 2005, 1561). Dies rechtfertigt auch weitreichende Eingriffe in die ebenfalls grundrechtlich geschützte Position des Erben, der auf Kosten des Nachlasses gegebenenfalls einen Notar beauftragen muss, um ein Nachlassverzeichnis erstellen zu lassen.

31 Im Hinblick auf den auf § 242 BGB gestützten Auskunftsanspruch besteht ein Anspruch auf Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses jedoch nicht (MüKoBGB/Lange, a. a. O. Rn. 72). Dem Vermächtnisnehmer kommt schon keine dem Pflichtteilsberechtigten vergleichbare Rechtsposition zu. Das zeigt sich bereits daran, dass ein Vermächtnis unwirksam ist, wenn der vermachte Gegenstand zur Zeit des Erbfalls nicht (mehr) zum Nachlass gehört (§ 2169 Abs. 1 BGB) und dass der Vermächtnisnehmer nur eine nachrangige Stellung einnimmt (vgl. § 1991 Abs. 4 BGB). Da es dem pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer unbenommen ist, das Vermächtnis auszuschlagen und stattdessen seinen Pflichtteil zu beanspruchen, ist nicht ersichtlich, wieso dem Pflichtteilsberechtigten, der sich zur Annahme des Vermächtnisses entschließt, dieselben Rechte zustehen sollten wie einem Pflichtteilsberechtigten. § 2307 Abs. 1 BGB sieht dieses unbeschränkte Wahlrecht ausdrücklich vor, damit dem Pflichtteilsberechtigten vom Erblasser nicht ein Vermächtnis von oftmals zweifelhaftem Wert an Stelle des Pflichtteils aufgedrängt werden kann (Müller-Engels in: BeckOK/BGB, Stand: 01.05.2022, § 2307 Rn. 1). Entscheidet sich der Pflichtteilsberechtigte gleichwohl für die Annahme des Vermächtnisses und verliert damit endgültig seine Pflichtteilsansprüche, stehen ihm auch (nur) Informationsrechte auf der Grundlage von Treu und Glauben zu, aus denen sich aber ein Anspruch auf Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses grundsätzlich nicht ergibt.

32 cc) Zu Recht ist das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung davon ausgegangen, dass der Auskunftsanspruch erfüllt ist. Soweit der Kläger mit seiner Berufungsbegründung (S. 9) vorträgt, dass das Grundstück mit der Flurnummer 405/10 nicht enthalten sei, würde

dies – den Vortrag als zutreffend unterstellt – die Erfüllung des Anspruchs und sein Erlöschen nicht hindern. Schon im Rahmen des § 2314 BGB besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Berichtigung oder Vervollständigung eines seitens des Auskunftspflichtigen als abschließend angesehenen privaten Nachlassverzeichnisses, vielmehr ist der Auskunftsberechtigte auf den Weg der eidesstattlichen Versicherung zu verweisen (OLG Hamburg, Urteil vom 28.09.2016, 2 U 29/15, MittBayNot 2018, 357; MüKoBGB/Lange, a. a. O., Rn. 35). Im Rahmen des nach § 242 BGB vorzulegenden Nachlassverzeichnisses können keine anderen Grundsätze gelten.

33 2. Zutreffend hat das Landgericht die Klage auch im Hinblick auf die vom Kläger begehrte Wertermittlung auf Kosten des Nachlasses, die allein Gegenstand des Berufungsverfahrens ist, abgewiesen.

34 a) Die Klage war schon unzulässig, soweit sie mit dem Anspruch auf Auskunftserteilung auf derselben Stufe erhoben worden war, denn beide Ansprüche stehen in einem Stufenverhältnis zueinander – erst auf der Grundlage der erteilten Auskunft stellt sich die Frage der Wertermittlung (OLG Koblenz, Urteil vom 08.11.2012 – 2 U 834/11, BeckRS 2013, 2065; *Fleischer/Horn* in: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Aufl. 2018, § 63 Rn. 14) – und können demzufolge nicht auf derselben Stufe geltend gemacht werden.

35 Schon deswegen wäre die Berufung des Klägers insoweit zurückzuweisen.

36 b) Gleichwohl konnte das Landgericht die Klage insoweit bereits endgültig abweisen, da ein Wertermittlungsanspruch auf Kosten des Nachlasses vorliegend auch in der Sache nicht besteht.

37 aa) Insoweit gelten zunächst die unter 1. gemachten Ausführungen entsprechend, soweit der Anspruch auf § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB gestützt wird.

38 bb) Ein solcher Anspruch ergibt sich auch nicht aus § 242 BGB. Soweit der BGH in der Entscheidung vom 02.06.1993 (IV ZR 259/92, NJW 1993, 2737) einen Wertermittlungsanspruch des pflichtteilsberechtigten Erben (auf eigene Kosten) gegen den angeblich vom Erblasser beschenkten Miterben anerkannt hat, können die dortigen Erwägungen nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Die rechtliche Stellung des Vermächtnisnehmers

ist mit der eines pflichtteilsberechtigten Miterben nicht zu vergleichen.

