

NOTARASSESSOR DR. TIM KASPER, DÜSSELDORF

Abwicklungsstörungen beim Grundstückskaufvertrag bei Konflikten zwischen den Vertragsparteien

Inhaltsübersicht

A. Einleitung

B. Kaufpreiszahlung

- I. Widerspruch gegen Fälligkeitsmitteilung
- II. Widerspruch gegen Erteilung vollstreckbarer Ausfertigung
 1. Formelle Prüfungskompetenz
 2. Grundsätzlich keine materielle Prüfungskompetenz
 - a) Diskussion über Ausnahmen
 - b) Stellungnahme
 3. Entscheidung des Notars
 4. Zwischenergebnis
- III. Widerspruch gegen die Auszahlung vom Notaranderkonto
 1. Grundsatz der Unbeachtlichkeit einseitiger Weisungen im mehrseitigen Verwahrungsverfahren (§ 60 Abs. 2 BeurkG)
 2. Einseitiger Widerruf ausnahmsweise gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG beachtlich
 - a) Theoretische Begründung
 - b) Gesetzliche Anforderungen
 - c) Aussetzung des Verwahrungsverfahrens, Unterrichtung aller Beteiligten
 3. „Beseitigung“ eines gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG beachtlichen Widerrufs durch notarielle Fristsetzung
 - a) Zwecke der gesetzlichen Regelung
 - b) Ermessensentscheidung
 - aa) Regel
 - bb) Ausnahme
 4. Auszahlungsverbot gem. § 61 BeurkG
 - a) Verfolgung unerlaubter oder unredlicher Zwecke (§ 61 Nr. 1 BeurkG)
 - b) Drohen eines unwiederbringlichen Schadens (§ 61 Nr. 2 BeurkG)
 5. Entscheidung des Notars
 - a) Widerruf gem. § 60 Abs. 3 S. 1 unbeachtlich und kein Fall von § 61 BeurkG
 - b) Widerruf gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG beachtlich und kein Fall von § 61 BeurkG
 - c) Widerruf gem. § 60 Abs. 3 S. 1 un-/beachtlich und Tatbestand von § 61 BeurkG erfüllt

C. Eigentumsübertragung: Umschreibungsüberwachung

- I. Widerspruch gegen den Grundbuchvollzug
 1. Grundsatz der Unbeachtlichkeit einseitiger Weisungen
 - a) Begründung mit Wortlaut und Zweck des § 53 BeurkG
 - b) Begründung mit Inhalt und Zweck eines von § 53 BeurkG abweichenden treuhänderischen Vollzugsauftrags

2. In der Rechtsprechung anerkannte Ausnahmen
3. Aussetzung des Vollzugs nur auf einseitiges Verlangen (Fallgruppe (1))
 - a) Theoretische Begründung
 - b) Anforderungen der Rechtsprechung
 - aa) Ausreichend substantiiertes und glaubhafter Vortrag eines Beteiligten
 - bb) Keine (durchgreifenden) Einwendungen oder nur fadenscheinige Stellungnahme des anderen Beteiligten
 - cc) Analoge Anwendung von § 60 Abs. 3 BeurkG?
 - c) Aussetzung der Vollzugstätigkeit
4. „Umschreibungsverbot“ – Einstellung des Vollzugs von Amts wegen (auch auf einseitiges Verlangen)
 - a) Drohende Unrichtigkeit des Grundbuchs (Fallgruppe (2))
 - b) Mitwirkung bei der Verfolgung unerlaubter oder unredlicher Zwecke (Fallgruppe (3))
 - aa) „Einwand der Schwarzgeldabrede“
 - bb) Hinwirken auf Heilung der Formnichtigkeit in anderen Fällen?
5. Entscheidung des Notars
 - a) Aussetzung des Vollzugs
 - b) Fortsetzung des Vollzugs
- II. Konflikte betreffend die Bewilligungsvollmacht
 1. Einseitige Weisungen zum Gebrauch
 2. Widerruf der Vollmacht

D. Löschungserleichterungsklausel

- I. Gestaltungsvarianten und -parallelen zur Umschreibungsüberwachung
- II. Widerspruch gegen die Löschung der Vormerkung wegen angeblicher Unwirksamkeit der Löschungsklausel
- III. Zwischenergebnis

E. Erlass eines beschwerdefähigen Vorbescheides

- I. Grundlagen
 1. Gewohnheitsrechtliche Entwicklung des Vorbescheides
 2. Beschwerdeverfahren
- II. Nutzen des Vorbescheides zur Haftungsvermeidung
 1. Folgen der Entscheidung des Beschwerdegerichts
 2. Folgen der Versäumung der Beschwerdeeinlegung
- III. Haftungsrisiken bei Erlass eines Vorbescheides

F. Fazit

A. Einleitung

Ein Grundstückskaufvertrag ist üblicherweise so gestaltet, dass der Notar in der Vertragsabwicklung eine zentrale Rolle bei der Erfüllung der Hauptleistungspflichten zur Eigentumsverschaffung und Kaufpreiszahlung spielt: Mit Blick auf die Kaufpreiszahlung überwacht er im (Regel-) Fall der Direktzahlung bestimmte Fälligkeitsvoraussetzungen und ermöglicht dem Verkäufer durch Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung, seinen Anspruch zwangs-

weise durchzusetzen, falls der Käufer ihn nicht freiwillig erfüllt; im (Ausnahme-)Fall der Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto sorgt er sogar selbst dafür, dass der Kaufpreis (bei Vorliegen bestimmter Auszahlungsvoraussetzungen) gezahlt wird. In ähnlicher Weise führt der Notar mit Blick auf die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers bei praktisch jedem Grundstückskaufvertrag selbst den Leistungserfolg herbei, indem er die Eintragung der in der Kaufvertragsurkunde enthaltenen Auflassung in das Grundbuch veranlasst (sobald der Kaufpreis gezahlt

ist). Gelegentlich übernimmt er es auch, für den Fall, dass der Vertrag nicht durchgeführt wird, weil der Verkäufer wegen Zahlungsverzugs zurücktritt, für die Löschung der Vormerkung des Eigentumsverschaffungsanspruchs des Käufers im Grundbuch zu sorgen.

Mit all diesen Aufgaben wird der Notar von den Vertragsparteien nicht nur aus Bequemlichkeit befasst, um die Erledigung der jeweiligen Leistung zu erleichtern, sondern vor allem aufgrund ihrer gegenläufigen Sicherungsinteressen,¹ um die Risiken, die damit einhergehen, dass beim Grundstückskaufvertrag trotz der synallagmatischen Verknüpfung der Hauptleistungspflichten eine vollkommene Zugang-Zug-Abwicklung unmöglich ist und Vorleistungen daher praktisch nicht zu vermeiden sind,² so gering wie möglich zu halten. Die Grundlage hierfür bilden neben der materiell-rechtlichen Gestaltung des Kaufvertrages (nebst Auflassung sowie vollstreckungs- und grundbuchverfahrensrechtlichen Erklärung) besondere verfahrensrechtliche Betreuungsaufträge an den Notar (§§ 23, 24 BNotO), durch die die gesetzlichen Vollzugspflichten modifiziert, ergänzt und ersetzt werden. Auf diese Weise entsteht ein komplexer Abwicklungsmechanismus von fein aufeinander abgestimmten Sicherungs- und mitunter auch Vermögensübertragungsinstrumenten, für dessen Steuerung der Notar verantwortlich ist.

Dieser Mechanismus kann empfindlich gestört werden, wenn der Konsens der Beteiligten über die Modalitäten des Vertragsvollzugs oder darüber, dass der Vertrag überhaupt vollzogen werden soll, verloren geht. Der Grund für derartige *verfahrensrechtliche* Konflikte liegt regelmäßig in *materiell-rechtlichen* Streitigkeiten der Vertragsparteien. Dementsprechend beruft sich der Beteiligte, der die Aussetzung oder Einstellung des planmäßigen Vertragsvollzugs verlangt, zur Begründung häufig auf eine rechts-hindernde oder rechtsvernichtende Einwendung oder auf eine rechtshemmende Einrede. Für den Notar stellt sich dann die Frage, ob der einseitige Widerspruch als solcher oder das – angebliche – Bestehen etwaiger materiell-rechtlicher Einwendungen oder Einreden seiner weiteren planmäßigen Vollzugsbetreuung entgegenstehen und ob sich anlässlich des Streits des Vertragsbeteiligten für ihn Anhaltspunkte für Umstände ergeben, bei deren Vorliegen er den Vollzug von sich aus verweigern müsste. Als zu strikter Unparteilichkeit verpflichtetes Organ der vorsorgenden Rechtspflege hat er aber weder die Möglichkeit zur Aufklärung eines streitigen Sachverhalts und Beweisaufnahme noch die Befugnis zu einer richterähnlichen Entscheidung materiell-rechtlicher Streitfragen. Gleichwohl muss er im „Spannungsverhältnis zwischen Tätigkeitspflichten und Amtsverweigerung“³ eine pflichtgemäße Verfahrensentscheidung darüber treffen, ob er den Vollzug planmäßig fortsetzt oder einstellt bzw. aussetzt.

1 Zu diesem Wesensmerkmal treuhänderischer Vollzugstätigkeiten des Notars Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 24 Rn. 21 ff., 51 ff.

2 Block, Die Umschreibung im notariellen Grundstückskaufvertrag – Grundlagen und Vollzugsstörungen, 2005, S. 26-30; Block, Skript zum 26. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung, 2015, Teil 1 – Bd. 5 b: Notarielle Verwahrungstätigkeit, S. 24 f.; Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 32; Basty, Bauträgervertrag, 8. Aufl., 2015, Rn. 762; Kawohl, Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen, 1995, S. 100 f.; Keim MittBayNot 2003, 21 (24); Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl., 2017, Rn. 1551.

3 So der Titel des Beitrags von Winkler MittBayNot 1998, 141 ff.

B. Kaufpreiszahlung

Zu einer solchen Konfliktlage kommt es mit Blick auf die Kaufpreiszahlung, wenn ein Vertragsbeteiligter, typischerweise der Käufer, mit der Begründung, dass der Kaufpreisanspruch nicht wirksam entstanden, untergegangen oder nicht durchsetzbar sei, bei einem Kaufvertrag nach dem Direktzahlungsmodell der notariellen Fälligkeitsmitteilung oder der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung oder, bei Abwicklung der Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto, der Auszahlung des hinterlegten Geldes an den Verkäufer widerspricht.

I. Widerspruch gegen Fälligkeitsmitteilung

Ein einseitiges Ansuchen des Käufers an den Notar, wegen angeblicher materiell-rechtlicher Einwendungen oder Einreden gegen den Kaufpreisanspruch von der Erteilung einer Fälligkeitsmitteilung abzusehen, ist aber regelmäßig schon nach dem Sinn und Zweck der Fälligkeitsüberwachung nicht relevant. Bei der Fälligkeitsüberwachung handelt es sich immerhin um eine besondere Betreuungs-/Überwachungsaufgabe⁴ (§ 24 Abs. 1 BNotO) mit Treuhandcharakter,⁵ die den Käufer davor schützen soll,⁶ den Kaufpreis zu bezahlen, bevor sichergestellt ist, dass der Verkäufer uneingeschränkt zur Erfüllung seiner Verpflichtung zur Verschaffung lastenfreien Eigentums fähig ist.⁷ Dabei wird durch die abschließende Aufzählung bestimmter Fälligkeitsvoraussetzungen idR aber lediglich der Inhalt des Überwachungsauftrags an den Notar konkretisiert, ohne eine schuldrechtliche Vorleistungspflicht des Käufers zu begründen.⁸ Etwaige fälligkeits-/verzugshindernde Einreden sollen dem Käufer hierdurch also nicht abgeschnitten werden. Zahlen muss er deshalb *auch nach Erteilung der notariellen Fälligkeitsmitteilung* nur und erst dann, wenn die vom Notar bescheinigten (sowie etwaige weitere, nicht vom Notar zu überwachende Fälligkeitsvoraussetzungen) *tatsächlich* vorliegen und der Durchsetzbarkeit des Kaufpreisanspruchs auch sonst keine Einreden entgegenstehen. Die Fälligkeitsmitteilung als solche *begründet* die Fälligkeit von daher nicht. Dies gilt selbst für die sog. *konstitutive* Fälligkeitsmitteilung, bei welcher der Käufer vielmehr eine *zusätzliche* Einrede erhält (denn er muss selbst bei Vorliegen aller materiellen Fälligkeitsvoraussetzun-

4 Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 24 Rn. 7, 35-40; Diehl/Kilian, BNotO, 2015, § 24 Rn. 8.

5 Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 24 Rn. 97 f.; auch Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl., 2017, Rn. 2455 aE betont, dass der Vollzugsauftrag zur Erteilung der Fälligkeitsmitteilung „im beiderseitigen Abwicklungsinteresse“ gemeinsam erteilt werde (und deshalb auch nicht einseitig widerrufen werden könne).

6 Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 24 Rn. 97 bezeichnet die notarielle Fälligkeitsmitteilung als wichtigstes Instrument zur Sicherung des Käufers im Direktzahlungsverfahren.

7 Dass der Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers nach der Kaufpreiszahlung auch sicher erfüllt wird, wird hingegen durch die Anweisungen im Rahmen der Umschreibungsüberwachung gewährleistet; dazu unten: C.

8 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl., 2017, Rn. 1551, 1555; Krauß MittBayNot 2011, 459 ff. Ebenso wenig begründet die Regelung zur Umschreibungsüberwachung, wonach die Veranlassung der Eigentumsumschreibung durch den Notar von der vorherigen Kaufpreiszahlung abhängt, eine Vorleistungspflicht des Käufers; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl., 2017, Rn. 1413 f., 1425; Keim MittBayNot 2003, 21 ff.; Basty DNotZ 2002, 44 ff.

gen nicht zahlen, solange der Notar die Fälligkeit nicht formal bescheinigt hat).⁹

Wenn der Käufer meint, dass er trotz notarieller Fälligkeitsmitteilung nicht zur Zahlung verpflichtet sei, besteht deshalb keine Notwendigkeit, den Notar zu ersuchen, von der Erteilung einer Fälligkeitsmitteilung abzusehen, und ihn auf diese Weise in den Konflikt mit dem Verkäufer zu verwickeln. Es steht dem Käufer immerhin frei, nicht zu zahlen.

II. Widerspruch gegen Erteilung vollstreckbarer Ausfertigung

Es liegt dann allerdings nahe, dass der Notar unter einem anderen Aspekt mit dem Streit der Parteien konfrontiert wird. Denn zur Urkunde eines Kaufvertrages nach dem Direktzahlungsmodell¹⁰ unterwirft der Käufer sich wegen seiner Verpflichtung zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises (nebst Verzugszinsen ab einem bestimmten Zeitpunkt)¹¹ an den Verkäufer (und an dessen zur Lastenfreistellung abzulösende Gläubiger)¹² regelmäßig der sofortigen Zwangsvollstreckung. Dies bietet dem Verkäufer einen gewissen Ausgleich dafür, dass er immerhin mit der Beurkundung der Auflassung und der Vormerkung des Eigentumsverschaffungsanspruchs des Käufers in das Grundbuch¹³ in Vorleistung geht. Zahlt der Käufer nicht freiwillig, wird der Verkäufer deshalb, falls er nicht wegen des Zahlungsverzugs vom Kaufvertrag zurücktritt, vom Notar die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Kaufvertragsurkunde verlangen, und der Käufer, der meint, der Kaufpreisanspruch sei nicht (mehr) wirksam oder durchsetzbar, daran interessiert sein, dass der Notar diesem Verlangen nicht nachkommt.

1. Formelle Prüfungscompetenz

In seiner (zivilprozessualen) Eigenschaft als Klauselerteilungsorgan (§§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 797 Abs. 2 S. 1 ZPO, §§ 52, 48 BeurkG) hat der Notar aber lediglich die Antragsberechtigung des Verkäufers, das Vorliegen einer formell wirksamen Urkunde (Titel) mit vollstreckungsfähigem Inhalt sowie das Vorliegen der Vollstreckungsbedingungen („Vollstreckungsreife“) zu prüfen, und diese Voraussetzungen sind im Regelfall unproblematisch zu bejahen. Denn die Antragsberechtigung des Verkäufers folgt daraus, dass er als Urkundsbeteiligter gem. § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG Anspruch auf Erteilung einer ein-

fachen Ausfertigung hat.¹⁴ Eine formell wirksame Urkunde mit vollstreckungsfähigem Inhalt liegt bereits dann vor, wenn die Kaufvertragsurkunde äußerlich wirksam erscheint und eine vollstreckbare Unterwerfungserklärung des Schuldners dokumentiert.¹⁵ Hinsichtlich der Vollstreckungsbedingungen sieht die Unterwerfungserklärung regelmäßig einen mehr oder weniger weitgehenden „Nachweisverzicht“¹⁶ vor, was trotz der synallagmatischen Verknüpfung der Kaufpreisschuld des Käufers mit den Leistungspflichten des Verkäufers beim Kauf¹⁷ (auch in AGB)¹⁸ als zulässig angesehen wird.¹⁹ Eine einseitige Änderung oder Ergänzung dieser Vollstreckungsbedingungen durch den Käufer kommt nach der Beurkundung des Kaufvertrages nicht mehr in Betracht. Zwar ist allein der Käufer als Schuldner dazu befugt, den Inhalt des Titels einschließlich seiner (Un-)Abhängigkeit vom Nachweis bestimmter Tatsachen zu bestimmen.²⁰ Diese „Herrschaft über die Entstehung des Titels“²¹ endet aber, so dass die Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung unwiderruflich (und unabänderlich) wird, sobald der Gläubiger eine einfache Ausfertigung der Urkunde mit der Erklärung des Schuldners, die die Grundlage für die Erteilung einer Vollstreckungsklausel bildet, erhalten hat oder zumindest jederzeit verlangen kann.²² Letzteres ist beim Verkäufer vom Zeitpunkt der Beurkundung des Kaufvertrages an der Fall (vgl. § 51 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG),

9 Vgl. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl., 2017, Rn. 1555, 1584; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 24 Rn. 37.
10 Die nachfolgenden Ausführungen gelten entsprechend für Kaufverträge nach dem Aderkonto-Modell, bei denen die Zwangsvollstreckungsunterwerfung auf Einzahlung (Hinterlegung) des Kaufpreises aufs Notaranderkonto gerichtet ist.
11 Hierauf sollte nicht verzichtet werden, weil ein etwaiger Anspruch des Verkäufers auf Zahlung von Zinsen sonst völlig ungesichert ist, da im Rahmen der Umschreibungsüberwachung grundsätzliche keine Rücksicht darauf zu nehmen ist, ob über den Kaufpreis hinaus auch etwaige Verzugszinsen bezahlt wurden, hierzu unten bei Fn. 245.
12 Hierzu Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl., 2017, Rn. 1874.
13 Nach BGH 27.5.1993 – IX ZR 66/92, DNotZ 1994, 485 liegt hierin allerdings keine „echte“ Vorleistung, die eine „doppelte Belehrung“ durch den Notar erfordert.