39 Im Übrigen besteht auch nach Ansicht des BGH (a. a. O.) der Anspruch von vornherein nur auf Vorlage eines Wertermittlungsgutachtens, das auf Kosten des Gläubigers, nicht aber auf Kosten des Nachlasses erstellt wird.

40 cc) Schließlich ist auch nicht dargetan, dass sich der Kläger die Kenntnis vom Wert des Nachlasses nicht auch ohne das Wertermittlungsgutachten verschaffen könnte, zumal dieses, wie auch im Rahmen des Pflichtteilsanspruchs, für die Höhe etwaiger Ansprüche ohnehin nicht verbindlich wäre (OLG Karlsruhe, Urteil vom 09.07.2004 – 1 U 206/03, ZEV 2004, 468; OLG Köln, Urteil vom 05.10.2005 – 2 U 153/04, ZEV 2006, 77; *Staudinger/Herzog*, a. a. O. § 2314 Rn. 269).

41 3. Keinen Bestand kann die Entscheidung des Landgerichts jedoch haben, soweit sogleich der Zahlungsanspruch des Klägers abgewiesen worden ist.

42 Die Parteien hatten, der Systematik der Stufenklage entsprechend, zunächst nur auf der Auskunfts- und Wertermittlungsstufe verhandelt. Da über die für spätere Stufen angekündigten Anträge grundsätzlich getrennt und nacheinander zu verhandeln ist (BGH, Versäumnisurteil vom 15.11.2000 – IV ZR 274/99, NJW 2001, 833; *Krätzschel* in: NK-Nachfolgerecht, 2. Aufl. 2019, § 254 ZPO Rn. 14), konnte eine Entscheidung über die Zahlungsstufe insoweit (noch) nicht ergehen.

43 Zwar kann ausnahmsweise über die Stufenklage insgesamt entschieden werden, wenn schon die Prüfung des Auskunftsanspruchs ergibt, dass dem Leistungsanspruch die materiellrechtliche Grundlage fehlt (BGH, Urteil vom 28.11.2001 – VIII ZR 37/01; NJW 2002, 1042). Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor, da das Erstgericht (lediglich) davon ausgegangen ist, dass der Antrag des Klägers den Anforderungen des § 253 Abs. 2 ZPO nicht entspreche, mithin die Klage wegen fehlender Bezifferung des Anspruchs unzulässig sei. Die Bezifferung des Zahlungsanspruchs ist dem Kläger jedoch noch bis zur Antragstellung in der Zahlungsstufe möglich, gerade dies entspricht dem Wesen der Stufenklage. Ob und in welcher Höhe er sie beziffern will, obliegt seiner Entscheidung, die er noch nicht treffen muss, solange in der Auskunftsstufe verhandelt wird, wie es hier der Fall war.



Bürgerliches Gesetzbuch

Von Dr. Christian Grüneberg (Hrsg.),
82. Auflage 2023, Verlag C. H. Beck, 3270 Seiten, Hardcover (in Leinen).
125,- €. ISBN 978-3-406-78885-7.

Notariatsverwalter Anton Gordon LL.M. (Heidelberg)

Der *Grüneberg* bedarf eigentlich keiner weiteren Vorstellung oder detaillierter Rezension. Allein dessen Erscheinen ist Grund genug sich dieses Werk umgehend anzuschaffen. Für die tägliche Arbeit eines Notars oder einer Notarin ist dieser ohnehin unerlässlich. Die neue, nunmehr 82. Auflage überzeugt wie immer durch einmalige Aktualität und trotz der gewohnten Kürze der Ausführungen, durch zielführende Präzision der jeweiligen Kommentierung.

Inhaltlich folgen die wesentlichen Veränderungen in diesem Jahr aus der zum 01.01.2023 in Kraft tretenden Reform des Vormundschafts- und Betretungsrecht. So wurden vor allem die familienrechtlichen Vorschriften grundlegend überarbeitet und befinden sich ausschließlich auf dem Stand ab dem 01.01.2023. Zur Erleichterung des Einstiegs wird aber in den jeweiligen Vorschriften einleitend das alte Recht in Bezug genommen. Eine wesentliche durch die Reform eingeführte Neuerung ist die Einführung eines gegenseitigen Vertretungsrechts von Ehegatten in Angelegenheiten der Gesundheitsvorsorge, wenn ein Ehegatte aufgrund von Bewusstlosigkeit oder Krankheit seine in diesem Bereich anfallenden Angelegenheiten nicht selbst besorgen kann (§ 1358 BGB). Hier geht *Siede* richtigerweise davon aus, dass § 1358 Abs. 1 Nr. 4 BGB den Ehegatten nicht zum Öffnen der Post befugt, dieser also keine allgemeine Postvollmacht enthält (a.A. *Götsche* FuR 2022, 506). Vielmehr erlaubt die Norm dem Ehegatten lediglich den Leistungsträger anzuweisen an den Leistungs-

erbringer zu leisten und eben nicht die entsprechende Korrespondenz einzusehen.

Aus notarieller Sicht auch von Bedeutung ist die Einarbeitung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Sachenrecht. Hier gab es neue Entwicklungen zum Notwegerecht sowie bei der Berichtigung des Grundbuchs nach dem Ableben eines GbR-Gesellschafters. Im Rahmen der Kommentierung des § 899a BGB stellt *Herrler* die in diesem Zusammenhang relevanten Aspekte und Alternativen detailliert vor (§ 899a Rn. 3).

Schließlich wurde auch die aus notarieller Sicht sehr bedeutsame Vorschrift des § 650u BGB zum Bauträgervertrag vollständig neu kommentiert. Hier ist neben anderen Punkten vor allem gut dargestellt in welchen Fällen bei nachträglichen Abänderungen des Vertrages die notarielle Beurkundung der weiteren Vereinbarung notwendig wäre (§ 650u Rn. 9). So ist nach der Rechtsprechung des BGB die Vereinbarung von weiteren Sonderwünschen formfrei möglich, sofern die Auflassung bereits erklärt wurde und zwischen den Parteien bindend geworden ist (vgl. zuletzt BGH BWNotZ 2018, 133).

Die wenigen vorstehenden Beispiele zeigen, dass der *Grüneberg* wie gewohnt topaktuell ist und für jeden Zivilrechtler ein absolutes Muss darstellt. Dieser sollte daher in keiner Notarkanzlei fehlen. Eine Anschaffung kurz vor Weihnachten ist ein Geschenk, das sich jeder selbst machen sollte.



Beurkundungsgesetz

Von Prof. Dr. Karl Winkler,
20. Auflage 2022, Verlag C. H. Beck, 973 Seiten, Hardcover (in Leinen).
149,- €. ISBN 978-3-406-77232-0.

Notariatsverwalter Anton Gordon LL.M. (Heidelberg)

Kaum ein Name ist so mit dem Beurkundungsgesetz verbunden wie der von *Winkler*. Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes begleitet der Autor dieses durch seinen umfassenden Kommentar und bietet nunmehr Generationen von Notaren eine verlässliche Hilfestellungen zu allen Fragen des manchmal turbulenten Beurkundungsalltags. Nunmehr ist das Werk in zwanzigster Auflage erschienen, und es könnte nicht relevanter sein. Denn die Veränderungen welche sich durch die fortschreitende Digitalisierung der notariellen Tätigkeit ergeben werden die Beurkundungspraxis in den kommenden Jahren weiter grundlegend verändern.

So findet sich in der Neuauflage erstmalig eine umfassende Kommentierung der §§ 16a bis 16e BeurkG, welche sich mit der Beurkundung mittels Videokommunikation und der Elektronischen Niederschrift befassen. Zwar sind diese Verfahren derzeit nur auf die Bargründung einer GmbH beschränkt. Es ist aber bereits geplant diese auf weitere gesellschaftsrechtliche Geschäfte auszuweiten. Und es ist nur eine Frage der Zeit, bis diese Möglichkeit auch in anderen Rechtsgebieten eröffnet wird.

Von der vorgenannten Problematik nicht zu trennen ist zudem die Beglaubigung mittels einer qualifizierten elektronischen Signatur, welche im Rahmen der Online-Grün-

dung einer GmbH für die einschlägige Handelsregisteranmeldung notwendig ist. Zu beachten ist dass in beiden möglichen Verfahrensvarianten mittels elektronischer Signatur ein Vollzug der Signatur vor dem Notar nicht möglich ist. Vielmehr wird die Signatur von dem Beglaubigenden Notar in beiden Fällen anerkannt. Dies ist bei der Erstellung des entsprechenden Vermerks unbedingt zu beachten (§ 40a Rn. 8).

Auch im Übrigen ist das Werk topaktuell und befindet sich auf dem Stand vom 01.08.2022. Bereits eingearbeitet sich sämtliche Änderungen welche sich durch das Gesetz zur Modernisierung des notariellen Berufsrechts und das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungs-Richtlinie ergeben haben. Ferner wird die NotAktVV, welche zum 01.01.2022 die DONot abgelöst hat an den relevanten Stellen eingearbeitet.

Wie die vorstehenden Beispiele zeigen, behandelt das Werk sämtliche Fragen des Beurkundungsrechts umfassend, praxisorientiert und verständlich. Wo nötig werden entsprechende Formulierungsvorschläge unterbreitet und wertvolle Praxistipps gegeben. Die Anschaffung des *Winkler* sollte daher zum Amtspflicht eines jeden Notars und einer jeden Notarin erhoben werden.



Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Von Dr. Armin Hauschild M.C.J., Dr. Jürgen Kallrath und Dr. Thomas Wachter (Hrsg.),
3. Auflage 2022, Verlag C. H. Beck, 2129 Seiten, Hardcover (in Leinen).
239,- €. ISBN 978-3-406-76350-2.