14 Vgl. Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 797 Rn. 3; BeckOK ZPO/Hoffmann, § 797 Rn. 3; Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 52 Rn. 4, 56; Kindl/Meller-Hanich/Wolf/Müller, ZPO, 3. Aufl. 2015, § 797 ZPO Rn. 8; Saenger/Kindl, ZPO, 7. Aufl. 2017, § 797 Rn. 4.
15 Vgl. Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 797 Rn. 4; Kindl/Meller-Hanich/Wolf/Müller, ZPO, 3. Aufl. 2015, § 797 Rn. 12; Saenger/Kindl, ZPO, 7. Aufl. 2017, § 797 Rn. 4; MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 797 Rn. 12-14, § 794 Rn. 253.
16 Eigentlich handelt es sich nicht um einen „Verzicht“, vielmehr macht der Schuldner von seiner Befugnis zur inhaltlichen Gestaltung des Titels Gebrauch, indem er bestimmte Vollstreckungsvoraussetzungen setzt oder nicht setzt; MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 794 Rn. 165; Rastätter BWNNotZ 1992, 85 (86 bei Fn. 21); vgl. BeckNotarHB/Bernhard., 6. Aufl. 2015, Kap. G. (Beurkundung), Rn. 327; Schmid/Voss DNotZ 2008, 740 (756); Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 52 Rn. 40.
17 Anders beim Werkvertrag und insb. beim Bauträgervertrag, dazu mwN Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 52 Rn. 42; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl., 2017, Rn. 1872.
18 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 52 Rn. 24; Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 51 Rn. 11.
19 Vgl. Rastätter BWNNotZ 1992, 85 (86 f.); v. Rintelen RNotZ 2001, 3 (18 f.); Müller RNotZ 2010, 167 (182 f.); Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl., 2017, Rn. 1872; Beck-NotarHB/Bernhard, Kap. G. (Beurkundung), Rn. 325, 327; Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 52 Rn. 40 f.; Everts DNotZ 2017, 343 (344); MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 794 Rn. 165 f. Dabei ist ein „beschränkter Nachweisverzicht“ mE einem „totalen Nachweisverzicht“ vorzuziehen; vgl. auch v. Rintelen RNotZ 2001, 3 (19); Müller RNotZ 2010, 167 (182 f.); MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 794 Rn. 166; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl., 2017, Rn. 1872.
20 Dazu bereits in Fn. 16.
21 MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 794 ZPO Rn. 165.
22 LG Lüneburg 30.8.1973 – 4 T 171/73, NJW 1974, 506 ff.; OLG Hamburg 23.4.1986 – 2 W 61/85, DNotZ 1987, 356 ff.; OLG Hamm 24.6.1987 – 15 W 97/87, DNotZ 1988, 241 ff.; Bay-ObLG 6.8.2003 – 3 Z BR 137/03, DNotZ 2003, 847 (847 f.); LG Kempten 25.10.2005 – 1 T 2198/05, MittBayNot 2006, 523 ff.; v. Rintelen RNotZ 2001, 3 (12 ff.); MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 794, Rn. 265; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 797 Rn. 3; Kindl/Meller-Hanich/Wolf/Müller, ZPO, 3. Aufl. 2015, § 797 Rn. 8; Saenger/Kindl, ZPO, 7. Aufl. 2017, § 797 Rn. 4.

und hieran kann der Käufer alleine nichts ändern (vgl. § 51 Abs. 2 BeurkG).²³

2. Grundsätzlich keine materielle Prüfungskompetenz

Nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen besteht im Klauselerteilungsverfahren keine über die vorstehenden Voraussetzungen hinausgehende Prüfungskompetenz eines Klauselerteilungsorgans.²⁴ Insbesondere sind weder die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit des materiell-rechtlichen Anspruchs, der Anlass zu der Zwangsvollstreckungsunterwerfung gegeben hat,²⁵ noch die Wirksamkeit des Titels als solche zu prüfen, da die Klausel ohne Berücksichtigung nachträglicher Umstände ausschließlich das Bestehen und die Vollstreckungsfähigkeit des Titels bescheinigt.²⁶

a) Diskussion über Ausnahmen

In der zivilprozessrechtlichen Literatur wird vertreten, dass dies auch für den Notar ausnahmslos gelte; das Gesetz enthalte keine Regelung, dass er als Klauselerteilungsorgan andere Befugnisse als der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle oder der Rechtspfleger habe.²⁷ Eine materielle Prüfungspflicht des Notars sei mit der Systematik der ZPO, insb. dem Rechtsschutzsystem ihres 8. Buchs, nicht zu vereinbaren.²⁸ Letzteres gewähre die umfassende Prüfung des materiellen Rechts im Rahmen einer Vollstreckungsabwehr-/gegenklage; Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Titels aus materiell- oder formell-rechtlichen Gründen seien mit der prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO bzw. mit der Klauselerinnerung geltend zu machen.²⁹

Vor allem in der notarrechtlichen Literatur und Rechtsprechung herrscht hingegen die Ansicht vor, dass sich Ausnahmen zum Ausschluss der materiell-rechtlichen Prüfungskompetenz im Klauselerteilungsverfahren für den Notar aus seinen Amtspflichten (§ 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO, Legalitätsprinzip) ergeben könnten.³⁰ Hieraus folge, dass der Notar trotz Vorliegens der im Klauselerteil-

ungsverfahrens zu prüfenden formellen Voraussetzungen die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung ausnahmsweise zu verweigern habe, wenn er positiv weiß,³¹ ihm durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen³² oder für ihn sonst offenkundig ist, dass der materiell-rechtliche Anspruch, wegen dessen der Gläubiger sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, *nicht (mehr) besteht*,³³ insbesondere

- bei Zahlung an bzw. über den Notar (Abwicklung über Notaranderkonto),³⁴
- wenn ein Urteil vorliegt, wonach die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde rechtskräftig für unzulässig erklärt worden ist,³⁵
- wenn der materiell-rechtliche Anspruch in einer Nachtragsurkunde desselben Notars einvernehmlich aufgehoben worden ist,³⁶
- wenn eine öffentliche Urkunde vorgelegt wird, aus der sich ergibt, dass der Gläubiger befriedigt ist,³⁷
- bei Zugeständnis der Befriedigung durch den Gläubiger im Klauselerteilungsverfahren,³⁸
- wenn sich aus der Urkunde selbst ergibt, dass das Rechtsgeschäft aufgrund eines Gesetzesverstoßes oder eines Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist,³⁹
- wenn ihm nach der Beurkundung außerhalb der Urkunde liegende Umstände bekannt werden, die bereits eine Ablehnung der Beurkundung des Rechtsgeschäfts wegen *Verfolgung unerlaubter oder unredlicher Zwecke* erforderlich gemacht hätten (insb. „Schwarzkauf“).⁴⁰

Zweifel oder Vermutungen, wenn auch berechtigte, genügen aber nicht.⁴¹ Auch habe der Notar im Klauselerteil-

23 LG Bochum 3.4.1989 – 7 T 42/89, DNotZ 1990, 571 (572); LG Lüneburg 30.8.1973 – 4 T 171/73, NJW 1974, 506 ff., OLG Hamburg, 23.4.1986 – 2 W 61/85, DNotZ 1987, 356 ff.; OLG Hamm 24.6.1987 – 15 W 97/87, DNotZ 1988, 241 ff.; BayObLG 6.8.2003 – 3Z BR 137/03, DNotZ 2003, 847 (847 f.); LG Kempen 25.10.2005 – 1 T 2198/05, MittBayNot 2006, 523 ff.; v. Rintelen RNotZ 2001, 3 (12 ff.).

24 BGH 16.7.2004 – IXa ZB 326/03, DNotZ 2005, 132 (133); 16.4.2009 – VII ZB 62/08, NJW 2009, 1887 (1888 Rn. 14).

25 Gegenstand der Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist ein *abstrakter* prozessualer Anspruch; dazu mwN *Apfelbaum* MittBayNot 2005, 64 (64 f.); MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 794 Rn. 150, 163–183.

26 Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 52 Rn. 59–61; Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 52 Rn. 12; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 52 Rn. 24; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 797 Rn. 3–5; *Apfelbaum* MittBayNot 2005, 64 (64); Kindler/Müller-Hannich/Wolf/Müller, § 797 ZPO Rn. 12; MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 797 Rn. 11 ff., § 724 Rn. 46; Saenger/Kindl, ZPO, 7. Aufl. 2017, § 797 Rn. 5; BeckOK ZPO/Hoffmann, 27. Ed., Stand 1.12.2017, § 797 Rn. 2, § 724 Rn. 18 ff., insb. Rn. 29.

27 Musielak/Voit/Lackmann, § 797 ZPO Rn. 4; Zöllner/Stöber, § 797 ZPO Rn. 6 f.; vgl. auch BeckOK ZPO/Hoffmann, 27. Ed., Stand 1.12.2017, § 797 Rn. 2; einschränkend Saenger/Kindl, ZPO, 7. Aufl. 2017, § 797 Rn. 5; weitere Nachweise bei *Apfelbaum* MittBayNot 2005, 64 (65 in Fn. 22).

28 Näher hierzu *Apfelbaum* MittBayNot 2005, 64 (64).

29 Hierzu mwN *Apfelbaum* MittBayNot 2005, 64 (65 f.).

30 Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 52 Rn. 61; § 4 Rn. 15; Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 52 Rn. 13; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 52 Rn. 25; BeckOK BeurkG/Regler, Stand 15.6.2016, § 52 Rn. 25 f.; Lerch, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 52 Rn. 12; BeckNotarHB/Starke, 6. Aufl. 2015, Kap. L. (Berufsrecht), Rn. 62; vgl. Kindler/Müller-Hannich/Wolf/Müller, § 797 ZPO Rn. 12; *Apfelbaum* MittBayNot 2005, 64 (65).

31 LG Passau 23.3.1986 – 2 T 36/86, MittBayNot 1986, 99 (100).

32 *Wolpers* DNotZ 1951, 274 (278); LG Düsseldorf 10.7.1977 – 28 T 52/77, MittBayNot 1977, 252; LG Passau 23.3.1986 – 2 T 36/86, MittBayNot 1986, 99 (100); BayObLG 6.7.1995 – 3Z BR 64/95, DNotZ 1997, 77 (79).

33 OLG München 27.9.2005 – 32 Wx 103/05, MittBayNot 2006, 350 (351); ggf. wäre die Zwangsvollstreckung rechtsmissbräuchlich; der Notar dürfe „offensichtlichem Unrecht aber nicht die Hand bieten“.

34 LG Koblenz 26.10.1971 – 4 T 247/71, DNotZ 1972, 190; BayObLG 8.10.1997 – 3Z BR 300/97, DNotZ 1998, 194 (196).

35 BayObLG 6.7.1995 – 3Z BR 64/95, DNotZ 1997, 77 (78).

36 LG Passau 23.3.1986 – 2 T 36/86, MittBayNot 1986, 99 (100).

37 Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 52 Rn. 61: Dies stehe der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung entsprechend § 775 Nr. 4 ZPO nur solange entgegen, wie der Gläubiger die Befriedigung nicht bestreite; vgl. auch MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 724 Rn. 47.

38 Wenn hingegen der Gläubiger bzw. sein Vertreter dem Notar den Eingang des Kaufpreises zunächst bestätigt hat, später aber die Befriedigung bestreitet, rechtfertigt dies nicht die Verweigerung der Klauselerteilung, BayObLG 29.9.1999 – 3Z BR 269/99369, DNotZ 2000, 368 (370). Dies lässt sich auch mit einem Vergleich zu § 775 ZPO begründen, hierzu *Apfelbaum* MittBayNot 2005, 64 (65).

39 Vgl. BGH 16.7.2004 – IXa ZB 326/03, DNotZ 2005, 132 (133); 16.4.2009 – VII ZB 62/08, NJW 2009, 1887 (1888 Rn. 15).

40 Nach LG Düsseldorf 10.7.1977 – 28 T 52/77, MittBayNot 1977, 252 müssen die außerhalb der Urkunde liegenden Umstände aber durch öffentlich oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden, soweit sie nicht unstrittig sind.

41 BayObLG 29.9.1999 – 3Z BR 269/99369, DNotZ 2000, 368 (370); OLG Frankfurt 13.3.1997 – 20 W 66/96, MittRhNotK 1997, 269 (270); OLG München 27.9.2005 – 32 Wx 103/05, MittBayNot 2006, 350 (351).

lungsverfahren keinesfalls schwierige Rechtsfragen zu entscheiden.⁴²

b) Stellungnahme

Bei der vorstehenden Diskussion sind zwei Ebenen zu unterscheiden: Erstens geht es um *allgemeine* prozessrechtliche Erwägungen. Insoweit spricht die Prozessökonomie dafür, dass schon keine vollstreckbare Ausfertigung erteilt wird, wenn sich aufgrund eines „absolut liquiden Nachweises“ ausnahmsweise einmal bereits dem Klauselerteilungsorgan aufdrängt, dass jede Zwangsvollstreckungsmaßnahme rechtswidrig wäre, weil der materiell-rechtliche Anspruch oder der Titel offensichtlich nicht (mehr) wirksam ist.⁴³ Dem stehen allerdings Gesetzessystematik (Zuständigkeitsordnung und Rechtsschutzsystem der ZPO) und Rechtssicherheit („Evidenznahme schafft Abgrenzungsschwierigkeiten“) entgegen.⁴⁴ Allein unter allgemeinen prozessrechtlichen Erwägungen sprechen deshalb die besseren Argumente für die strikte Ablehnung einer materiell-rechtlichen Prüfungskompetenz des Klauselerteilungsorgans. Dass dies aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich sei,⁴⁵ erscheint zweifelhaft, weil die Klauselerteilung lediglich ein vorbereitender Akt für einen hoheitlichen Eingriff (Zwangsvollstreckung) ist und zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des eigentlichen Eingriffsakts sowie zur Abwehr unberechtigter Eingriffe in der ZPO ein umfassendes Rechtsschutzsystem vorgesehen ist.⁴⁶

Zweitens geht es aber um die Frage, ob und inwieweit gerade im *notariellen* Klauselerteilungsverfahren Ausnahmen anzuerkennen sind. Dies könnte aufgrund von Besonderheiten des Klauselerteilungsorgans (Notar) oder des Titels (vollstreckbare notarielle Urkunde) der Fall sein.⁴⁷ Insofern ist zu berücksichtigen, dass der Notar es nicht nur aufgrund seines hohen juristischen Ausbildungsgrades, sondern vor allem weil er die Urkunde selbst angefertigt hat und mit ihrem Vollzug befasst ist, mitunter besser als ein anderes Klauselerteilungsorgan in Bezug auf einen anderen Titel erkennen kann, wenn das beurkundete Geschäft unwirksam ist oder jedenfalls der Anspruch, wegen dessen vollstreckt werden soll, nicht (mehr) besteht.

Letzteres trifft insb. auf die vorgenannten Fälle zu, dass der Notar selbst die Kaufpreiszahlung über Anderkonto abgewickelt⁴⁸ oder eine Nachtragsurkunde über die Aufhebung des Anspruchs, wegen dessen der Gläubiger sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, erteilt hat oder ihm bei dem Vollzug der Urkunde Umstände bekannt geworden sind, die eine Ablehnung der Beurkundung erforderlich gemacht hätten oder eine Einstellung des Vollzugs erforderlich machen. Dass in solchen und anderen Fällen, in denen am Nichtbestehen des materiellen Anspruchs oder an der Unwirksamkeit des Titels kein vernünftiger Zweifel besteht, zumindest der Notar keine vollstreckbare Ausfertigung erteilen darf, folgt aus seinen Amtspflichten. Diese beanspruchen nämlich auch insoweit Geltung, wie der Notar als Klauselerteilungsorgan zuständig ist, weil das Klauselerteilungsverfahren sich nicht strikt von den genuinen notariellen Aufgaben trennen lässt. Deutlich wird dies etwa daran, dass die Erteilung einer *einfachen* Urkundsausfertigung gem. § 51 BeurkG als Grundvoraussetzung für die Erteilung einer *vollstreckbaren* Ausfertigung⁴⁹ eine *Folgetätigkeit zur Beurkundung* ist.⁵⁰ So darf der Notar etwa keine (einfache) Ausfertigung erteilen, wenn die Unwirksamkeit des beurkundeten Geschäfts gem. §§ 134, 138 BGB feststeht oder er nachträglich erkennt, dass er die Beurkundung wegen Verfolgung unerlaubter oder unredlicher Zwecke hätte ablehnen müssen,⁵¹ auch wenn das Rechtsgeschäft nicht unwirksam ist.