Notariatsverwalter Anton Gordon LL.M. (Heidelberg)

Fünf Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe ist das bewährte Handbuch zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht nunmehr in dritter Auflage erschienen. Das besondere Konzept dieses Werks macht es zu einer ver-

lässlichen Hilfestellung für jeden Notar welcher mit den einschlägigen Fragestellungen befasst ist. Denn mit diesem Werk wird gearbeitet. Es bietet keine ausgiebige Kommentierung der einzelnen Bereiche und auch keine

umfassenden Musterformulare. Stattdessen bietet das Werk für eine Vielzahl von sich in der täglichen Praxis stellender Fragen eine verlässliche und praktikable Lösung. Hierbei werden ungeklärte Rechtsfragen durchaus dogmatisch untersucht und die Lösungsvorschläge mit zahlreichen Formulierungsvorschlägen abgerundet. Der Schwerpunkt liegt aber in dem Aufzeigen der relevanten Fragestellungen und in deren Lösung gemäß der notariellen „best practice.“

Das dominierende Thema im Gesellschaftsrecht ist derzeit die Digitalisierung der notariellen Tätigkeit. Die hiermit verbundenen Themen wurden in einem neuen Kapitel zusammengefasst, welches von *Stelmaszyk* umfassend und praxisorientiert dargestellt werden (§37). In diesem Zusammenhang ist neben der Darstellung der aktuellen Rechtslage vor allem der Blick auf weitere Entwicklungen interessant, da weitere Regelung im Hinblick auf die fortschreitende Digitalisierung geplant sind und diese sich möglicherweise künftig nicht nur auf das Gesellschaftsrecht beschränken werden.

Im Übrigen behandelt das Werk sämtliche Fragen, welche im Zusammenhang mit Unternehmen in der

notariellen Praxis auftauchen können. Dabei werden mitnichten nur klassische gesellschaftsrechtliche Punkte behandelt. Es finden sich Ausführungen zu den Besonderheiten erbrechtlicher Verfügungen im Rahmen der Unternehmensnachfolge von Todes wegen (§ 29). Es finden Vorschläge und praktische Hinweise für eine Spezialvollmacht des Unternehmers (§ 30).

Besonders hilfreich ist das Werk schließlich mit Hinblick auf die zahlreichen Praxishinweise hinsichtlich der Zusammenarbeit von Notar und Registergericht. Hierbei werden nicht nur konkrete Formulierungsvorschläge unterbreitet, sondern auch umfangreiche Checklisten und Hinweise bereitgestellt um Zwischenverfügungen und langwierige Verfahren von vornherein zu vermeiden.

In Fällen, in denen eine Fragestellung oder Problemlösung unklar ist, werden in der Praxis häufig Formularebücher oder Kommentare zu Rate gezogen. Dieses Handbuch verbindet aber die Vorteile beider Quellen und bietet dem Anwender eine verlässliche und praktische Hilfe zu Lösung von fast jedem Problem. Eine Anschaffung ist für die gestalterische Praxis daher uneingeschränkt zu empfehlen.



Meikel Grundbuchordnung - Kommentar

Von Prof. Roland Böttcher (Hrsg.),
12. Auflage 2021, Carl Heymanns Verlag, 2946 Seiten, Hardcover (in Leinen).
279,- €. ISBN 978-3-452-29188-2.

Notariatsverwalter Anton Gordon LL.M. (Heidelberg)

Der *Meikel* GBO ist nach fünf Jahren nunmehr in der 12. Auflage erschienen. Für viele Praktiker, welche täglich mit Fragestellungen aus dem Grundbuchrecht befasst sind ist das allein Grund genug für die Anschaffung. Für alle anderen, soll der Mehrwert dieses Werks im nachfolgenden anhand einiger Beispiele vorgestellt werden. Eine umfassende Würdigung ist an dieser Stelle kaum möglich.

Das besondere an diesem Werk ist, dass der umfassenden Kommentierung der Grundbuchordnung eine Einleitung vorangestellt ist, welche für sich genommen ein eigenes Handbuch zum Grundbuchrecht darstellt. Es werden die relevanten Punkte, wie die Eintragungsfähigkeit, das Verfahren oder die Vertretung im Grundstücksverkehr umfassend vorgestellt. Es findet sich ein umfassender Überblick über öffentlich-rechtliche Verfügungsbeschrän-

kungen und Vorkaufsrecht und deren einzelne Auswirkungen auf die relevanten Anträge. Schließlich werden auch internationale Bezüge und die Besonderheiten in den neuen Bundesländern umfassend dargelegt. Diese Einleitung beinhaltet nicht nur detaillierte Ausführungen zu den vorgenannten Themengebieten, es finden sich auch Formulierungsvorschläge für notarielle Urkunden und Anschreiben neben Übersichten über die relevanten Punkte, wie zum Beispiel die einschlägigen Güterstände in praktisch relevanten Drittländern.

Im Rahmen der Kommentierung ist vor allem der neu eingeführte § 15 Abs. 3 GBO anzusprechen. *Böttcher* beleuchtet in diesem Zusammenhang sämtliche in der Praxis relevanten Punkte im Hinblick auf die Prüfung der Eintragungsfähigkeit durch den Notar, insbesondere die

teils unterschiedliche Rechtsprechung der Obergerichte hinsichtlich der Fälle, in denen eine solche Prüfung nicht notwendig ist (Rn. 57).

Gemäß § 29 Abs. 3 Satz 2 GBO ist seit 2017 zudem ausdrücklich erlaubt auf Behördenschreiben ein maschinell gedrucktes Siegel anzubringen. Dies sah der BGH Ende 2016 noch anders und wurde vom Gesetzgeber aber nicht beachtet. Zu Recht weist *Hertel* in diesem Zusammenhang darauf hin dass dadurch die Fälschungsgefahr zwar gestiegen, das Verwaltungsverfahren dadurch aber

einfacher und schneller geworden ist, was rechtspolitisch nachvollziehbar und zu begrüßen ist.

Der *Meikel* sollte in der Handbibliothek einer Notarin oder eines Notars auf keinen Fall fehlen. Er bietet neben einer fundierten Kommentierung auch eine Fülle an Praxishinweisen, Formulierungsvorschlägen und Übersichten die für jede grundbuchrechtliche Fragestellung die passende Lösung bieten. Eine Anschaffung erleichtert die tägliche Arbeit daher enorm und ist daher uneingeschränkt zu empfehlen.



Nachlassrecht

Von *Holger Krätzschel*, *Dr. Melanie Falkner* und *Dr. Christoph Döbereiner*, 12. Auflage 2022, Verlag C. H. Beck, 951 Seiten, Hardcover (in Leinen). 129,- €. ISBN 978-3-406-77874-2.

Notariatsverwalter Anton Gordon LL.M. (Heidelberg)

Ein Klassiker der erbrechtlichen Literatur erscheint nunmehr in der zwölften Auflage. Das vormals als *Firsching/Graf* bekannte Werk erscheint nunmehr unter einem neuen Namen und in einem neuen Gewand. So wird das Werk von der HRP-Reihe in die gelb-blaue Erbrechtsreihe des Beck-Verlages überführt. Ferner sind die drei Autoren nunmehr auch die Namensgeber des Werkes.

Neben diesen äußeren Veränderungen bleibt das Werk sich aber in seiner Zielsetzung treu eine umfassende Darstellung des Nachlassrechts für den Praktiker zu liefern. Hierbei werden sämtliche materiell-rechtlichen Grundlagen sowie das Verfahrensrecht einerseits prägnant, andererseits aber lösungsorientiert dargestellt. Abgerundet wird die Darstellung durch Kapitel zum internationalen Erbrecht sowie zum Steuerrecht. Dabei werden die relevanten Fragestellungen nicht einfach nur vorgestellt. Es finden sich zudem zahlreiche Formulierungsvorschläge, Übersichten und Checklisten, welche für die schnelllebige Arbeit im Notariat unerlässlich sind. So lässt sich mit dem Werk für viele Probleme schnell eine praxistaugliche und sichere Lösung finden.

Grundlegend überarbeitet und neu gefasst wurden die Kapitel zum Pflichtteilsrecht und zum Recht der Testa-

mentsvollstreckung. Auch die relevante Rechtsprechung wurde bis Juni 2022 umfassend eingearbeitet. Aus notarieller Sicht von Besonderer Bedeutung sind die Ausführungen zum Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten gemäß § 2314 BGB. Dieser bildet die Grundlage für die Erstellung notarieller Nachlassverzeichnisse, welche in der Praxis immer wichtiger werden und für welche die Rechtsprechung den Notaren immer detailliertere Pflichten auferlegt. *Krätzschel* behandelt den Inhalt des Auskunftsanspruchs in § 17 Rn. 25 und 34 und geht dabei nicht nur auf die aufzuführenden Posten, sondern auch auf die Form und die Durchsetzung der einschlägigen Ansprüche ein. Auch auf die Rolle des Notars wird in diesem Zusammenhang detailliert eingegangen (Rn. 31).

Das Werk ist jedem Praktiker zu empfehlen. Es bietet einen Überblick über alle relevanten Aspekte des Nachlassrechts und gewährt dem Praktiker Einblicke in die Praxis der Nachlassgerichte sodass die Arbeitsprozesse und die Muster auf diese optimal angepasst werden können. Trotz des neuen Gewandes bleibt das Werk eine Handbuch für die Rechtspraxis und ist weiterhin für jeden Praktiker uneingeschränkt zur Anschaffung zu empfehlen.



Notarkostenberechnungen

Von *Dr. Thomas Diehn*,
8. Auflage 2022, Verlag C. H. Beck, 572 Seiten, Softcover.
43,- €. ISBN 978-3-406-78894-9.