Im Ergebnis überzeugt daher die notarrechtliche Sichtweise, wonach im notariellen Klauselerteilungsverfahren in engen Grenzen Ausnahmen von dem Ausschluss der materiell-rechtlichen Prüfungskompetenz anzuerkennen sind. Für den Notar ergibt sich hieraus aber keine Pflicht zur Sachverhaltsermittlung oder vertieften Sachprüfung. Wie das OLG München zutreffend ausgeführt hat, liegt ein „Evidenzfall“ nur dann vor, wenn für den Notar „eindeutig Tatsachen erkennbar sind, die notwendigerweise zum Nichtbestehen des Anspruchs führen, und wenn er diese Tatsachen *ohne Mitwirkung oder Erklärung einer im Klauselerteilungsverfahren beteiligten Person festzustellen* vermag – ausgenommen Zugeständnisse und Verzichte hinsichtlich des zu vollstreckenden Anspruchs im Klauselerteilungsverfahren“.⁵² Allein der Vortrag eines Sachverhalts durch den Schuldner, bei dessen Vorliegen das beurkundete Rechtsgeschäft nichtig wäre, genügt deshalb nicht, um die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung abzulehnen oder auch nur weitergehende „Ermittlungen“ anstellen zu müssen.⁵³

3. Entscheidung des Notars

Ist der Notar nicht davon überzeugt, dass die vorgenannten Klauselerteilungsvoraussetzungen vorliegen, oder

42 LG Bochum 3.4.1989 – 7 T 42/89, DNotZ 1990, 571 (573) – Klärung der Frage, ob zwei separat beurkundete Rechtsgeschäfte derart miteinander verknüpft waren, dass sie gemeinsam hätten beurkundet werden müssen; OLG Frankfurt 12.11.1993 – 20 W 131/93, DNotZ 1995, 144 (145) – Auslegung, ob eine Abtretung an Erfüllung Statt oder erfüllungshalber erfolgt ist; AG München 5.6.2001 – 123 C 4108/01, RNotZ 2001, 599 (599) und BGH 16.7.2004 – IXa ZB 326/03, DNotZ 2005, 133 (134) – Prüfung, ob Vollmacht zur Abgabe der Unterwerfungserklärung wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz unwirksam ist; BayObLG 10.5.2004 – 1Z BR 023/04, MittBayNot 2005, 63 (65) – Auslegung eines vertraglichen Rücktrittsvorbehalts; vgl. auch OLG Oldenburg 10.12.1993 – 5 W 182/93, DNotZ 1995, 145 (146 f.) – möglicherweise unvollständige Beurkundung.

43 Hierzu mwN BeckOK ZPO/Ulrici, 27. Ed., Stand 1.12.2017, § 724 Rn. 24; MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 724 Rn. 47.

44 Apfelbaum MittBayNot 2005, 64 (64 f.); vgl. BeckOK ZPO/Ulrici, 27. Ed., Stand 1.12.2017, § 724 Rn. 24.

45 BayObLG 29.9.1999 – 3Z BR 269/99369, DNotZ 2000, 368 (369); vgl. auch Apfelbaum MittBayNot 2005, 64 (65) mwN.

46 Ahnl. Apfelbaum MittBayNot 2005, 64 (65). Entsprechend § 139 ZPO habe der Notar den Schuldner, der (im Klauselerteilungsverfahren unbeachtliche) materiell-rechtliche Einwendungen erhebt, aber darauf hinzuweisen, dass eine umfassende Prüfung des materiellen Rechts im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage gewährleistet ist.

47 Zum Folgenden Olzen DNotZ 1993, 211 (217); Apfelbaum MittBayNot 2005, 64 (64 f.).

48 Insoweit zust. Saenger/Kindl, ZPO, 7. Aufl. 2017, § 797 Rn. 5.

49 LG Bochum 3.4.1989 – 7 T 42/89, DNotZ 1990, 571 (572); Saenger/Kindl, ZPO, 7. Aufl. 2017, § 797 Rn. 4.

50 Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 51 Rn. 1.

51 Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 51 Rn. 1; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 51 Rn. 7, 45 f.; Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 51 Rn. 8; OLG Jena 4.11.1998 – 6 W 677/98, DNotl-Report 1999, 169 f.

52 BayObLG 10.5.2004 – 1Z BR 023/04, MittBayNot 2005, 63 (65), Hervorh. d. Verf.

53 Vgl. OLG Oldenburg 10.12.1993 – 5 W 182/93, DNotZ 1995, 145 (146).

meint er, dass trotz Vorliegens dieser Voraussetzungen eine Amtsverweigerung nach § 14 Abs. 2 BNotO geboten ist, hat er den Antrag des Verkäufers auf Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung *abzulehnen*.⁵⁴ Hiergegen findet die Beschwerde gem. § 54 BeurkG statt.⁵⁵

Liegen die Klauselerteilungsvoraussetzungen hingegen zu seiner Überzeugung vor und stehen auch seine Amtspflichten nicht entgegen, darf und muss der Notar die vollstreckbare Ausfertigung *ohne weiteres* erteilen.⁵⁶ Der Erlass eines Vorbescheides, in dem er die Klauselerteilung vorsorglich ankündigt, ist im Klauselerteilungsverfahren nicht anerkannt und eine Beschwerde des Schuldners gegen solch einen Bescheid wäre daher auch nicht statthaft.⁵⁷ Dem Schuldner stehen stattdessen die Rechtsbehelfe der §§ 732, 767, 768 ZPO zur Verfügung.⁵⁸

4. Zwischenergebnis

Dass etwaige materiell-rechtliche Einwendungen oder Einreden des Käufers im notariellen Klauselerteilungsverfahren nur im absoluten Ausnahmefall Berücksichtigung finden, rechtfertigt sich im Wesentlichen daraus, dass der Notar selbst nicht in das Vermögen des Käufers eingreift, sondern dem Verkäufer lediglich ermöglicht, mit einem solchen Eingriff ein (anderes) staatliches Organ zu beauftragen. Zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der eigentlichen Vollstreckungsmaßnahme sowie zur Abwehr unrechtmäßiger Maßnahmen sieht die ZPO spezielle Rechtsbehelfe vor, die lückenlosen effektiven Rechtsschutz gewährleisten.

III. Widerspruch gegen die Auszahlung vom Notaranderkonto

Anders liegen die Dinge, wenn die Kaufpreiszahlung ausnahmsweise wegen eines berechtigten Sicherungsinteresses (§ 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG) über ein Anderkonto des Notars abgewickelt wird. Dann verfügt der Notar nämlich direkt über das Kaufgeld (§ 54 b Abs. 3 BeurkG),⁵⁹ ist sozusagen selbst „Vollstrecker“ des Kaufpreisanspruchs. Unter welchen Voraussetzungen er das hinterlegte Geld an den Verkäufer (und abzulösende Gläubiger) auszuzahlen hat, muss in der (öffentlich-rechtlichen) Verwahrungsanweisung genau bestimmt sein (§ 57 Abs. 2 Nr. 2 BeurkG), der eine entsprechende (zivilrechtliche)

Verwahrungs-/Treuhandabrede der Vertragsparteien zugrunde liegt.⁶⁰

Zu einem Weisungskonflikt kommt es, wenn ein Vertragsbeteiligter der Auszahlung widerspricht, obwohl die einvernehmlich bestimmten Auszahlungsvoraussetzungen nach der Überzeugung des Notars vorliegen. In so einer Situation ist es idR der *Käufer*, der sich dagegen wehrt, dass der hinterlegte Kaufpreis wie ursprünglich festgelegt an den Verkäufer (und abzulösende Gläubiger) ausbezahlt wird, oder Rückzahlung des hinterlegten Kaufpreises an sich selbst (oder die finanzierende Bank) verlangt.⁶¹ Häufig geht es darum, dass wegen angeblicher Mängel der Kaufpreis gemindert oder noch nicht fällig oder der gesamte Kaufvertrag hinfällig (Anfechtung, Rücktritt) sei. Es kommt aber auch vor, dass der *Verkäufer* der Auszahlung widerspricht, nämlich wenn der Notar angewiesen ist, die Eigentumsbeschreibung zu veranlassen, sobald das hinterlegte Geld an den Verkäufer ausbezahlt ist, und der Verkäufer sich nicht (mehr) dazu verpflichtet fühlt, das Eigentum am Kaufgrundbesitz auf den Käufer zu übertragen.⁶²

1. Grundsatz der Unbeachtlichkeit einseitiger Weisungen im mehrseitigen Verwahrungsv erfahren (§ 60 Abs. 2 BeurkG)

Die notarielle Verwahrungstätigkeit bei Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto richtet sich jedenfalls vom Vorliegen der vertraglichen Einzahlungsvoraussetzungen bis zum Vorliegen der vereinbarten Auszahlungsvoraussetzungen nach einer *mehrseitigen* Anweisung.⁶³ Die lange Zeit kontrovers diskutierte Frage, ob, unter welchen Umständen und auf welche Weise der Notar hierbei den *einseitigen* Widerruf der Verwahrungsanweisung zu beachten habe, hat der Gesetzgeber 1998 durch Einführung von § 54 c BeurkG aF,⁶⁴ der kürzlich (ohne inhaltliche Änderungen) durch § 60 BeurkG ersetzt wurde,⁶⁵ eindeutig entschieden: Der Widerruf⁶⁶ einer von *mehreren* Anweisenden

54 MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 797 Rn. 23.

55 MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 797 Rn. 24-27; Saenger/Kindl, ZPO, 7. Aufl. 2017, § 797 Rn. 6.

56 MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 797 Rn. 23.

57 OLG Köln 11.9.2006 – 2 Wx 13/06, DNotZ 2007, 218 (219 f.); OLG München 9.5.2008 – 31 Wx 31/08, FGPrax 2008, 174 (175); BeckOGK BeurkG/Regler, Stand 15.6.2016, § 54 BeurkG Rn. 11; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 Rn. 25; Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 15 Rn. 79; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 Rn. 49; vgl. auch MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 797 Rn. 23 und Lerch, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 54 Rn. 1, die den Vorbescheid aber offenbar generell (nicht nur im Klauselerteilungsverfahren) ablehnen.

58 BeckOGK BeurkG/Regler, Stand 15.6.2016, § 54 Rn. 11; BeckOK ZPO/Hoffmann, 27. Ed., Stand 1.12.2017, § 797 Rn. 6; Saenger/Kindl, ZPO, 7. Aufl. 2017, § 797 Rn. 6; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 797 Rn. 9.

59 Der Käufer kann nicht selbst über das hinterlegte Geld verfügen, weil er in keiner vertraglichen Beziehung zur kontoführenden Bank steht; Inhaber des (Ander-)Kontos ist ausschließlich der Notar; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 b Rn. 4; Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 24 Rn. 53.

60 Schnippel/Bracker/Reithmann § 24 BNotO Rn. 24 ff.; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 23 Rn. 26 ff.; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, vor §§ 54 a Rn. 9, § 54 a Rn. 38-40; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 a Rn. 23 ff.; Lerch, BeurkG, 5. Aufl. 2016, vor §§ 54 a ff. Rn. 7 ff.; § 54 a BeurkG Rn. 7 ff.; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, vor 54 a Rn. 6 f.; § 54 a BeurkG Rn. 50-54; Weber DNotZ 2016, 85 (90-92).

61 Vgl. Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 20.

62 So lagen die Dinge im Fall von OLG München 14.3.2008 – 31 Wx 10/08, FGPrax 2008, 130 ff.

63 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 11; Weingärtner, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, 2. Aufl. 2004, Rn. 195; vgl. Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 4, 15-17; vgl. BGH 28.10.2010 – V ZB 70/10, BeckRS 2010, 29183, Rn. 20, 28.

64 Art. 2 Nr. 6 des Dritten Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze v. 31.8.1998 (BGBl. I 1998, S. 2585), in Kraft getreten am 1.1.2000.

65 Art. 2 Nr. 20 des Gesetzes zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs bei der Bundesnotarkammer sowie zur Änderung weiterer Gesetze v. 1.6.2017 (BGBl. I 2017, S. 1396), in Kraft getreten am 9.6.2017.

66 Entsprechendes gilt für die *Änderung* einer gemeinsamen Anweisung, die notwendig mit einem *Widerruf* der gemeinsamen Anweisung einhergeht; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 3; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 2. Deshalb ist bspw. auch die einseitige Weisung des Verkäufers, die Auszahlung nicht, wie vereinbart, erst nach Eintragung der Auflassung, sondern schon der Vormerkung zu veranlassen, ohne Weiteres unbeachtlich; hierzu Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 18.

erteilten Verwahranweisung ist gem. § 60 Abs. 2 BeurkG „nur zu beachten, wenn er durch *alle* Anweisenden erfolgt“.⁶⁷

Dies ist bemerkenswert vor dem Hintergrund, dass die notarielle Verwahrungstätigkeit als öffentlich-rechtliches (Treuhand-)Verfahren⁶⁸ zu qualifizieren ist und in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit grundsätzlich gilt, dass jeder Antragsteller sich durch Antragsrücknahme aus dem Verfahren zurückziehen kann und ein Verzicht hierauf verfahrensrechtlich unzulässig ist.⁶⁹ Deshalb sollte auch nach einer Meinung, die sich auf ältere BGH-Entscheidungen stützen konnte,⁷⁰ der Verzicht auf die Rücknahme des Betreuungsauftrags und den Widerruf der Anweisungen zu seiner Ausgestaltung auch beim notariellen Verwahrungsverfahren nicht als zulässige Verfahrenshandlung anzuerkennen sein, selbst wenn der Auftrag und die Weisung zu seiner Ausgestaltung von den Beteiligten ausdrücklich gemeinsam oder unwiderruflich erteilt wurden.⁷¹

Dieser Meinung hat der Gesetzgeber sich aber offensichtlich nicht angeschlossen.⁷² Die sachliche Begründung liegt darin, dass es aufgrund der großen Unterschiede der einzelnen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit kaum ein Prinzip gibt, das für alle Verfahren gleichmäßig Geltung beanspruchen kann, und dass in Rechtsfürsorgeverfahren, in denen die Dispositionsbefugnis der Beteiligten besonders weitreichend ist, auch sonst kein öffentliches Interesse erkennbar ist, warum die Beteiligten sich nicht auch durch Erteilung einer gemeinsamen Anweisung selbst verfahrensrechtliche Bindungen auferlegen können.⁷³ Ein Interesse, sich solche Bindungen aufzuerlegen, besteht naturgemäß, wenn Vertragspartner gemeinsam zur Erfüllung eines Anspruchs ein notarielles Treuhandverfahren initiieren, weil sie hiermit nicht nur die Verhinderung der Nichtleistung des Schuldners durch Sicherung des Leistungsgegenstandes (Hinterlegung des Kaufpreises auf Notaranderkonto), sondern auch und vor

allem die effektive Übertragung desselben an den Gläubiger (Auszahlung an Verkäufer) bei Vorliegen bestimmter einvernehmlich festgelegter Voraussetzungen (auch bei späterem Verlust des Einvernehmens) bezwecken.⁷⁴ Ihre Treuhandabrede, die der Beauftragung des Notars zur Durchführung des Verwahrungsverfahrens zugrunde liegt, enthält daher typischerweise (zumindest konkludent) eine Vereinbarung über den Ausschluss des Rechts zum einseitigen (freien) Widerruf des dem Notar erteilten Auftrags (und der zu seiner Durchführung erteilten Anweisungen).

Die theoretischen Grundlagen dafür, dass diese Vereinbarung auch verfahrensrechtlich beachtlich ist, wurden in der notarrechtlichen Literatur gelegt. In einer grundlegenden Abhandlung hat *Zimmermann*⁷⁵ den Gedanken entwickelt, dass es sich bei der Treuhandvereinbarung um einen „Doppeltatbestand“ (mit „Wechselwirkungen“) handele, der auch verfahrensrechtliche Wirkungen habe.⁷⁶ Die Treuhandvereinbarung kommt auch als Grundlage für eine Art Gemeinschaftsverhältnis der Vertragsparteien in Betracht, so dass beide als einheitlicher Antragsteller und Weisungsgeber anzusehen sind, woraus sich zwanglos ergibt, dass einer allein weder die Weisung ändern/widerrufen noch den Antrag zurücknehmen kann.⁷⁷ Hieraus folgt eine weitreichende Unterwerfung der Beteiligten unter den verabredeten/weisungsgemäßen Verfahrensablauf.⁷⁸ *Brambring*⁷⁹ hat noch weitergehend gemeint, die zivilrechtliche Treuhandvereinbarung und der öffentlich-rechtliche Treuhandauftrag könnten trotz ihrer unterschiedlichen Rechtsnatur gar nicht getrennt voneinander betrachtet werden, weil die Betreuungstätigkeit des Notars immer genau dem Inhalt der Treuhandabrede entspreche; das Treuhandgeschäft zwischen den Vertragsbeteiligten hat er deshalb als unmittelbare Inhaltsbestimmung der Treuhandaufgabe verstehen wollen („Hinterlegungsvereinbarung unter Übernahme entsprechender Betreuungstätigkeit durch den Notar“).⁸⁰ In ähnlicher Weise hat *Kawohl* angenommen, dass die Hinterlegungsvereinbarung ein *einheitlicher* materiell- und verfahrensrechtlicher Vertrag sei.⁸¹

67 Hervorhebung d. Verf.

68 Dass die treuhänderische Vollzugsbetreuung der Beteiligten durch den Notar Gegenstand eines besonderen Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist („Treuhandverfahren“), ist für die notarielle Verwahrung überzeugend vor allem von *Bräu*, Die Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rn. 95 ff. und *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 65 ff. herausgearbeitet und von Schnippel/Bracker/*Reithmann*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 15 Rn. 67 f., § 24 BNotO Rn. 21-98, insb. Rn. 39 auf andere notarielle Treuhandtätigkeiten übertragen worden. Auch in der Gesetzesbegründung zur Einführung der §§ 54 a ff. BeurkG aF (§§ 57 ff. nF) war ausdrücklich vom notariellen Verwahrungsverfahren die Rede, Reg.-Begr. v. 21.3.1996, BT-Drs. 13/4184, S. 19, 26, 37.

69 Mit ähnlicher Argumentation ist immerhin die grundbuchverfahrensrechtliche Zulässigkeit eines „Antragsverzichts“ der Beteiligten im Zusammenhang mit der Erteilung einer „verdrängenden“ Vollzugsvollmacht an den Notar nach hM abzulehnen. Dazu: *Ertl* DNotZ 1975, 644 ff.; *Piebler* in Gedächtnisschrift für Peter Arens, 1993, S. 323 ff.; BeckOK GBO/Reetz, 29. Ed. Stand 1.5.2017, § 13 Rn. 122; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 88, 93, 183; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A. I. (Grundstückskauf), Rn. 452.