Notariatsverwalter Anton Gordon LL.M. (Heidelberg)

Innerhalb von neun Jahren erscheint dieses bewährte Werk zu Notarkosten bereits in achter Auflage. Aufgrund der einfachen Anwendung und der hohen Praktikabilität ist dieses aber aus der Notarkanzlei nicht mehr wegzudenken. Ob Notar oder Mitarbeiter ob Anfänger oder Fortgeschrittener, dieses Werk gibt jedem, der mit Notarkosten befasst ist eine verlässliche, praktikable und einfach zu handhabende Hilfestellung.

Nach einer kurzen Einleitung, welche im Grunde ein kurzes Skript zu den wesentlichen Aspekten des Notarkostenrechts darstellt, folgen sieben Kapitel, in denen die in der Praxis relevanten Vorgänge nach Rechtsgebieten geordnet kostenrechtlich vorgestellt werden. Es finden sich dabei Kapitel zum Immobilienrecht, dem Gesellschaftsrecht, dem Familienrecht, dem Erbrecht, zu Vollmachten und Zustimmungen, zur vorzeitigen Beendigung, Beratung und Entwurfserstellung und schließlich ein gesondertes Kapitel zu sonstigen Themen. Hierbei folgt der Aufbau stets demselben Muster: Nach einem kurzen Fallbeispiel wird die dazugehörige Kostennote abgedruckt, gefolgt von kurzen Erläuterungen zu deren Inhalt. Die Beispiele sind dabei stets Fälle aus der Praxis, welche so oder sehr ähnlich tagtäglich in jeder Notarkanzlei auftreten. Ist man

daher bei der Erstellung der Rechnung über bestimmte Posten nicht sicher, kann man sich darauf verlassen, im *Diehn*, fündig zu werden. Viele praktische Fragen lassen Sie mit dem Handbuch bereits lösen.

In der Neuauflage werden vor allem die Neuerungen eingearbeitet, welche sich durch die Inbetriebnahme der Elektronischen Urkundensammlung zum 01.07.2022 und durch das Verfahren der Online-Beurkundungen im Gesellschaftsrecht ab dem 01.08.2022 ergeben haben. Vor allem erstere betrifft fast alle Musterberechnungen und wurde umfassend eingearbeitet. Auch die sich aus den neuen Regelungen ergebenden Besonderheiten wurden entsprechend eingearbeitet.

Gerade wegen dieser Neuerungen, welche fast alle zu erstellenden Rechnungen betreffen ist die Anschaffung der Neuauflage auch den Besitzern einer alten Auflage zu empfehlen. Zudem empfiehlt es sich, angesichts des vergleichsweise geringen Anschaffungspreises, das Werk an jeden Arbeitsplatz zu platzieren, damit die Erstellung der Kostennote auch in komplizierten Fällen, schnell, richtig und zuverlässig erfolgen kann. Eine Anschaffung ist daher jedem Büro uneingeschränkt zu empfehlen.



Vermögensverwaltende Personengesellschaften

Von *Prof. Dr. Florian Haase* und *Dr. Katrin Dorn* (Hrsg.),
5. Auflage 2022, Verlag C. H. Beck, 466 Seiten, Hardcover (in Leinen).
149,- €. ISBN 978-3-406-78719-5.

Notariatsverwalter Anton Gordon LL.M. (Heidelberg)

Die Errichtung vermögensverwaltender Gesellschaften ist auch in der notariellen Praxis ein häufiges Anliegen. Aus der Sicht des Notars oder der Notarin beschränkt sich die Tätigkeit häufig nur auf die Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister, manchmal verbunden mit der Gründung. Ist Grundbesitz vorhanden, so kommt

manchmal auch ein Einbringungsvertrag dazu. Steuerlich ist die Errichtung einer solchen Gesellschaft aber ein schwieriges und komplexes Anliegen.

An diesem Punkt setzt das vorliegende Werk an. Es behandelt sämtliche steuerlichen Fragestellungen im Zusam-

menhang mit vermögensverwaltenden Personengesellschaften und deckt dabei alle relevanten Rechtsgebiete ab. Nach einer kurzen Einführung zu den zivilrechtlichen Grundlagen, liegt der Schwerpunkt des Werks naturgemäß im nationalen Steuerrecht. Hier werden die einzelnen relevanten Steuerarten nacheinander abgearbeitet und die relevanten Probleme detailliert beleuchtet.

Neuerungen im Vergleich zur Voraufgabe ergeben sich vor allem aufgrund des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), sowie aufgrund des Gesetzes zur Modernisierung des Körperschaftssteuerrechts (KöMoG). Letzteres ist besonders relevant, da es für Personengesellschaften erstmals ein Optionsmodell vorsieht, welches es diesen erlaubt steuerlich, wie eine Körperschaft behandelt zu werden. Hierzu findet sich nunmehr ein zusätzliches Kapitel, welches auf die praktischen Auswirkungen und die damit verbundenen Rechtsfolgen detailliert eingeht.



Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis

Von Dr. Gabriele Müller-Engels und Christian Braun,
6. Auflage 2022, Carl Heymanns Verlag, 473 Seiten, Hardcover (in Leinen).
89,- €. ISBN 978-3-452-29799-2.

Notariatsverwalter Anton Gordon LL.M. (Heidelberg)

Das vormals als *Müller/Renner* bekannte Standardwerk für die Gestaltung von Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen ist nunmehr, in der schon 6. Auflage, der *Müller-Engels/Braun* geworden. Der bisherige Mitautor, Notar Thomas Renner, ist auf eigenen Wunsch ausgeschieden.

Inhaltlich gibt es kaum eine Rechtsfrage im Zusammenhang mit Vorsorgeverfügungen und dem insoweit bedeutenden Betreuungsrecht welche durch das vorliegende Werk nicht beantwortet wird. Die umfassende Betreuungsrechtsreform 2023 ist darin schon vollumfänglich eingearbeitet. Da viele, durch diese Reform erfolgten Änderungen, bereits vor Inkrafttreten der Reform für die Gestaltungspraxis eine wichtige Rolle spielen, ist es umso hilfreicher, dass das Werk bereits zur Verfügung steht. Insgesamt handelt es sich um ein Handbuch für den Praktiker. Zu allen Fragestellungen findet sich eine prägnante und vor allem praxisorientierte Antwort. Die Auswertung

Eine weitere Neuerung im Vergleich zur Voraufgabe ist ein eigenständiges Kapitel zur Behandlung vermögensverwaltender Personengesellschaften im Grunderwerbsteuerrecht. Hier wird die Unterscheidung zwischen Asset Deal und Share Deal näher beleuchtet und detailliert auf die Befreiungsmöglichkeiten der §§ 5 und 6 GrEStG eingegangen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Werk seinen Schwerpunkt selbstverständlich im Steuerrecht hat. Dieses ist für die notarielle Praxis zwar weniger relevant, ein Blick über den Tellerrand schadet in diesem Bereich dennoch nicht, denn die Beileibtheit vermögensverwaltender Personengesellschaften wird weiter zunehmen. Wer den Blick in dieses spannende Terrain nicht scheut, ist die Anschaffung dieses Werks auf jeden Fall zu empfehlen.

der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur kommt dabei keinesfalls zu kurz, das Augenmerk liegt aber eindeutig darauf dem Anwender eine praktikable Lösung für jedes Problem anzubieten.

Wie bereits die Voraufgaben, wird das Werk abgerundet durch umfassende Formulierungsmuster, welche mittels Download schnell und einfach in die eigene Sammlung übernommen werden können.

Insgesamt handelt es sich um ein Werk, welches jedem Praktiker uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden kann. Die sich aus der Reform ergebenden Rechtsfragen werden bereits umfassen bearbeitet und es wird aufgezeigt, an welchen Stellen die eigenen Muster angepasst werden sollten. Es bleibt zu hoffen dass die Autoren die Materie auch künftig in gewohnter Tiefe und Kompetenz begleiten werden.

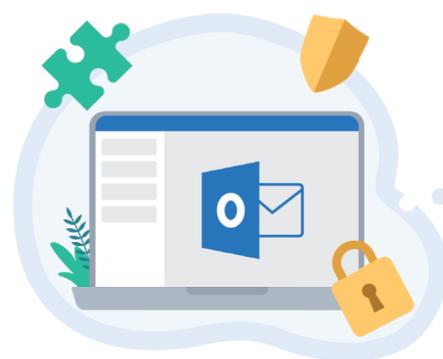
ambiel



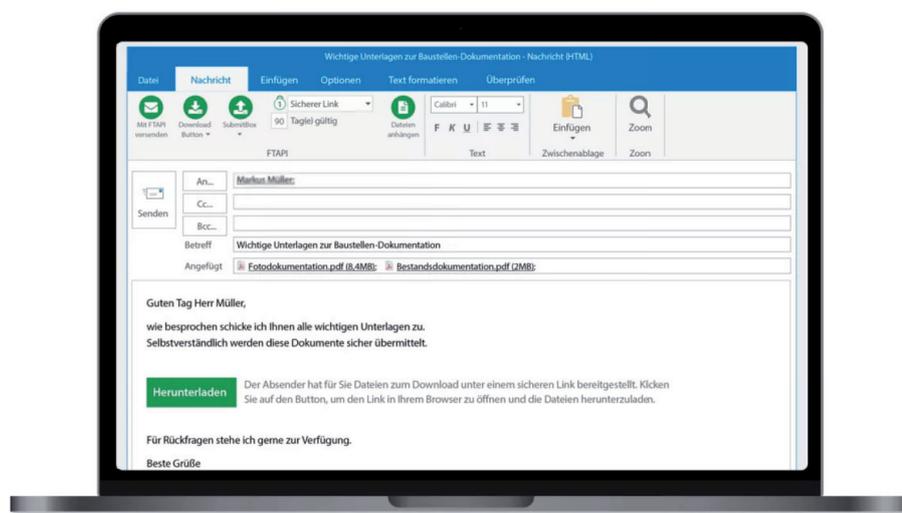
Sichere und DSGVO konforme Mandantenkommunikation per E-Mail

Durch die einfache Integration von FTAPI in Ihr Outlook, bleibt der Austausch von beliebig großen Daten genauso einfach wie das Versenden einer ganz normalen E-Mail, wird aber um den Aspekt Sicherheit ergänzt.