70 Dazu bei und in Fn. 218.

71 *Volhard* DNotZ 1987, 523 (526-531); *Bräu*, Die Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rn. 104-114, insb. Rn. 106; ähnlich auch *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 164 f., 177-182.

72 Vgl. *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 28 (in Fn. 76); *Schnippel/Bracker/Reithmann*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 15 Rn. 72-74, § 24 Rn. 44-46.

73 Vgl. *Kawohl*, Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen, 1995, S. 71-75; *Block*, Die Umschreibung im notariellen Grundstückskaufvertrag – Grundlagen und Vollzugsstörungen, 2005, S. 107-109.

74 Vgl. *Zimmermann* DNotZ 1980, 451 (466). Die Gegenmeinung vertrat, dass dem Treuhandzweck des Verfahrens und dem Sicherungsinteresse aller Beteiligten die generelle Beachtlichkeit eines einseitigen Widerrufs nicht widerspreche, weil dieser nichts daran ändere, dass der Schuldner sich seiner Möglichkeit zur Nichtleistung begeben habe. *Bräu*, Die Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rn. 112: Dem Notar verbleibe immerhin ausreichende Rechtsmacht, das hinterlegte Geld im Interesse des Verkäufers (bis zur Erteilung einer erneuten einvernehmlichen Weisung oder gerichtlichen Klärung der Angelegenheit) weiter zu verwahren, auch wenn er es nach dem einseitigen Widerruf durch den Käufer nicht mehr nach Maßgabe der zuvor gemeinsam erteilten Auszahlungsanweisung an den Verkäufer auskehren dürfe; ähnl. *Volhard* DNotZ 1987, 523 (531).

75 DNotZ 1980, 451 ff.

76 Dazu auch: *Volhard* DNotZ 1987, 523 (527 ff.); *Haug* DNotZ 1980, 592 (594 f.); *Kawohl*, Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen, 1995, S. 87-89, 100; *Brambring* DNotZ 1990, 615 (623 ff.); *Bräu*, Die Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rn. 100 f., 105; *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 149 f.; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, vor §§ 54 a ff. Rn. 12.

77 Vgl. *Zimmermann* DNotZ 1980, 451 (454).

78 Vgl. *Zimmermann* DNotZ 1980, 451 (465 ff.).

79 *Brambring* DNotZ 1990, 615 (625 f.).

80 Dazu auch *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 151 f.

81 *Kawohl*, Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen, 1995, S. 53 ff., 82 ff.

2. Einseitiger Widerruf ausnahmsweise gem.

§ 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG beachtlich

Gleichwohl soll (muss!) ⁸² der Notar einen einseitigen Widerruf gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG ausnahmsweise dann beachten, „wenn er darauf gegründet [wird], daß das mit der Verwahrung durchzuführende Rechtsverhältnis aufgehoben, unwirksam oder rückabzuwickeln sei“.

a) Theoretische Begründung

Die Grundidee ist, dass nur solche Widerrufsgründe beachtlich sind, bei denen der Bestand des Rechtsgeschäfts in Frage gestellt wird. ⁸³ Dass Einwendungen aus dem zugrunde liegenden materiell-rechtlichen Geschäft überhaupt Gegenstand des zum Vollzug dieses Grundgeschäftes durchgeführten Treuhandverfahrens sein können, versteht sich durchaus nicht von selbst, ⁸⁴ ist aber konsequent, wenn man auch die Bindung an die Verfahrensanweisung mit der engen Verflechtung von schuldrechtlichen (Vollzugsabrede) und notarverfahrensrechtlichen (Vollzugsanweisung) Elementen begründet ⁸⁵. In der Logik von *Zimmermanns* Theorie ⁸⁶ steht und fällt die schuldrechtliche Treuhandabrede idR mit dem Kaufvertrag, dessen Abwicklung sie regelt: Ist der gesamte Kaufvertrag unwirksam, teilt die Treuhandabrede dieses Schicksal; wird der Kaufvertrag durch einen Rücktritt in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt, wird die Treuhandabrede immerhin zwecklos, sie verliert quasi ihre Geschäftsgrundlage. ⁸⁷ Mit der Treuhandabrede wiederum steht und fällt der Treuhandauftrag, jedoch nur mittelbar. Denn „[d]as gemeinsame Hinterlegungsansuchen teilt als verfahrensrechtliche Vereinbarung grundsätzlich nicht das Rechtsschicksal des zu vollziehenden Vertrages“, ⁸⁸ das Verwahrungsverfahren ist aber wegen des Wegfalls seiner *causa* „undurchführbar“ oder „hin-fällig“ und darf deshalb vom Notar nicht mehr abgewickelt werden. ⁸⁹ Der einseitige Widerruf ist daher eigentlich keine einseitige Rücknahme des gemeinsamen Verwahrauftrags, sondern die Bitte eines Beteiligten an den Notar, den gemeinsam erteilten Auftrag (aufgrund – angeblich – geänderter Umstände) auf seine weitere Vollziehbarkeit hin zu überprüfen. ⁹⁰ Nimmt man an, dass Hinterlegungsvereinbarung und Treuhandauftrag (ungeachtet ihrer unterschiedlichen Rechtsnatur) „notwendig ein Ganzes“ ⁹¹ bilden, führt die Unwirksamkeit des Kaufvertrages und der Hinterlegungsvereinbarung sogar unmittelbar zum Wegfall des Treuhandauftrags an den Notar. ⁹² Hinzukommen muss aber stets der Dissens betreffend die Fortführung des

Verfahrens, der in einem einseitigen Widerruf zum Ausdruck kommt. Denn es steht den Beteiligten auch frei, das Verfahren trotz der Unwirksamkeit des zugrunde liegenden Vertrages *einvernehmlich* weiter zu betreiben, sofern die Amtspflichten des Notars nicht entgegenstehen. ⁹³

Rechtshemmende schuldrechtliche Einreden sind nach den vorstehenden Erwägungen hingegen unbeachtlich, da sie den Bestand des Kaufvertrages einschließlich der Treuhand-/Hinterlegungsvereinbarung unberührt lassen. ⁹⁴ Und auch sonst haben sie grundsätzlich ⁹⁵ keinen Einfluss auf die planmäßige Abwicklung des Verwahrungsverfahrens. ⁹⁶ *Zimmermann* hat dies damit begründet, dass Zurückbehaltungsrechte schon tatbestandlich ausgeschlossen seien, weil sie als „Abwehrrechte“ voraussetzten, dass der Schuldner noch zur Leistungsverweigerung in der Lage sei; der Käufer habe nach Einzahlung des Kaufpreises auf das Notaranderkonto aber „nichts mehr ...“, dessen Hingabe er sich erwehren könne. ⁹⁷ Da dies voraussetzt, was zu begründen ist, ⁹⁸ ist jedoch eher darauf abzustellen, dass die vertraglich bestimmten Auszahlungsvoraussetzungen Ausdruck einer privatautonom geregelten Risikoverteilung sind: ⁹⁹ Die in der gemeinsamen Anweisung an den Notar bestimmten Auszahlungsbedingungen sollen dem Käufer seine materiell-rechtlichen Leistungsverweigerungsrechte gerade verfahrensrechtlich sichern, dies jedoch abschließend, sofern auf die Geltendmachung von materiellen Einreden, die keinen Ausdruck in den formellen Auszahlungsvoraussetzungen gefunden haben, im Rahmen der Verwahrungsabrede (stillschweigend) verzichtet wird. ¹⁰⁰ Dementsprechend sind Einwendungen, die den Bestand des durch die Verwahrung zu vollziehenden Rechtsverhältnisses zwischen den Vertragsparteien und der Verwahranweisung an den Notar unberührt lassen, ¹⁰¹ insbesondere rechtshemmende schuldrechtliche Einreden, ¹⁰²

82 Vgl. *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 40, *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 23; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 38.

83 *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 31; *Franken* RNotZ 2010, 597 (605); *Weingärtner*, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, 2. Aufl. 2004, Rn. 195 f.; vgl. *Zimmermann* DNotZ 1980, 451 (467 f.); *Brambring* DNotZ 1990, 615 (636-641).

84 *Schnippel/Bracker/Reithmann*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 24 Rn. 43, 45; *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 154 f.

85 *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 149-153.

86 Dazu: B. III. 1 bei und nach Fn. 75.

87 Vgl. *Kawohl*, Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen, 1995, S. 93.

88 *Zimmermann* DNotZ 1980, 451 (467).

89 *Zimmermann* DNotZ 1980, 451 (467).

90 *Zimmermann* DNotZ 1980, 451 (466); vgl. *Brambring* DNotZ 1990, 615 (640).

91 *Brambring* DNotZ 1990, 615 (625).

92 Vgl. *Brambring* DNotZ 1990, 615 (637-640); ähnl. *Kawohl*, Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen, 1995, S. 87 ff.

93 Ebenso ist es denkbar, dass die Parteien ausnahmsweise sogar von Anfang an darüber einig waren, dass der Notar den Vollzug auch bei Unwirksamkeit des Vertrags betreiben soll. Dann rechtfertigt die Unwirksamkeit einen einseitigen Widerspruch gegen den Vollzug nicht, sofern nicht – wie insb. beim Schwarzkauf – die notariellen Amtspflichten aus anderen Gründen dem Vollzug entgegenstehen. Näher hierzu unten: C. I.4.b) bb).

94 *Kawohl*, Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen, 1995, S. 98, 100.

95 Ausnahme: § 14 Abs. 2 BNotO, vgl. *Kawohl*, Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen, 1995, S. 99; ausführlich dazu unten: B. III.4.

96 *Zimmermann* DNotZ 1980, 451 (470); *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 157 f.; *Kawohl*, Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen, 1995, S. 98, 100-102; *Brambring* DNotZ 1980, 615 (638 f.); aA *Bräu*, Die Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rn. 117.

97 *Zimmermann* DNotZ 1980, 451 (470); zust. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 157.

98 Weil Einreden verfahrensrechtlich unbeachtlich sind, hat der Schuldner es nicht mehr in der Hand, die Leistung an den Gläubiger aufzuhalten; weil er die Leistung verfahrensrechtlich nicht mehr verhindern kann, sind Einreden materiell-rechtlich ausgeschlossen.

99 *Kawohl*, Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen, 1995, S. 103.

100 Ausf. *Kawohl*, Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen, 1995, S. 101-103; vgl. auch *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 158, die auch mit dem Sicherungszweck der notariellen Hinterlegung argumentiert.

101 Vgl. *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 33-36, § 54 d BeurkG Rn. 3; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 20; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 31.

102 *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 33, § 54 d Rn. 3; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 d Rn. 8; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 31; *Franken* RNotZ 2010, 597 (605).

von vorneherein nach § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG unbeachtlich.

Entsprechend der vorstehenden Begründung ist auch eine (angebliche) Aufrechnung gegen die Kaufpreisforderung gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG unbeachtlich, obwohl diese ggf. ein Erlöschen der Kaufpreisforderung bewirken würde.¹⁰³ Denn aufgrund der abschließenden Regelungen der Modalitäten der Erfüllung des Kaufpreisanspruchs im Rahmen der Hinterlegungsabrede sind die Aufrechnung und andere (einseitige) Erfüllungssurrogate typischerweise (stillschweigend) ausgeschlossen.¹⁰⁴ Schließlich ist auch eine angebliche Kaufpreisminderung gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG unbeachtlich,¹⁰⁵ obgleich sie ggf. immerhin zu einem teilweisen Erlöschen der Kaufpreisforderung führt; dies betrifft jedoch nicht die materiell-rechtliche Minderung als solche, sondern nur die Befugnis, ihr im Wege eines Zurückbehaltungsrechts im Verwaltungsverfahren Geltung zu verschaffen¹⁰⁶. Der Käufer übernimmt also das Risiko der Durchsetzung eines nachträglichen Erstattungsanspruchs gem. §§ 441 Abs. 5, 346 BGB.¹⁰⁷ Kein Fall von § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG dürfte schließlich auch die Formnichtigkeit des beurkundeten Vertrages sein, wenn die Vertragsparteien (wie insb. beim Schwarzkauf) wesentliche Nebenabreden absichtlich nicht haben mitbeurkunden lassen und die Formnichtigkeit des Geschäfts einvernehmlich in Kauf genommen haben; denn dann soll die Vollzugsabrede nach ihrem Willen ausnahmsweise nicht mit dem „Hauptvertrag“ stehen und fallen, sondern der Vertrag auch bei Unwirksamkeit verabredungsgemäß vollzogen werden.¹⁰⁸

b) Gesetzliche Anforderungen

§ 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG verlangt nicht, dass das mit der Verwahrung durchzuführende Rechtsverhältnis *tatsächlich* aufgehoben, unwirksam oder rückabzuwickeln ist, sondern dass der einseitige Widerruf, der schriftlich zu erfolgen hat,¹⁰⁹ auf die entsprechende Behauptung „*gegründet*“ wird. Anders als der Gesetzeswortlaut vermuten lässt, genügen die bloße Tatsachenbehauptung, dass das Rechtsgeschäft aufgehoben, oder die Rechtsbehauptung, dass es

unwirksam oder rückabzuwickeln sei, insoweit aber nicht.¹¹⁰ Erforderlich ist vielmehr konkreter Sachvortrag, den der Notar rechtlich würdigen muss.¹¹¹ Insoweit bestehen jedoch erhebliche Erleichterungen im Vergleich zu der Prüfung einseitiger Weisungen zum grundbuchlichen Vollzug eines Kaufvertrages¹¹². Für eine (vorläufige) Aussetzung des Verwaltungsverfahrens ist es nämlich ausreichend, dass das Vorliegen des angeblichen Widerrufsgrundes nach dem einseitigen als wahr zu unterstellenden konkreten Sachvortrag des Widerrufenden möglich erscheint.

Deshalb ist der Widerrufsgrund der angeblichen *Aufhebung* des Rechtsverhältnisses nach hM bereits dann (zumindest vorläufig) beachtlich, wenn der Widerrufende konkret darlegt, einen privaten Aufhebungsvertrag mit dem anderen Vertragsteil geschlossen zu haben,¹¹³ obwohl eine Vereinbarung über die Aufhebung eines Kaufvertrages zu ihrer Wirksamkeit regelmäßig der notariellen Beurkundung bedarf, wenn die Auflassung (wie üblich) bei der Beurkundung des Kaufvertrages mitbeurkundet wurde und der Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers bereits im Grundbuch vorgemerkt worden ist.¹¹⁴ Denn vor dem Hintergrund, dass die Rechtslage insoweit nicht unumstritten ist, kann der Notar nicht sicher beurteilen, ob die Aufhebung des Kaufvertrages im Einzelfall tatsächlich zwingend notariell zu beurkunden ist,¹¹⁵ und selbst bei sicherer Formnichtigkeit der Aufhebungsvereinbarung wäre es denkbar, dass der Verkäufer sich auf den Formmangel nach Treu und Glauben nicht berufen kann.¹¹⁶ Deshalb muss der Notar dem Widerrufenden durch eine (vorläufige) Aussetzung die Chance geben, ein gerichtliches Verfahren zur Klärung dieser Fragen einzuleiten, bevor durch die Auszahlung vollendete Tatsachen geschaffen werden.¹¹⁷

Zur Begründung der angeblichen Unwirksamkeit oder Rückabwicklung des mittels Verwahrung abzuwickelnden Rechtsverhältnisses ist regelmäßig recht detailliert vorzutragen. Denn ein Rechtsgeschäft kann aus den unterschiedlichsten Gründen *unwirksam* sein: kraft Gesetzes, bspw. bei fehlender Geschäftsfähigkeit, Sittenwidrigkeit, Scheingeschäft, Verstoß gegen ein Verbotsgesetz oder zwingende Formvorschriften, Befreiung von der Leistungs-/Gegenleistungspflicht wegen Unmöglichkeit, wegen Ausübung von Gestaltungsrechten, insb. bei wirksamer Anfechtung (angebliche Anfechtbarkeit reicht nicht),¹¹⁸ wegen des Eintritts bzw. Nichteintritts einer vertraglich

103 Zur Unbeachtlichkeit der (angeblichen) Aufrechnung: *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 b Rn. 5, § 54 c Rn. 33; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 20; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 31; *Franken* RNotZ 2010, 597 (605); *Weingärtner*, Das notarielle Verwaltungsverfahrensrecht, 2. Aufl. 2004, Rn. 196 f.; *Brambring* DNotZ 1990, 615 (637, 639).

104 *Bräu*, Die Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rn. 116; *Kawohl*, Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen, 1995, S. 94; *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 158 f.; *Zimmermann* DNotZ 1980, 451 (470); *Brambring* DNotZ 1990, 615 (639); OLG Frankfurt 28.2.1969 – 16 U 110/68, DNotZ 1969, 513 (515).

105 Vgl. *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 36, § 54 d Rn. 3, 10; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 20, § 54 d BeurkG Rn. 8; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 31, § 54 d BeurkG Rn. 12; *Franken* RNotZ 2010, 597 (605); *Weingärtner*, Das notarielle Verwaltungsverfahrensrecht, 2. Aufl. 2004, Rn. 196.

106 *Zimmermann* DNotZ 1980, 451 (470); *Bräu*, Die Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rn. 114; *Kawohl*, Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen, 1995, S. 94, 99 ff.; aA *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 160.

107 Vgl. *Kawohl*, Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen, 1995, S. 102 f.

108 Beim „Schwarzkauf“ hat der Notar seine Mitwirkung beim Vollzug aber von Amts wegen zu versagen, ggf. auch auf Anregung einer Vertragspartei; dazu noch: B. III.4.a) und C. I.4.b) aa). B. III.4.a).

109 *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 19, 45; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 2; vgl. *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 2.

110 *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 23 Rn. 155; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 53 c Rn. 21; *Lerch*, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 8.

111 *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 26; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 33.

112 Dazu: C. I.1.b).

113 *Franken* RNotZ 2010, 597 (605); *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 30; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 36; aA wohl *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 20 a.E.: Der Sachvortrag zur Begründung des einseitigen Widerrufs mit der „Aufhebung des Rechtsverhältnisses“ müsse sich auf das Vorliegen eines *notariellen* Aufhebungsvertrages zwischen Verkäufer und Käufer beziehen.