Sie und Ihre Mitarbeiter können so in ihrem gewohnten Umfeld weiterarbeiten und je nach Sensibilität der zu versenden Daten eine der verschiedenen Sicherheitsstufen von FTAPI wählen.



Vorteile auf einen Blick



- ✓ E-Mail-Verschlüsselung mit Outlook
- ✓ Eigene E-Mail-Adresse
- ✓ Nachvollziehbarer Versand und Empfang
- ✓ DSGVO-konform
- ✓ Maximale Datenkapazitäten
- ✓ Durchgängige Verschlüsselung
- ✓ Unlimitierte Anzahl an Gast-Accounts



Thomas Ambiel
Geschäftsführer



Jörg Schulze
Teamleiter IT-Notariate

Jetzt kostenlos beraten lassen

☎ 07131 - 898699 - 200
✉ vertrieb@itservice.de

Ambiel IT-Systemhaus GmbH
Im Zukunftspark 7-9
74076 Heilbronn
www.ambiel.de



www.itcollection.de

Hardware ausgefallen? Kein Grund zur Panik. Mit uns sind Sie schnell wieder einsatzbereit.

Was tun, wenn in Ihrem Notarbüro plötzlich Hardware nicht mehr funktioniert - aus welchen Gründen auch immer? Mit uns als IT-Service-Partner ist das für Sie zukünftig kein Grund zum Kopfzerbrechen mehr.

Sie rufen einfach bei uns an und sagen uns, welche Hardware betroffen ist. Um mehr müssen Sie sich nicht kümmern. Wir stellen Ihnen in kürzester Zeit Ersatz zur Verfügung, damit Sie und Ihre Mitarbeiter schnell wieder weiterarbeiten können. Wir garantieren Ihnen sogar im kritischsten Fall, z.B. eines Serverausfalls, dass Ihre IT innerhalb von maximal 24 Stunden wieder einsatzfähig ist.

Denn Sie kaufen bei uns nicht Hard- und Software, sondern Sie mieten die gewünschte IT-Funktion für Ihre Arbeitsprozesse. Alles seit Jahren bewährt und abgestimmt auf notariatskonforme, sicherheits- und rechtskonforme Anforderungen. Seit 2006 vertrauen zahlreiche Notariatskunden uns und unserer Expertise.

Sie bleiben so immer up to date – sowohl hard- und softwareseitig als auch IT-sicherheitstechnisch. Zudem erhalten Sie zeitnah Ersatz, sollte bei Ihnen die Hardware einmal ausfallen. So sind Sie und Ihr Team in solchem Fall schnellstmöglich wieder einsatzfähig.

Nutzen auch Sie jetzt diese bewährte IT-System-Lösung speziell für Ihr Notarbüro. Bei stabilen monatlichen Kosten – ganz ohne Überraschungen.

Sicher, zuverlässig und planbar.

Vereinbaren Sie jetzt Ihren Kennenlern-Termin für eine kostenlose Erstanalyse mit Ihrem Lösungsberater!

Ihre Vorteile mit ITcollection als Partner:

- **Seit 2006 der ideale IT-Partner für Notare:** mit über 1.000 betreuten Arbeitsplätzen bei aktuell über 100 Notariatskunden.
- Sie bekommen von uns funktionierende, rechts-sichere und notariatskonforme Arbeitsprozesse für Ihr Notariat – weitaus mehr als Hard- und Software.
- Wir kümmern uns täglich (meist unsichtbar im Hintergrund) um aktuelle Cyber-Security, Datensicherungen, Software-Updates, nötige System-Updates.
- **Ihre IT ist bei uns in sicheren Händen.** Wir garantieren Ihnen sogar im kritischsten Fall, dass Ihre IT innerhalb von maximal 24 Stunden wieder vollumfänglich einsatzfähig ist.
- **Miete statt Kauf reduziert Ihre IT-Kosten und schont Ihre Liquidität.** Ihre IT bleibt auf diese Weise flexibel und immer up-to-date.
- **Erhebliche fachliche und finanzielle Entlastungen für Ihr Notarbüro.**

Wir kümmern uns um Ihre IT.

Sichere IT-Komplettlösungen für Notare seit 2006

Jetzt Termin anfordern!
zentrale@itcollection.de

Sichern Sie sich bis 17. Februar 2023 Ihre kostenlose Erstanalyse mit Ihrem Lösungsberater!