114 Hierzu mwN *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 29 f.; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 22–25; *Franken* RNotZ 2010, 597 (605); vgl. *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 20.

115 Vgl. *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 29 (bei Fn. 9).

116 *Franken* RNotZ 2010, 597 (605).

117 *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 22, 36; vgl. *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 22.

118 *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 20 (mit Fn. 53), 21; *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 26, 32; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 31.

vereinbarten auflösenden bzw. aufschiebenden Bedingung¹¹⁹ oder auch bei Verweigerung der Genehmigung oder fruchtlosem Ablauf der Frist zur Genehmigung¹²⁰ vollmachtlosen Vertreterhandelns. Auch eine *Rückabwicklung* kommt aus unterschiedlichen Gründen in Betracht, insb. nach wirksamer Ausübung (angebliches Vorliegen eines Rücktrittsgrundes reicht nicht aus)¹²¹ eines vertraglichen oder gesetzlichen Rücktrittsrechts,¹²² nach zutreffender Ansicht aber auch in anderen Fällen, für die das Gesetz auf § 346 BGB verweist,¹²³ sofern dies mit dem Erlöschen des *gesamten* durch die Verwahrung abzuwickelnden Anspruchs einhergeht (bspw. bei Schadenersatz statt der ganzen Leistung gem. § 281 Abs. 5 BGB; nicht erfasst ist hingegen die Minderung, obwohl § 441 Abs. 4 BGB zur Regelung der Erstattung des zu viel gezahlten Kaufpreises auf § 346 Abs. 1 BGB verweist¹²⁴). Entsprechend vielgestaltig und komplex sind die maßgeblichen Sachverhalte.¹²⁵ Auch insoweit genügt es nach hM für eine (zumindest vorläufige) Verfahrensaussetzung nach § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG aber, wenn allein aufgrund des Sachvortrags des Widerrufenden möglich erscheint, dass das durchzuführende Rechtsverhältnis unwirksam oder rückabzuwickeln ist,¹²⁶ selbst wenn der vorgetragene Sachverhalt geringfügige Lücken aufweist.¹²⁷ In der notarrechtlichen Literatur verlangt jedenfalls niemand mehr als eine Schlüssigkeitsprüfung des einseitigen Vortrags.¹²⁸ Insoweit muss der Notar weder die „Glaubhaftigkeit“ des Vortrags infrage stellen,¹²⁹ noch etwaiges Gegenvorbringen des Vertragspartners berücksichtigen. Auch wenn die Rechtslage in einem entscheidenden Punkt umstritten ist, steht dies der Beachtlichkeit des Widerrufs nicht entgegen.¹³⁰

c) Aussetzung des Verwaltungsverfahrens, Unterrichtung aller Beteiligten

Genügt der Sachvortrag des Widerrufenden den vorstehenden Anforderungen, hat der Notar sich bis auf weiteres

(dazu sogleich) *jeder* Verfügung über das Verwahrungsgut zu enthalten (§ 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG). Er darf das hinterlegte Geld also weder an den Einzahlenden noch an einen anderen Verfahrensbeteiligten auszahlen.¹³¹ Hiervon hat er alle am Verwahrungsgeschäft¹³² Beteiligten zu unterrichten (§ 60 Abs. 3 S. 2 BeurkG), wozu sich die Übersendung einer Kopie der Widerrufsbeurkundung, die ja schriftlich erfolgen muss, empfiehlt.¹³³

3. „Beseitigung“ eines gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG beachtlichen Widerrufs durch notarielle Fristsetzung

Ein gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG beachtlicher einseitiger Widerruf wird aber gem. § 60 Abs. 3 S. 3 BeurkG unbeachtlich, wenn

1. eine spätere übereinstimmende Anweisung vorliegt oder
2. der Widerrufende nicht innerhalb einer von dem Notar festzusetzenden angemessenen Frist dem Notar nachweist, dass ein gerichtliches Verfahren zur Herbeiführung einer übereinstimmenden Anweisung rechtshängig ist, oder
3. dem Notar nachgewiesen wird, dass die Rechtshängigkeit der nach Nummer 2 eingeleiteten Verfahren entfallen ist.

Im Fall von Nr. 1 wird das Verfahren gemäß der *späteren*, sonst (Nrn. 2 und 3) gemäß der *früheren*¹³⁴ übereinstimmenden Anweisung fortgeführt, sobald der Widerruf unbeachtlich geworden ist.

a) Zwecke der gesetzlichen Regelung

Bemerkenswert ist, dass der Notar gem. § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BeurkG die Befugnis hat, im Falle eines beachtlichen Weisungskonflikts selbst die Initiative zur Beseitigung des „Verfahrenshindernisses“ zu ergreifen.¹³⁵ Der Gesetzgeber hat hiermit vor allem den Schutz *des weiteren Verfahrensbeteiligten* vor einem Missbrauch des Widerrufsrechts bezweckt.¹³⁶ Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Schwelle für die (vorläufige) Beachtlichkeit des einseitigen Widerrufs bei der Verwahrung recht niedrig (dazu oben: B.III.2.b)) liegt und „demjenigen, der widerruft ... die verlangte gerichtliche Geltendmachung im Interesse aller Beteiligten an einer beschleunigten Klärung abverlangt werden [kann]“.¹³⁷

Ferner hat der Gesetzgeber *den Notar* ausdrücklich der Pflicht, „im Rahmen des Verwaltungsverfahrens eine Entscheidung unter der – ihm zumeist kaum möglichen¹³⁸ – Berücksichtigung der materiellen Rechtslage zwischen den

119 Winkler, § 54 c BeurkG Rn. 31; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 20; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 36; Franken RNotZ 2010, 597 (605).

120 Vgl. Pfälz. OLG Saarbrücken 21.12.2001 – 3 W 301/01, MittBayNot 2002, 126.

121 S. Nachw. in Fn. 118.

122 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 32; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 20; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 36; Franken RNotZ 2010, 597 (605).

123 Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 36 a.E.

124 S. hierzu bei und nach Fn. 105.

125 Vgl. Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 23.

126 OLG München 14.3.2008 – 31 Wx 10/08, FGPrax 2008, 130 (131); Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 27.

127 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 28; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 33; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 21. Es darf sich nur nicht bereits aus dem eigenen Sachvortrag des Widerrufenden eindeutig ergeben, dass kein Widerrufsgrund besteht; Hertel aaO; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 23 Rn. 155.

128 Sandkühler DNotZ 2009, 164 (169); Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 23 Rn. 155; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 21; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 26; Lerch, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 8; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 16; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 33 f.; Weingärtner, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, 2. Aufl. 2004, Rn. 201.

129 Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 33; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 16.

130 Vgl. OLG Hamm 16.2.2006 – 15 W 268/05, DNotZ 2006, 682 (683), BeckRS 2006, 06070.

131 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 Rn. 39; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 23.

132 Eigentlich: Verwaltungsverfahren, s. bei und in Fn. 68.

133 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 Rn. 41; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 24; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 40.

134 Winkler, § 54 c BeurkG Rn. 51; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 26; Weingärtner, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, 2. Aufl. 2004, Rn. 207.

135 Vgl. Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 25; Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1994.

136 Reg.-Begr. zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetzes v. 21.3.1996, BT-Drs. 13/4184, S. 38.

137 BT-Drs. 13/4184, S. 38.

138 Hierzu noch bei Fn. 144 und 151.

Beteiligten zu treffen“, entheben und die Überprüfung der materiellen Rechtslage stattdessen den dafür in der ZPO vorgesehenen gerichtlichen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes oder des ordentlichen Klageverfahrens zuweisen wollen.¹³⁹ Gemeint sind damit das ordentliche Klageverfahren mit dem Ziel, dass der Vertragspartner des Widerrufenden sein Einverständnis zur Rückzahlung des hinterlegten Geldes an den Widerrufenden oder zu einem anderen als dem vereinbarten Auszahlungsmodus gibt, und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Ziel, dass das hinterlegte Geld jedenfalls bis zur Entscheidung in der Hauptsache auf dem Anderkonto verbleibt bzw. nicht vom Verkäufer angenommen werden darf (Erwerbsverbot);¹⁴⁰ auch die Erhebung einer Klage zur Feststellung des Erlöschens des Auszahlungsanspruchs muss aber ausreichen.¹⁴¹

Schließlich ist mE auch ein eigenes schutzwürdiges Interesse des Notars anzuerkennen, dem ins Stocken geratenen Verwaltungsverfahren „einen Anschub“ zu geben, damit das hinterlegte Geld nicht länger als nötig von ihm verwahrt werden muss, ohne sich der Gefahr einer Verletzung seiner Neutralitätspflicht auszusetzen.¹⁴²

b) Ermessensentscheidung

Obwohl mit der Regelung des § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BeurkG bezweckt ist, ihn von einer Sachprüfung zu entlasten, kann der Notar es sich in Widerrufsfällen aber nicht so „leicht machen“, bei halbwegs schlüssigem Sachvortrag zum Vorliegen eines beachtlichen Widerrufgrundes standardmäßig das Verwaltungsverfahren zunächst unter Fristsetzung zur Beibringung eines Rechtshängigkeitsnachweises durch den Widerrufenden auszusetzen und nach fruchtlosem Fristablauf gleichsam automatisch fortzusetzen (also gemäß der angefochtenen früheren Auszahlungsanweisung beider Parteien auszuzahlen). Denn die Entscheidung, ob und wann er eine Frist setzt und wie lange diese bemessen ist, steht entgegen dem etwas missverständlichen Gesetzeswortlaut („von dem Notar *festzusetzen* ... Frist“) in seinem pflichtgemäßen Ermessen.¹⁴³ Deshalb muss er eine einzelfallbezogene Entscheidung über die weitere Verfahrensweise treffen und hierzu durchaus auch eine Einschätzung der materiellen Rechtslage vornehmen, soweit ihm dies möglich ist.

aa) Regel

Aufgrund der Gesetzssystematik und der Zwecke der Fristsetzung ist es im Regelfall, dh wenn der Notar nicht

davon überzeugt ist, dass das mit der Verwahrung durchzuführende Rechtsverhältnis wie vom Widerrufenden behauptet aufgehoben, unwirksam oder rückabzuwickeln ist,¹⁴⁴ jedoch geboten, von der Möglichkeit der Fristsetzung Gebrauch zu machen. Andernfalls würde nämlich dem Vertragspartner des Widerrufenden angelastet, dass Verfahren wieder in Gang zu bringen, indem er den Widerrufenden auf Zustimmung zur Auszahlung verklagt.¹⁴⁵ Genau das Gegenteil bezweckt aber die gesetzliche Regelung: Die prozessuale „Initiativlast“ soll der Widerrufende tragen.¹⁴⁶

Wenn eine zeitnahe einvernehmliche Neuregelung der bestrittenen Anweisung durch alle Beteiligten zu erwarten ist, könnte es aber mitunter mehr schaden als nutzen, den Widerrufenden sofort durch Fristsetzung „unter Druck zu setzen“, ein Streitiges Verfahren einzuleiten; dann darf und sollte der Notar mit der Fristsetzung warten.¹⁴⁷ Auch seine Funktion als Organ der vorsorgenden Rechtspflege gebietet es, vorrangig eine Verständigung der Beteiligten anzuregen.¹⁴⁸ Anders als in der „friedlichen“ Situation, in der es darum geht, die reibungslose Erfüllung des Vertrages unter angemessener Berücksichtigung der beiderseitigen Sicherungsinteressen vorzubereiten, ist im Konfliktfall aufgrund der notariellen Neutralitätspflicht aber Zurückhaltung dabei geboten, den Parteien inhaltliche Vorschläge für die „sachgerechte“ Gestaltung einer neuen, einvernehmlichen Weisung zu unterbreiten.¹⁴⁹ Einigen die Parteien sich auf eine neue (schriftliche) Weisung, liegt ein Fall des § 60 Abs. 2 BeurkG vor.

Die Fristlänge steht ebenfalls im Ermessen des Notars; in der Regel ist nach Ansicht des Gesetzgebers eine Frist von zwei bis vier Wochen ausreichend.¹⁵⁰

bb) Ausnahme

Unter welchen Umständen von der Möglichkeit, das durch einen Widerruf geschaffene Verfahrenshindernis (§ 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG) gem. § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BeurkG zu beseitigen, ausnahmsweise *kein* Gebrauch zu machen (dh die Initiativlast nicht dem Widerrufenden, sondern seinem Vertragspartner aufzubürden) ist, ergibt sich ebenfalls aus dem Zweck der Fristsetzung, bei Unsicherheit¹⁵¹ über die materielle Rechtmäßigkeit des Widerrufs wenigstens dessen verfahrensrechtliche Ernsthaftigkeit „auf die Probe“ zu stellen. Hierdurch wird eine materiell-rechtliche Prüfung im Rahmen des Verwaltungsverfahrens insofern „ersetzt“, als der fristgemäße Nachweis der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens zur Herbeiführung einer übereinstimmenden Anweisung durch den Widerrufenden gewissermaßen eine Vermutung für die materielle Rechtmäßigkeit des Widerrufs begründet, während bei Nichteinleitung eines solchen Verfahrens trotz Aufforderung an-

139 BT-Drs. 13/4184, S. 38.

140 Vgl. *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 48 f.; *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 20; *Franken* RNotZ 2010, 597 (606 f.); *Weingärtner*, Das notarielle Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2004, Rn. 204; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 48; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 22; *Brambring* DNotZ 1990, 615 (641, 649); *DNotI-Report* 1997, 109 (111); *Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1993.

141 Vgl. *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 50 aE; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 26 aE; *Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1993.

142 Vgl. *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 41, 43, § 54 d BeurkG Rn. 19 (sonst „unbefriedigender Dauerzustand“, „Verfahrensbeschleunigung“).

143 *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 22, 25; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 43 f.

144 Vgl. hierzu bei Fn. 138.

145 *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 52; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 25.

146 *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 43. S. bereits bei Fn. 137.

147 *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 45; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 44.

148 *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 42; *Lerch*, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 17; vgl. *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 42.

149 Vgl. auch *Lerch*, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 17.

150 BT-Drs. 13/4184, S. 38.

151 Dazu oben bei Fn. 138.

genommen werden darf, dass der Widerruf materiell-rechtlich unbegründet und seine Aufrechterhaltung im Verwahrungsverfahren rechtsmissbräuchlich ist.¹⁵² Derartige Vermutungen sind aber nur dann ein legitimes Hilfsmittel, wenn der Notar es nicht „besser weiß“. Ist er hingegen aufgrund der ihm erkennbaren Umstände davon überzeugt, dass der verfahrensrechtlich beachtliche Widerruf auch in der Sache begründet ist, darf er dieser Überzeugung nicht allein deshalb zuwiderhandeln, weil der Widerrufende kein gerichtliches Verfahren eingeleitet hat; dies kann für ihn nicht Grund genug sein, gegen den ausdrücklichen Willen eines Beteiligten sehenden Auges eine (nach seiner Überzeugung) rechtsgrundlose Auszahlung zu veranlassen.

Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn der Notar auch ohne nähere Mitwirkung oder Erklärungen der am Verwahrungsverfahren beteiligten Personen positive Kenntnis von Tatsachen erlangt, die notwendigerweise zum Nichtbestehen des Kaufpreisanspruchs führen. Denn in einem solchen Evidenzfall, in dem er dem Verkäufer auch keine vollstreckbaren Ausfertigung zur zwangsweisen Durchsetzung seines Zahlungsanspruchs erteilen dürfte (dazu oben: B.II.2.b)), darf er den Kaufpreisanspruch auch nicht selbst „vollstrecken“, indem er gegen den Willen des Käufers das hinterlegte Geld an den Verkäufer auszahlt.

Nach hier vertretener Auffassung folgt ferner aus einem Vergleich zur Rechtsprechung beim Grundbuchvollzug (dazu unten: C.I.3.), dass es auch dann sachgerecht ist, ausnahmsweise dem Vertragspartner des Widerrufenden die prozessuale Initiativlast aufzubürden, wenn dieser dem „ausreichend substantiierten“ und „glaubhaft erscheinenden“ Vortrag des Widerrufenden, dass das mittels der Verwahrung abzuwickelnde Rechtsverhältnis aufgehoben, unwirksam oder rückabzuwickeln sei, „nicht oder nur mit fadenscheinigen Behauptungen“ begegnet.

4. Auszahlungsverbot gem. § 61 BeurkG

Ferner wird die Befugnis zur Fristsetzung auch dadurch begrenzt, dass gem. § 61 BeurkG in Konkretisierung der allgemeinen notariellen Amtspflichten für die Verwahrung¹⁵³ in bestimmten Fällen (dazu sogleich) ein *strikt*es Auszahlungsverbot gilt. Da von Amts wegen zu beachten, kommt es hierfür zwar nicht darauf an, dass ein Vertragsbeteiligter der weiteren Abwicklung widerspricht oder die Verwahrungsanweisung widerruft.¹⁵⁴ Der Vortrag der Vertragsparteien, insbesondere anlässlich eines solchen Widerspruchs oder Widerrufs, ist aber eine (wesentliche) „Erkenntnisquelle“¹⁵⁵ für den Notar, aus der sich auch Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Auszahlungsverbots gem. § 61 BeurkG ergeben können. Ggf. ist es unangebracht und deshalb mitunter pflichtwidrig, die Auszahlung für den Fall anzukündigen, dass der Widerrufende

nicht innerhalb einer bestimmten Frist die Rechtshängigkeit eines gerichtlichen Verfahrens zur Herbeiführung einer übereinstimmenden Anweisung nachweist.¹⁵⁶ Denn das Auszahlungsverbot bestünde ja auch nach fruchtlosem Fristablauf fort.¹⁵⁷ Bei der Entscheidung, ob er im Falle eines Widerrufs eine Frist setzt, hat der Notar also stets auch die beiden Fälle des § 61 BeurkG zu prüfen.

Die Regelung des § 61 BeurkG begrenzt aber nicht nur die Befugnis zur Fortsetzung des Verwahrungsverfahrens gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG im Falle eines beachtlichen Widerrufs. Sie überlagert schon im Ausgangspunkt die Unterscheidung zwischen beachtlichen und unbeachtlichen Widerrufsgründen.¹⁵⁸ Denn eine gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG unbeachtliche Begründung (insb. bei angeblicher Kaufpreisminderung wegen arglistig verschwiegenen Mangels) kann durchaus eine Einstellung des Verwahrungsverfahrens gem. § 61 BeurkG erfordern.

a) Verfolgung unerlaubter oder unredlicher Zwecke (§ 61 Nr. 1 BeurkG)

Ein gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG nur vorläufig beachtlicher oder von vorneherein unbeachtlicher Sachvortrag kann gem. § 61 Nr. 1 BeurkG dann der Auszahlung entgegenstehen, wenn sich aus ihm hinreichende Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Notar durch die Auszahlung „an der Erreichung unerlaubter oder unredlicher Zwecke mitwirken würde“.

Wäre dies schon dann anzunehmen, wenn der Käufer schlüssig vorträgt, dass aufgrund des *arglistigen Verschweigens* eines Sachmangels durch den Verkäufer der Kaufvertrag wegen Anfechtung nichtig (zugleich gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG beachtlich) oder der Kaufpreis wegen Minderung herabgesetzt (gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG unbeachtlich) sei, würde die Regelung des § 60 Abs. 3 BeurkG aber leerlaufen.¹⁵⁹ Deshalb wird in Rechtsprechung und Literatur zu Recht betont, dass die „Messlatte“ recht hoch anzusetzen ist.¹⁶⁰ Erforderlich ist, dass konkrete Verdachtsgründe, die sich aus dem Vortrag eines Beteiligten ergeben, durch den weiteren Vertrags-/Verfahrensbeteiligten nicht ausgeräumt werden.¹⁶¹ Dies dürfte

152 Vgl. Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 22.

153 Eylmann/Vaasen/Hertel, § 54 d BeurkG Rn. 3; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 d Rn. 2, 5; Franken RNotZ 2010, 597 (608); BeckNotarHB/Tönnies, 6. Aufl. 2015, Kap. A.I. (Grundstückskauf), Rn. 879 f.; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 1 f., 4.

154 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 d Rn. 12; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 d Rn. 1, 10; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 3; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 8.

155 So zum Grundbuchvollzug Armbrüster/Preuß/Renner/Seger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 36.

156 Vgl. Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 19; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 d Rn. 13; unklar Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 d Rn. 17.

157 Vgl. Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 36, § 54 d BeurkG Rn. 16; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 20, § 54 d Rn. 15; BeckNotarHB/Tönnies, 6. Aufl. 2015, Kap. A.I. (Grundstückskauf), Rn. 878; Franken RNotZ 2010, 597 (608); vgl. Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 17 (kein Ermessen).

158 Vgl. BeckNotarHB/Tönnies, 6. Aufl. 2015, Kap. A.I. (Grundstückskauf), Rn. 888 f.; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 d Rn. 3; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 20, § 54 d Rn. 8; Franken RNotZ 2010, 597 (608 f.); Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 15; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 2, 8; Weingärtner, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, 2. Aufl. 2004, Rn. 196, 227.

159 Vgl. hierzu mwN Franken RNotZ 2010, 597 (609); BeckNotarHB/Tönnies, 6. Aufl. 2015, Kap. A.I. (Grundstückskauf), Rn. 879; Kawohl, Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen, 1995, S. 99.

160 Franken RNotZ 2010, 597 (608); BeckNotarHB/Tönnies, 6. Aufl. 2015, Kap. A.I. (Grundstückskauf), Rn. 879-881; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 15.

161 Franken RNotZ 2010, 597 (608 f.); Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 d Rn. 6; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 d Rn. 9.

der Fall sein, wenn der andere Beteiligte überhaupt nicht oder nur „fadenscheinig“ erwidert.¹⁶² Liegen diese Voraussetzungen vor, kann auch die Behauptung des Käufers, dass der Verkäufer ihm arglistig einen Sachmangel verschwiegen habe, ein Auszahlungsverbot gem. § 61 Nr. 1 BeurkG begründen.¹⁶³ Der Notar muss also rechtliches Gehör gewähren und den Vortrag aller Beteiligten umfassend würdigen, ohne jedoch zu eigenen Nachforschungen verpflichtet zu sein.¹⁶⁴ Auch unter diesem Aspekt muss er also – wie im Rahmen seiner Verfahrensentscheidung betreffend das „Ob“ und „Wie“ der Fristsetzung gem. § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BeurkG – wesentlich intensiver als bei der Entscheidung über die vorläufige Aussetzung des Verfahrens gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG in eine Sachprüfung einsteigen.¹⁶⁵ Entsprechendes gilt, wenn ein Beteiligter der Auszahlung mit der Begründung widerspricht, dass ein (versuchter) Betrug zulasten der finanzierenden Bank vorliege oder der Kaufvertrag wegen einer „Schwarzgeld(neben)abrede nichtig sei.“¹⁶⁶

In Abgrenzung zu § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG ist jedoch bemerkenswert, dass *allein* wegen der Unwirksamkeit des zugrunde liegenden Vertrages nach vorzugswürdiger Ansicht noch keine Verfolgung unredlicher oder unerlaubter Zwecke iSv § 61 Nr. 1 BeurkG vorliegt;¹⁶⁷ hierzu müssen vielmehr *besondere* Umstände hinzutreten, bspw. dass der Vertrag wegen gezielter und missbräuchlicher Nichteinhaltung der Beurkundungsform (insb. Schwarzkauf) oder wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten nichtig ist¹⁶⁸. Ist dies nicht der Fall und widerspricht auch trotz Hinweises des Notars (Belehrungspflicht)¹⁶⁹ auf die Unwirksamkeit des Vertrages kein Beteiligter der Auszahlung (sonst beachtlicher Widerruf gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG), ist es nicht gerechtfertigt, die weitere Abwicklung des Verwaltungsverfahrens nach Maßgabe der gemeinsamen Anweisung der Beteiligten von Amts wegen zu verweigern.¹⁷⁰ Dies steht nicht im Widerspruch zu der theoretischen Begründung der Beachtlichkeit des einseitigen Widerrufs, dass die Treuhandaabrede als Grundlage der gemeinsamen Anweisung an den Notar *regelmäßig* mit dem zivilrechtlichen „Hauptvertrag“ stehe und falle (dazu oben: B.III.2.a)). Denn wenn die Parteien in Kenntnis der Unwirksamkeit des beurkundeten Grundgeschäftes ausdrücklich an ihrer öffentlich-rechtlichen Anweisung an den Notar festhalten, geben sie zu deutlich zu erkennen, dass ausnahmsweise ein abweichender Parteiwille besteht.

162 Vgl. hierzu: C. I.3.b) bb).

163 Vgl. Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 d Rn. 4.

164 Franken RNotZ 2010, 597 (608 f.); Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 9, 16; vgl. Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 d Rn. 7, 14 f.; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 d Rn. 10-13.

165 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 d Rn. 14; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 9, 16; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 d Rn. 9-11.

166 Vgl. Franken RNotZ 2010, 597 (609); Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 d Rn. 5; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 6; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 d Rn. 4.

167 Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 8.

168 Vgl. auch Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 4 Rn. 16.

169 Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 8: Der Notar muss die Beteiligten auf die Unwirksamkeit des Vertrages hinweisen und alles vermeiden, was einen falschen Rechtschein erzeugen und einen Schaden verursachen kann.

170 Zur vergleichbaren Situation beim Grundbuchvollzug: C. I.4.b) bb).

b) Drohen eines unwiederbringlichen Schadens (§ 61 Nr. 2 BeurkG)

Der einseitige Widerspruch gegen die Auszahlung hinterlegten Geldes kann gem. § 61 Nr. 2 BeurkG ferner dann beachtlich sein, wenn sich aus seiner Begründung ergibt, dass dem Widersprechenden bei der Auszahlung „ein unwiederbringlicher Schaden erkennbar droht“. Diese Voraussetzungen sind ebenfalls restriktiv auszulegen, da § 61 BeurkG im Verhältnis zu § 60 Abs. 3 BeurkG einen Ausnahmetatbestand bildet und auch keinen korrigierenden Eingriff in die vertragliche Risikoverteilung bezweckt.¹⁷¹

Das Erfordernis der „Erkennbarkeit“ wird in der notarrechtlichen Literatur mit dem Vorliegen „hinreichender Anhaltspunkte“ iSv § 61 Nr. 1 BeurkG (s. hierzu oben) gleichgesetzt;¹⁷² schlüssiger einseitiger Vortrag reicht also auch insoweit grundsätzlich nicht aus (es sei denn, der andere Beteiligte widerspricht nicht). Wenn bspw. hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Kaufpreis gemindert ist, weil der Verkäufer arglistig einen Sachmangel verschwiegen oder der Kaufgrundbesitz zwischen Vertragsschluss und Gefahrübergang eine Sachverschlechterung erlitten hat, droht dem Käufer bei Auszahlung des gesamten hinterlegten Kaufpreises durchaus ein Schaden. Ein *unwiederbringlicher*¹⁷³ Schaden setzt jedoch voraus, dass die Geltendmachung etwaiger Rückforderungsansprüche nach der Auszahlung voraussichtlich *nicht* oder *nur sehr schwer* möglich wäre, etwa wegen (drohender) Vermögenslosigkeit des Verkäufers oder weil der Verkäufer sich im Ausland aufhält und nur sehr schwer „fassbar“ ist.¹⁷⁴ Die allgemeinen Nachteile, die sich daraus ergeben, dass ein gerichtliches Verfahren angestrengt werden muss, reichen jedoch nicht aus.¹⁷⁵ Auch kann das allgemeine Insolvenzzisiko nicht genügen, weil sonst jede (potentielle) Einrede beachtlich wäre.¹⁷⁶ Vor dem Hintergrund, dass der Käufer bei der Abwicklung der Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto auf Einreden verzichtet, soweit sie keine Berücksichtigung in den Auszahlungsbedingungen gefunden haben, und also das Risiko der nachträglichen Durchsetzung eines etwaigen Erstattungsanspruchs übernimmt (hierzu oben bei und in Fn. 95 und 107), muss das „Rückforderungsrisiko“ also aufgrund besonderer Umstände erhöht sein. Da § 61 Nr. 2 BeurkG keine Korrektur der vertraglichen Risikoverteilung bezweckt, sind insoweit außerdem nur solche Umstände beachtlich, die nicht schon bei Vertragsschluss (erkennbar) vorlagen oder deren späteres Auftreten schon bei Vertragsschluss ab-

171 Vgl. Franken RNotZ 2010, 597 (608 f.); BeckNotarHB/Tönnies, 6. Aufl. 2015, Kap. A. I. (Grundstückskauf), Rn. 881.

172 Franken RNotZ 2010, 597 (608-610); Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 d Rn. 6, 11; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 9, 15; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 d Rn. 9.

173 OLG Schleswig 26.9.1991 – 2 W 62/91, DNotZ 1993, 67 (69) spricht stattdessen von einem „nicht mehr gutzumachenden“ Schaden; s.a. Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 2.

174 Franken RNotZ 2010, 597 (609 f.); Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 d Rn. 9; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 12; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 d Rn. 6.

175 Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 15 a E; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 d Rn. 6 a. E.

176 Vgl. Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 d Rn. 13.

sehbar war.¹⁷⁷ Der Verkäufer müsste also zB. *später* ins Ausland verzogen oder eine dramatische Vermögensverschlechterung erlitten haben.

Zurückhaltung ist mE ferner geboten, soweit in der Literatur vertreten wird, dass der Notar auch dann gem. § 61 Nr. 2 BeurkG an der Auszahlung gehindert sei, wenn der Käufer im Kaufvertrag trotz Belehrung darauf verzichtet habe, die Auszahlung von der Erfüllung bzw. Sicherstellung der Erfüllung sämtlicher dem Verkäufer obliegenden Leistungspflichten abhängig zu machen, und sich nach Vertragsschluss abzeichne, dass Ansprüche auf Erstattung des ausgezahlten Kaufpreises bei Nichterfüllung seitens des Verkäufers wegen dessen Zahlungsunfähigkeit ins Leere gehen würden.¹⁷⁸ Denn es ist eben nicht Aufgabe des Notars, in der Abwicklung ein Risiko auszuschalten, das der Käufer – trotz vorheriger notarieller Belehrung – vertraglich übernommen hat.

5. Entscheidung des Notars

Aus dem systematischen Zusammenhang von § 60 Abs. 3 und § 61 BeurkG ergeben sich die folgenden Entscheidungsoptionen für den Notar:

a) Widerruf gem. § 60 Abs. 3 S. 1 unbeachtlich und kein Fall von § 61 BeurkG

Einen Widerruf, der den Anforderungen des § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG nicht genügt (auch bei Verstoß gegen das Schriftform-Erfordernis¹⁷⁹), darf der Notar *nicht* berücksichtigen,¹⁸⁰ sofern er nicht anlässlich des Widerrufs zu der Einschätzung gelangt, dass ein Tatbestand von § 61 BeurkG begründet ist.¹⁸¹ Er kann die Beteiligten dazu anregen, etwaigen Streit in einem Verfahren nach der ZPO vor einem ordentlichen Gericht miteinander zu klären,¹⁸² außerhalb des Anwendungsbereichs von § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BeurkG ist er aber weder dazu verpflichtet¹⁸³ noch dazu berechtigt, allein wegen der Einleitung eines solchen Verfahrens auf einseitiges Verlangen von der Auszahlung abzusehen.¹⁸⁴ Die von dem Widerrufenden begehrte Amtshandlung (Unterlassen der Auszahlung/Fortführung der Verwahrung) ist also zu verweigern und das Verwahrungsverfahren gemäß der angegriffenen Weisung weiter abzuwickeln, dh bei Vorliegen der einver-

nehmlich festgelegten Auszahlungsvoraussetzungen aus-zuzahlen.

Gegen diese Verfahrensentscheidung des Notars kann der Widerrufende Beschwerde gem. § 15 Abs. 2 BNotO einlegen (vgl. § 60 Abs. 5 BeurkG¹⁸⁵).

b) Widerruf gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG beachtlich und kein Fall von § 61 BeurkG

Wird ein einseitiger Widerruf mit Sachvortrag begründet, der einen Widerrufsgrund gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG ausfüllt, muss der Notar das Verfahren dagegen bis auf weiteres aussetzen. Wenn kein Tatbestand von § 61 BeurkG erfüllt ist, hat er aber *in der Regel* von seiner Befugnis gem. § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BeurkG Gebrauch zu machen, eine Frist zu setzen und das Verfahren fortzusetzen, und zwar gemäß der früheren übereinstimmenden Weisung, falls nicht der Widerrufende innerhalb der Frist ein ZPO-Verfahren rechtshängig macht. Die in einem Vorbescheid zur Einlegung einer Beschwerde (dazu unten: C.) gesetzte Frist hat jedoch nur dann zugleich die spezielle Wirkung einer Fristsetzung zur Beibringung des Rechtshängigkeitsnachweises,¹⁸⁶ wenn dies in dem Bescheid eindeutig zum Ausdruck kommt; andernfalls ist der Notar nach Fristablauf nicht gem. § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 ZPO zur Fortführung des Verfahrens befugt.¹⁸⁷

Weist der Widerrufende fristgemäß nach, ein gerichtliches Verfahren zur Herbeiführung einer übereinstimmenden Anweisung eingeleitet zu haben, bleibt das Verwahrungsverfahren bis zur Beendigung des gerichtlichen Verfahrens ausgesetzt. Wie es danach mit dem Verwahrungsverfahren weitergeht, hängt vom Ausgang des gerichtlichen Verfahrens ab: Obsiegt der Widerrufende, liegt eine spätere übereinstimmende Anweisung iSv § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 BeurkG vor;¹⁸⁸ unterliegt er (Abweisung der Klage oder Zurückweisung des Antrags im einstweiligen Rechtsschutz) oder nimmt er seine Klage oder seinen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurück, ist das Verwahrungsverfahren wegen Entfallens der Rechtshängigkeit iSv § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 BeurkG gemäß der früheren übereinstimmenden Anweisung fortzuführen.¹⁸⁹

c) Widerruf gem. § 60 Abs. 3 S. 1 un-/beachtlich und Tatbestand von § 61 BeurkG erfüllt

Unter den Voraussetzungen von § 61 BeurkG ist ohne Rücksicht darauf, ob zugleich ein Widerruf vorliegt

177 Vgl. *Franken* RNotZ 2010, 597 (609); *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 d Rn. 11; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 13; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 d Rn. 7.

178 *Franken* RNotZ 2010, 597 (610); vgl. *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 d Rn. 10.

179 *Winkler*, § 54 c BeurkG Rn. 13, 45; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 2; vgl. *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 2. Bevor der Notar den Widerruf nur deshalb nicht beachtet, weil er nicht schriftlich erfolgt ist, sollte er den Widerrufenden aber über das Formerfordernis belehren.

180 *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 33; *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 16; vgl. *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 45.

181 Dazu sogleich: B. III.5.c).

182 *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 d Rn. 17, 19; *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 8.

183 Ausnahme: Das von dem widerrufenen Beteiligten angerufene Gericht erlässt eine einstweilige Verfügung gegen den anderen Beteiligten, wonach dieser vorläufig das hinterlegte Geld nicht in Empfang nehmen darf bzw. der weiteren Verwahrung zustimmen muss.

184 Vgl. *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 45 aE; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 45. Ausnahme: s. bei Fn. 195.

185 *Winkler*, § 54 c BeurkG Rn. 45 aE, 53; *Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 45.

186 Die Fristsetzung nach § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BeurkG wird auch als „spezielles Vorbescheidsverfahren“ bezeichnet; *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 53; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 45; *Sandkühler* DNotZ 2009, 595 (595).

187 OLG München 14.3.2008 – 31 Wx 10/08, FGPrax 2008, 130 (130). Dazu auch: *Sandkühler*, DNotZ 2009, 164 ff.; *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 23 Rn. 160; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 60; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 25, 30; *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 53; *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 22; *Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1917.

188 *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 50; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 26; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 49.

189 *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 51; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 26; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 50.

bzw. ob ein solcher gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG beachtlich ist oder nicht, von einer Auszahlung gemäß der früheren übereinstimmenden Anweisung abzusehen.¹⁹⁰ Das Ersuchen des Vertragsteils, der auf den weiteren Vollzug des Verwahrungsverfahrens (weisungsgemäße Auszahlung) besteht, ist dann ablehnend zu bescheiden, wogegen die Beschwerde gem. § 15 Abs. 2 BNotO statthaft ist.¹⁹¹ Der Notar kann das Auszahlungshindernis nicht durch eine Fristsetzung nach § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BeurkG selbst beseitigen.¹⁹² Er darf die Beteiligten lediglich dazu anregen, etwaige Streitpunkte, die ihn zur Verweigerung der Auszahlung gem. § 61 BeurkG veranlassen, in einem gerichtlichen Verfahren miteinander zu klären.¹⁹³ Erst nach solch einer gerichtlichen Klärung oder wenn die Beteiligten einvernehmlich eine neue Anweisung erteilen, deren Befolgung aus Sicht des Notars § 61 BeurkG nicht entgegensteht, kommt eine Auszahlung in Betracht.¹⁹⁴

Für den Fall, dass ein unlauterer Zweck oder die Gefahr eines unwiederbringlichen Schadens für den Notar *nicht hinreichend erkennbar* ist, obwohl ein Beteiligter darauf gestützt verlangt, von der Auszahlung abzusehen, wird in der notarrechtlichen Literatur vertreten, dass der Notar nach seinem pflichtgemäßen Ermessen die Auszahlung *kurzfristig* zurückhalten könne, um dem Beteiligten Gelegenheit zu geben, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Auszahlung vorzugehen, auch wenn die Voraussetzungen von § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG nicht erfüllt sind.¹⁹⁵

C. Eigentumsübertragung: Umschreibungsüberwachung

Weitaus häufiger als im Zusammenhang mit der Kaufpreiszahlung kann es bei der Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages betreffend den Grundbuchvollzug zu Weisungskonflikten kommen. Dies liegt daran, dass praktisch jeder Grundstückskaufvertrag eine Umschreibungsüberwachung durch den Notar vorsieht, während die direkte Abwicklung der Kaufpreiszahlung durch den Notar auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben muss (vgl. § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG).

Im Rahmen der Umschreibungsüberwachung überwacht der Notar nicht nur (wie mit Blick auf die Kaufpreisfähigkeit) den Eintritt eines bestimmten Vollzugsstadiums, sondern er ist (wie bei der Zahlungsabwicklung über Notaranderkonto) auch unmittelbar mit der Leistungs-

erbringung befasst. Dies ist das finale Element in der schrittweisen Annäherung an das Zug-um-Zug-Prinzip beim Grundstückskaufvertrag: Der Käufer lässt sich planmäßig, jedoch ohne hierzu verpflichtet zu sein, darauf ein, dass der Erfolg der ihm obliegenden Leistung vor dem Erfolg der Gegenleistung eintritt, nachdem der Notar mit der Fälligkeitsmitteilung die uneingeschränkte Erfüllungsfähigkeit des Verkäufers bescheinigt und der Verkäufer bereits mit Abschluss der Beurkundung des Grundstückskaufvertrages alle seinerseits erforderlichen Leistungshandlungen für die Übertragung des Grundstückseigentums *endgültig* vorgenommen hat: Indem die *Auflassung* mitbeurkundet wird, wird sie nämlich gem. § 873 Abs. 2 BGB unwiderruflich. Die grundbuchverfahrensrechtliche *Bewilligung* der Eintragung der Auflassung in das Grundbuch wird, sofern sie bei Erklärung der Auflassung nicht ausdrücklich vorbehalten bleibt,¹⁹⁶ dadurch unwiderruflich, dass (auch) der Käufer als Urkundsbeteiligter die Erteilung einer Urkundsausfertigung verlangen kann (§ 51 BeurkG), durch deren Vorlage beim Grundbuchamt er den gem. §§ 19, 29 GBO erforderlichen Nachweis erbringen kann, ohne dass der Verkäufer dies noch einseitig verhindern könnte.¹⁹⁷ Bleibt die Eintragungsbewilligung vorbehalten, wird statt ihrer eine unwiderrufliche¹⁹⁸ Vollmacht an den Notar zur Abgabe dieser Erklärung in die Urkunde aufgenommen.

Bei dieser Gestaltung möchte der Verkäufer dagegen abgesichert sein, sein Eigentum „vorzeitig“, dh vor der Zahlung des Kaufpreises, zu verlieren, und der Käufer erwartet, das Eigentum zeitnah nach der Kaufpreiszahlung „ohne Wenn und Aber“ zu erwerben, weil er den Verkäufer immerhin nicht für dessen Erfüllungsfähigkeit, sondern für die effektive Eigentumsübertragung bezahlt. Zum Ausgleich dieser Interessen wird der Notar im Auftrag beider Vertragsparteien als „Amtstreuhand“¹⁹⁹ in die Abwicklung eingeschaltet.²⁰⁰ Er erhält *von beiden Parteien* bestimmte Anweisungen, wann und wie er mit der *vom Verkäufer* anvertrauten „Rechtsmacht“²⁰¹ (Verfügungsmacht über die Kaufvertragsurkunde mit Auflassung und Eintragungsbewilligung²⁰²/Bewilligungsvollmacht²⁰³) Gebrauch

190 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 36, § 54 d BeurkG Rn. 3; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 8.

191 Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 19; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 d Rn. 18.

192 Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 19; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 d Rn. 13; vgl. Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 d Rn. 17.

193 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 d Rn. 17; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 8; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 19; Vaasen/Starke DNotZ 1998, 661 (679).

194 Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 8.

195 Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 54 d Fn. 14; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 19.

196 Die Eintragungsbewilligung ist bekanntlich nicht mit der Auflassung identisch (dazu: MüKoBGB/Kanzleiter, 7. Aufl. (2017), § 925 Rn. 47; BeckOK BGB/Eckert, 44. Ed., Stand 1.11.2017, § 873 Rn. 16; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 97 f.; Reithmann ZNotP 2005, 322 (323); BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A. I. (Grundstückskauf) Rn. 455), aber nach hM macht der Nachweis der Einigung den gesonderten Nachweis der Bewilligung entbehrlich, wenn nicht der Veräußerer sich die Bewilligung bei der Auflassung ausdrücklich vorbehalten hat (hierzu BeckOK GBO/Hügel, 31. Ed., Stand 1.2.2018, § 20 Rn. 3). Umgekehrt kann auch die Einigung darin erblickt werden, dass der Betroffene die Rechtsänderung bewilligt und der Begünstigte die Eintragung beantragt; hierzu: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 96 (mit Fn. 1).

197 Vgl. Ertl DNotZ 1965, 339 (340, 353, 359 f. 364); BeckOK GBO/Holzer, 31. Ed., Stand 1.2.2018, § 19 Rn. 27-29, 31, 108, 110; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 98, 107.

198 Dazu unten: C. II.

199 Vgl. zur notariellen Verwahrung: Zimmermann DNotZ 1980, 451 (453); Preuß, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 95.

200 Vgl. Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 24 Rn. 21.

201 Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 24 Rn. 22, 54-57, 83, 86; Zimmermann DNotZ 1980, 461 (466); vgl. auch Preuß, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 181, zur Verwahrung: „Instrument zur Vermögensübertragung“.

202 Schnippel/Bracker/Reithmann, § 24 BNotO Rn. 54-57.

203 Schnippel/Bracker/Reithmann, § 24 BNotO Rn. 83-86.

zu machen hat.²⁰⁴ So verlangen die Vertragsparteien, falls die Kaufvertragsurkunde außer der Auflassung auch schon die Eintragungsbewilligung enthält, gem. § 53 Hs. 2 BeurkG gemeinsam vom Notar, dass dieser – abweichend von seiner gem. § 53 Hs. 1 BeurkG bestehenden gesetzlichen Vollzugspflicht – für die Einreichung der beurkundeten dinglichen und grundbuchverfahrensrechtlichen Erklärungen nicht allein auf deren Vollzugsreife, also das Vorliegen der materiell-rechtlichen und formellen Voraussetzungen für die Eigentumsumschreibung,²⁰⁵ sondern außerdem auf die Kaufpreiszahlung abzustellen hat. Die gesetzliche (*unselbstständige*)²⁰⁶ Vollzugspflicht wird hierbei durch einen besonderen Überwachungs- und Vollzugauftrag (§ 24 Abs. 1 BNotO) ersetzt.²⁰⁷ Dieser verbietet es dem Notar, die (vollzugsreife) Urkunde *vor* der Kaufpreiszahlung beim Grundbuchamt einzureichen („Vorlagesperre“), und verpflichtet ihn dazu, sie einzureichen, sobald der Kaufpreis gezahlt ist (*selbstständige* Vollzugspflicht).²⁰⁸ Behält der Verkäufer sich zum Schutz vor vorzeitigem Eigentumsverlust bei der Beurkundung die Bewilligung vor, richtet sich der Grundbuchvollzug hingegen nach § 53 Hs. 1 BeurkG, der insoweit uneingeschränkt anwendbar bleibt. Die Umschreibungsüberwachung wird durch die Bevollmächtigung des Notars und den der Vollmacht zugrunde liegenden Auftrag gewährleistet, da von der Vollmächtausübung der Eintritt der Vollzugsreife abhängt, die § 53 Hs. 1 BeurkG tatbestandlich voraussetzt.²⁰⁹

I. Widerspruch gegen den Grundbuchvollzug

Vor diesem Hintergrund wird beim grundbuchlichen Vollzug eines Kaufvertrages ein Weisungskonflikt dadurch ausgelöst, dass eine Partei den Notar ersucht, die Urkunde *nicht* beim Grundbuchamt einzureichen, obgleich die Voraussetzungen der gesetzlichen Einreichungsverpflichtung nach § 53 BeurkG (nach Ausübung der Vollmacht beim Bewilligungsvorbehalt) bzw. eines alternativen gemeinsamen Vollzugauftrags (Vorlagesperre) vorliegen. Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen der Notar solch eine *einseitige negative Weisung* zu befolgen hat.

1. Grundsatz der Unbeachtlichkeit einseitiger Weisungen

Mittlerweile ist in der notarrechtlichen Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt, dass der Notar grundsätzlich weder dazu berechtigt noch dazu verpflichtet ist, den Grundbuchvollzug eines Vertrages auf den einseitigen Widerspruch eines von mehreren Beteiligten aufzuschieben oder einzustellen. Er ist und bleibt also an die gesetzliche Einreichungsverpflichtung und sonst an die ihm von beiden Vertragsparteien erteilte abweichende Weisung gebunden, sofern nicht *alle* Vertragsbeteiligten *gemeinsam* etwas anderes verlangen.

a) Begründung mit Wortlaut und Zweck des § 53 BeurkG

Zur Begründung berufen Rechtsprechung und weite Teile der Literatur sich in erster Linie auf den Wortlaut von § 53 BeurkG, wonach die gesetzliche Verpflichtung des Notars zur Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt bei Vollzugsreife nur dann ausgeschlossen ist, wenn „*alle* Beteiligten *gemeinsam* etwas anderes verlangen“; hätten die Beteiligten *gemeinsam* etwas anders verlangt, habe der Notar sich wiederum ausschließlich danach zu richten.²¹⁰ Es sei nicht seine Sache, die Wirksamkeit des Widerrufs eines Vollzugsantrags zu überprüfen; vielmehr müsse derjenige, der sich auf die Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages berufe, eine der Urkunde entgegenstehende Rechtslage im Prozesswege geltend machen.²¹¹ Durch Einführung von § 53 BeurkG habe der Gesetzgeber den Notar gerade von der „schwierigen, im Ergebnis oft zweifelhaften und für ihn oft mit einem erheblichen Risiko verbundenen Prüfung entheben wollen“, die Wirksamkeit des einseitigen Verlangens, die Urkunde trotz Vollzugsreife nicht einzureichen, bzw. des einseitigen Widerrufs einer (*gemeinsamen*) von § 53 BeurkG abweichenden Weisung zu überprüfen.²¹² Dieses Argument ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Vorgängernorm des § 37 BNotO idF v. 24.2.1961 für eine von der gesetzlichen Einreichungsverpflichtung abweichende Weisung nicht ausdrücklich verlangte, dass *alle* Beteiligten *gemeinsam* etwas anderes verlangen,²¹³ und die Rechtsprechung hinsichtlich dieser Anforderung deshalb auch nicht immer eindeutig war.²¹⁴ Ergänzend wird auf den Zweck des § 53 BeurkG abgestellt.

204 Zur Umschreibungsüberwachung mittels Vorlagesperre und Bewilligungsvorbehalt: *Krauß* Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl., 2017, Rn. 1415 ff.; BeckNotarHB/*Krauß*, 6. Aufl. 2015, Kap. A. I. (Grundstückskauf), Rn. 447-462; *Basty*, Bauträgervertrag, 8. Aufl. 2015, Rn. 751; Schnippel/Bracker/*Reithmann*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 24 Rn. 55-57; Armbrüster/Preuß/*Renner/Seger*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 33; *Block*, Die Umschreibung im notariellen Grundstückskaufvertrag – Grundlagen und Vollzugsstörungen, 2005, S. 41-90; *Blank*, Bauträgervertrag, 5. Aufl. (2015) Rn. 453 f.; *Grein* RNotZ 2004, 115 (131-133); *Dieckmann* BWNNotZ 2003, 134 (138 f., 140 f.).

205 Hierzu: Eylmann/Vaasen/*Limmer*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 53 Rn. 5-7; *Lerch*, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 53 Rn. 6; Grziwotz/*Heinemann/Heinemann*, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 53 Rn. 8; Armbrüster/Preuß/*Renner/Seger*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 21; *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 12, 16.

206 Schnippel/Bracker/*Reithmann*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 24 Rn. 15.

207 Schnippel/Bracker/*Reithmann*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 24 Rn. 56; DNotl-Report 1997, 109 (110).

208 Um zu vermeiden, dass der Käufer die Eigentumsumschreibung ohne Rücksicht auf die Kaufpreiszahlung selbst herbeiführen kann, legen die Parteien ferner gem. § 51 Abs. 2 BeurkG übereinstimmend fest, dass er abweichend von § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG eine vollständige, dh auch die Auflassung mit Eintragungsbewilligung enthaltende Ausfertigung der Urkunde, ebenfalls erst vom Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung an verlangen kann („Ausfertigungssperre“).

209 Näher dazu sowie zu der Frage, unter welchen Umständen die Vollmacht widerrufen werden kann: C. II.

210 BayObLG 27.10.1999 – 3Z BR 316/99, DNotZ 2000, 372 ff.; OLG Hamm 16.2.2006 – 15 W 268/05, DNotZ 2006, 682; OLG Köln 13.6.1990 – 2 Wx 16/90, OLGZ 1990, 397 (401); 20.11.2006 – 2 Wx 20/06, NJW-RR 2007, 1361 (1361); OLG Düsseldorf 7.11.2001 – 3 Wx 288/01, MittBayNot 2002, 206 (206 f.).

211 „...und zur Verhinderung des Vollzugs der Urkunde im Wege der einstweiligen Verfügung ein Verbot erwirken“; OLG Köln 13.6.1990 – 2 Wx 16/90, OLGZ 1990, 397 (401); OLG Hamm 1.2.1994 – 15 W 38/94 MittRhNotK 1994, 183 (185); BayObLG 27.10.1999 – 3Z BR 316/99, DNotZ 2000, 372 (373); vgl. auch 27.5.1998 – 3Z BR 28/98649, DNotZ 1998, 648 (650).

212 OLG Hamm 24.6.1986 – 28 U 349/85, DNotZ 1987, 166 (167); 1.2.1994 – 15 W 38/94, MittRhNotK 1994, 183 (184); 16.2.2006 – 15 W 268/05, DNotZ 2006, 682 (683); BayObLG 27.10.1999 – 3Z BR 316/99, DNotZ 2000, 372 (373); Pfälz. OLG Zweibrücken 21.12.2001 – 3 W 301/01, MittBayNot 2002, 126 (126).

213 Wortlaut: „Hat der Notar Willenserklärungen beurkundet, die zur Einreichung bei dem Grundbuchamt ... bestimmt sind, so soll er, wenn die Beteiligten nichts anderes verlangen, die Urkunde, sobald sie eingereicht werden kann, unverzüglich dem Grundbuchamt ... einreichen. ...“, BGBl. I 1961, S. 97 (104). Zur Begründung der Übernahme in § 53 BeurkG s. BT-Drs. 5/8382, S. 41.

214 Hierzu OLG Hamm 24.6.1986 – 28 U 349/85, DNotZ 1987, 166 (167); 1.2.1994 – 15 W 38/94, MittRhNotK 1994, 183 (184), jeweils mit Verweis auf BGH 1.7.1957 – III ZR 42/56, DNotZ 1958, 29, und 21.12.1959 – III ZR 180/58, DNotZ 1960, 265 (268 f.).

Die gesetzliche Einreichungsverpflichtung sei nicht nur Ausdruck eines vermuteten *Vollzugsinteresses der Beteiligten*,²¹⁵ sondern verpflichte den Notar auch *im Interesse des Rechtsverkehrs* dazu, Urkunden, die der Umsetzung in öffentlichen Büchern und Registern bedürfen, dort zügig und eintragungsfähig einzureichen; rechtliche Veränderungen von erheblicher Wirkung seien im Rechtsverkehr, namentlich im Grundbuchverkehr, wo die Gefahr zwischenzeitlicher Änderungen in der dinglichen Rechtslage möglichst gering gehalten werden muss, umgehend herbeizuführen bzw. offenkundig zu machen.²¹⁶

b) Begründung mit Inhalt und Zweck eines von § 53 BeurkG abweichenden treuhänderischen Vollzugsauftrags

Die Bindung sowohl des Notars als auch der Beteiligten an die übereinstimmend erteilte Weisung mit Wortlaut und Zweck des § 53 BeurkG zu begründen, kann aber nur überzeugen, soweit § 53 BeurkG anwendbar ist. Dies ist gerade bei der notariellen Umschreibungsüberwachung mittels „Vorlagesperre“ nicht der Fall, weil der Notar dann einen *von § 53 BeurkG abweichenden* Vollzugsauftrag erhält (dazu oben bei Fn. 207). Hierzu bestimmt § 53 BeurkG lediglich, dass ein solcher Auftrag nur zu befolgen und die gesetzliche Einreichungsverpflichtung *abbedungen* ist, wenn „alle Beteiligten gemeinsam“ es verlangen (und der Notar den Auftrag übernimmt). Ob, inwieweit und warum ggf. für die Beteiligten untereinander und für den Notar einem jeden von ihnen gegenüber eine Bindung an den – die gesetzliche Einreichungsverpflichtung *ersetzenden* – besonderen Vollzugsauftrag besteht, so dass *hier-von* abweichende einseitige Weisungen unbeachtlich sind, ergibt sich aus § 53 BeurkG hingegen nicht.²¹⁷ Inwieweit ist diese Vorschrift keine Rechtfertigungsgrundlage für den Notar, einem Urkundsbeteiligten seine Rechtsbetreuung „aufzuzwingen“, auch wenn der Beteiligte damit nicht *mehr* einverstanden ist.²¹⁸ Haben die Parteien § 53 BeurkG abbedungen und die Voraussetzungen, unter denen „ihr“ Rechtsgeschäft grundbuchlich vollzogen werden soll, privatautonom geregelt, muss auch ein etwaiges öffentliches Interesse daran, die Folgen des Rechtsgeschäfts publik zu machen, in den Hintergrund treten.²¹⁹

Die Unbeachtlichkeit einer von dem gemeinsamen Vollzugsauftrag abweichenden einseitigen Weisung oder Rücknahme des Vollzugsauftrags durch einen Vertragsbeteiligten kann sich daher nur aus dem Auftrag selbst

bzw. der zugrunde liegenden Parteivereinbarung ergeben. Inwieweit gilt für die notarielle Umschreibungsüberwachung im Prinzip dasselbe wie für die Abwicklung der Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto (dazu oben: B. III.1.), was auch der Gesetzgeber deutlich gemacht hat, indem er sich bei Einführung von § 54c Abs. 2 u. 3 BeurkG aF (§ 60 Abs. 2 u. 3 nF) ausdrücklich auch auf die „praktizierte Lösung vergleichbarer Fallgestaltungen“ beim notariellen Grundbuchvollzug berufen hat.²²⁰ Die Beteiligten verzichten im Rahmen der Vollzugsabrede bei der Beauftragung des Notars wechselseitig auf das Recht zum (freien) Widerruf des Vollzugsauftrags und der zu seiner Erledigung übertragenen Rechtsmacht, und dieser Verzicht hat nicht nur schuldrechtliche Wirkungen zwischen ihnen, sondern ist gleichsam integraler Bestandteil des dem Notar erteilten Treuhandauftrags und daher auch verfahrensrechtlich beachtlich.²²¹ Es steht ihnen in verfahrensrechtlicher „Verlängerung“ der materiell-rechtlichen Vertragsfreiheit nämlich frei, sich für das Verfahren, das ausschließlich der Erfüllung ihres Vertrages dient, eine „private“ Verfahrensordnung zu geben, die für den Notar maßgeblich ist, soweit seine Amtspflichten nicht entgegenstehen. Die Treuhandaabrede der Beteiligten hat also unmittelbar verfahrensgestaltende Wirkung, auch soweit die Beteiligten sich selbst Bindungen auferlegen. Diese Bindungen kann der Notar nicht einfach außer Acht lassen, nur weil eine Partei es sich später anders überlegt, denn dadurch würde er pflichtwidrig einseitig Partei ergreifen.²²²

2. In der Rechtsprechung anerkannte Ausnahmen

Nach der Rspr. und der hM ist der Notar jedoch unter besonderen Umständen berechtigt, auf einseitiges Verlangen eines von mehreren Beteiligten seine Vollzugstätigkeit aufzuschieben oder auszusetzen, obwohl die Voraussetzungen der gesetzlichen Einreichungsverpflichtung oder eines hiervon abweichenden Vollzugsauftrags beider Parteien vorliegen,²²³ nämlich (Fallgruppe (1)):

- wenn der Beteiligte dem Notar „einen ausreichend substantiierten [sic!] und glaubhaft erscheinenden Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgrund des notariell beurkundeten Vertrages vorträgt, dem der andere Beteiligte

215 Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 22; ähnl. Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 53 Rn. 2.

216 Zimmermann DNotZ 1980, 451 (452); Block, Die Umschreibung im notariellen Grundstückskaufvertrag – Grundlagen und Vollzugsstörungen, 2005, S. 18, 103 f.; Bräu, Die Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rn. 111; vgl. Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 53 Rn. 2.

217 Block, Die Umschreibung im notariellen Grundstückskaufvertrag – Grundlagen und Vollzugsstörungen, 2005, S. 105 f.; Sandkühler DNotZ 2009, 164 (167); aA offenbar Zimmermann DNotZ 1980, 451 (452).

218 Mit dieser Begründung hielt der BGH vor Einführung von § 53 BeurkG einseitige Weisungen mitunter für beachtlich, hierzu bei und in Fn. 214; s. a. Zimmermann DNotZ 1980, 451 (451 f.); Volhard DNotZ 1987, 523 (527); Bräu, Die Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rn. 101; Preuß, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 162 f.; Kawohl, Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen, 1995, S. 54-56; Block, Die Umschreibung im notariellen Grundstückskaufvertrag – Grundlagen und Vollzugsstörungen, 2005, S. 101; Sandkühler DNotZ 2009, 164 (167 f.).

219 Auch *im Anwendungsbereich* der Vorschrift ist im Übrigen fraglich, inwieweit die gesetzliche Einreichungsverpflichtung des Notars (auch) im *öffentlichen* Interesse besteht. Geht es doch vor allem darum, dass „das mit den beurkundeten Erklärungen verfolgte rechtsgeschäftliche Ziel erreicht wird“ (OLG Hamm 2.5.1995 – 15 W 46/95, MittRhNotK 1995, 274 (274 f.)), was durch eine Amtspflicht des Notars gewährleistet wird, die *ausschließlich gegenüber den Beteiligten*, deren Erklärung er beurkundet hat, besteht; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 1; vgl. Lerch, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 53 Rn. 1.

220 Reg.-Begr. v. 21.3.1996, BT-Drs. 13/4184, S. 14 f., 38 f.

221 Vgl. Block, Die Umschreibung im notariellen Grundstückskaufvertrag – Grundlagen und Vollzugsstörungen, 2005, S. 107-109: „zweiseitiger Dispositionsakt“, „Vereinbarung mit negativer Verfügungswirkung“.

222 Vgl. BGH 1.10.2015 – V ZB 171/14, DNotZ 2016, 151 (156), Rn. 25.

223 Zum Folgenden auch: Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 11, 19 c, 23-41; Winkler MittBayNot 1998, 141 (144 ff.); Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 53 Rn. 11-14; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 53 Rn. 19-22; Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 30-39; BeckNotarHB/Krauß, 6. Aufl. 2015, Kap. A.1. (Grundstückskauf), Rn. 462; BeckNotarHB/Bernhard, 6. Aufl. 2015, Kap. G. (Beurkundung), Rn. 250.

- nicht oder nur mit fadenscheinigen Behauptungen zu begegnen versucht“²²⁴ bzw.
- wenn der Beteiligte dem Notar „einen ausreichend substantiierten und glaubhaften Sachverhalt vorträgt, der einen Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgrund des Kaufvertrages oder einer seiner Bestimmungen als naheliegend und offensichtlich gegeben erscheinen läßt, und der andere Beteiligte dagegen keine durchgreifenden Einwendungen vorbringen kann“²²⁵ bzw.
 - wenn „aufgrund des [dem Notar] unterbreiteten konkreten Sachverhalts die Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts naheliegt oder offensichtlich ist“²²⁶.

Auch, aber nicht nur auf einseitiges Verlangen eines Beteiligten soll der Notar den Vollzug ferner dann unterlassen, wenn

- „eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß durch den Vollzug der Urkunde das Grundbuch unrichtig werden würde“²²⁷ (Fallgruppe (2)), oder
- der Notar „durch sein weisungsgemäßes Verhalten an erkennbar unerlaubten oder unredlichen Zwecken mitwirken [würde]“²²⁸ (Fallgruppe (3)).

Soweit in Rechtsprechung²²⁹ und Kommentarliteratur²³⁰ betont wird, dass der Notar ferner dann vom Vollzug absehen müsse, wenn „mit höchster Wahrscheinlichkeit feststeh[t], daß der Kaufpreis noch nicht voll gezahlt ist, so daß es an der Vollzugsreife fehl[t]“, geht es dagegen eigentlich nicht um einen Fall, bei dem der Notar ausnahmsweise eine einseitige Weisung zum Grundbuchvollzug zu beachten hat, sondern um die mitunter nicht leicht zu beurteilende und entsprechend konfliktträchtige Frage, ob die in der gemeinsamen Weisung festgelegten (Umschreibungs-) Voraussetzungen vorliegen.²³¹

3. Aussetzung des Vollzugs *nur* auf einseitiges Verlangen (Fallgruppe (1))

In der vorgenannte Fallgruppe (1) wird der einseitige Widerspruch gegen den Vertragsvollzug entsprechend § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG im Wesentlichen darauf gestützt, dass der Eigentumsverschaffungsanspruch nicht entstanden oder untergegangen sei.

a) Theoretische Begründung

Von einem „Widerruf“ kann insoweit aber nur die Rede sein, wenn die angegriffene Vollzugspflicht des Notars auf einem autonomen Vollzugauftrag beruht. Insoweit gilt genau wie für die Begründung der Bindungswirkung (dazu oben: C.I.1.b)) auch für deren Begrenzung im Wesentlichen dasselbe wie bei der Verwahrung, dh die Unterwerfung unter den Zweck des gemeinsam initiierten Treuhandverfahrens und der damit verbundene Verzicht auf das einseitige Widerrufsrecht stehen idR unter dem Vorbehalt, dass der durchzuführende Vertrag wirksam ist und bleibt (dazu oben: B. III.2).

Ansonsten geht es um die Frage, ob die Unwirksamkeit des beurkundeten schuldrechtlichen Vertrages eine Ausnahme von der gesetzlichen Vollzugspflicht gem. § 53 BeurkG begründet. Verbreitet wird argumentiert, wenn der schuldrechtliche Vertrag unwirksam sei, ergebe sich *aus den notariellen Amtspflichten* ein ausreichender Grund zur Versagung des Vollzugs.²³² Manche ziehen einen Erstrecht-Schluss aus § 4 BeurkG, der (nur) die Urkundsgewährungspflicht einschränkt: Da der Notar ein unwirksames Rechtsgeschäft nicht beurkunden dürfe,²³³ dürfe er es auch nicht vollziehen, wenn er seine Unwirksamkeit erst nach der Beurkundung – insb. aufgrund einseitigen Parteivortrags – erkenne.²³⁴ Dies überzeugt jedoch nur, wenn das Geschäft schon anfänglich unwirksam war, nicht aber, wenn es erst nachträglich unwirksam geworden ist, wie insb. bei Anfechtung²³⁵ oder Unmöglichwerden der Leis-

224 So meist die Formulierung des OLG Hamm 1.2.1994 – 15 W 38/94, MittRhNotK 1994, 183 (184); 2.5.1995 – 15 W 46/95, MittRhNotK 1995, 274 (274 f.); 27.2.2003 – 15 W 398/02, DNotZ 2003, 848 (849); 8.1.2008 – 15 W 195/07, DNotZ 2008, 431 (433); aber auch: BayObLG 28.11.1997 – 3Z BR 241/97, DNotZ 1998, 645 (646); OLG Frankfurt 9.7.1997 – 20 W 311/95197, DNotZ 1998, 196 (200); 21.2.2017 – 20 W 327/15, BeckRS 2017, 112560 (Rn. 20); LG Bayreuth 10.5.2010 – 42 T 6/10, BeckRS 2011, 02818; LG Frankenthal 23.1.1996 – 1 T 61/96, MittBayNot 1996, 321 (323).

225 BayObLG 16.1.1998 – 3Z BR 514/97, DNotZ 1998, 646 (648); 1.9.2003 – 1Z BR 68/03, DNotZ 2004, 194 (195); 17.12.2004 – 1Z BR 096/04, BeckRS 2005, 01578, Rn. 15; ähnl. OLG Düsseldorf 7.11.2001 – 3 Wx 288/01, MittBayNot 2002, 206 (206 f.).

226 BGH 21.6.2012 – V ZB 283/11, DNotZ 2012, 826 (826 Rn. 5); vgl. BayObLG 16.9.2002 – 1Z BR 108/02, NJOZ 2002, 2665 (2668).

227 BayObLG 16.1.1998 – 3Z BR 514/97, DNotZ 1998, 646 (648); 27.5.1998 – 3Z BR 28/98, DNotZ 1998, 648 (650); 27.10.1999 – 3Z BR 316/99, DNotZ 2000, 372 (373); 16.9.2002 – 1Z BR 108/02, NJOZ 2002, 2665 (2668); 1.9.2003 – 1Z BR 68/03, DNotZ 2004, 194 (195); 17.12.2004 – 1Z BR 096/04, BeckRS 2005, 01578, Rn. 15; vgl. OLG Hamm 1.2.1994 – 15 W 38/94, MittRhNotK 1994, 183 (184); 2.5.1995 – 15 W 46/95, MittRhNotK 1995, 274 (274 f.); 27.2.2003 – 15 W 398/02, DNotZ 2003, 848 (849); 8.1.2008 – 15 W 195/07, RNotZ 2008, 432 (433); OLG Köln 13.6.1990 – 2 Wx 16/90, OLGZ 1990, 397 (401); 20.11.2006 – 2 Wx 20/06, NJW-RR 2007, 1361 (1361); BGH 21.6.2012 – V ZB 283/11, DNotZ 2012, 826 (826 f. Rn. 5); Pfälz. OLG Zweibrücken 21.12.2001 – 3 W 301/01, MittBayNot 2002, 126 (126); OLG Frankfurt 9.7.1997 – 20 W 311/95197, DNotZ 1998, 196 (200).

228 OLG Hamm 27.2.2003 – 15 W 398/02, DNotZ 2003, 848 (849); vgl. BGH 12.2.1987 – NotSt (Brfg) 1/86, DNotZ 1987, 558 f.

229 BayObLG 16.1.1998 – 3Z BR 514/97, DNotZ 1998, 646 (648); 27.5.1998 – 3Z BR 28/98, DNotZ 1998, 648 (650); 17.12.2004 – 1Z BR 096/04, BeckRS 2005, 01578, Rn. 15; vgl. BGH 21.6.2012 – V ZB 283/11, DNotZ 2012, 826 (827 Rn. 5).

230 Eylmann/Vaasen/Limmer, § 53 BeurkG Rn. 12 (bei Fn. 25).

231 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 33. Hierzu auch noch in Fn. 319.

232 Vgl. Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 28; Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 53 Rn. 12; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 53 Rn. 21 (Legalitätsprinzip); Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 34 f.

233 Die Herstellung materiell-rechtlich wirksamer Urkunden ist oberste Amtspflicht; BeckOK BGB/Litzenburger, 44. Ed., Stand 1.11.2017, § 4 BeurkG Rn. 2. Dabei dient die Verpflichtung des Notars, unwirksame Beurkundungen zu unterlassen oder in anderer Weise zum Abschluss unwirksamer Rechtsgeschäfte beizutragen, auch dem Schutz der Beteiligten davor, dass sie im Vertrauen auf die vermeintliche Wirksamkeit des Geschäfts Aufwendungen tätigen die sich wegen der Unwirksamkeit als nutzlos herausstellen; Block, Die Umschreibung im notariellen Grundstückskaufvertrag – Grundlagen und Vollzugsstörungen, 2005, S. 120; Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 53 Rn. 12; BGH 20.6.2000 – IX ZR 434/98, DNotZ 2001, 486.

234 Vgl. Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 28; Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 53 Rn. 12; Vollhard DNotZ 1987, 523 (524 f.); BeckOK BeurkG/Litzenburger, 44. Ed., Stand 1.11.2017, § 4 BeurkG Rn. 9; Block, Die Umschreibung im notariellen Grundstückskaufvertrag – Grundlagen und Vollzugsstörungen, 2005, S. 119; BGH 1.10.2015 – V ZB 171/14, DNotZ 2016, 151 (155 Rn. 21); 21.6.2012 – V ZB 283/11, DNotZ 2012, 826 (826 Rn. 5); vgl. 16.2.1987 – NotSt (Brfg) 1/86, DNotZ 1987, 558.

235 Zwar gilt das wirksam angefochtene Rechtsgeschäft gem. § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig (dazu auch Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 28 f.); aber diese Wirkung tritt erst nachträglich ein, so dass es nicht zutrifft, dass das Rechtsgeschäft schon nicht hätte beurkundet werden dürfen und deshalb nicht vollzogen werden dürfte. Vgl. Block, Die Umschreibung im notariellen Grundstückskaufvertrag – Grundlagen und Vollzugsstörungen, 2005, S. 119.

tung. Insoweit kann aber § 14 Abs. 2 BNotO herangezogen werden, wonach der Notar seine Amtstätigkeit, zu der außer der Beurkundung auch der Urkundsvollzug (aufgrund gesetzlicher Bestimmungen oder eines selbstständigen Vollzugauftrags) gehört, zu versagen hat, wenn sie gegen seine Pflicht zu redlicher Amtsführung verstoßen würde.²³⁶ Unter diesem Aspekt ist insbesondere von einer Amtstätigkeit abzusehen, durch die ein Beteiligter erkennbar geschädigt würde.²³⁷ Hiermit wäre es nicht zu vereinbaren, würde der Notar gegen den Willen des Verkäufers sehenden Auges (zum notwendigen Überzeugungsgrad so gleich) eine rechtsgrundlose Eigentumsumschreibung auf den Käufer veranlassen, so dass der Verkäufer mindestens Kosten und Aufwand zur Rückgängigmachung des Grundbuchvollzugs oder zur Durchsetzung schuldrechtlicher Ausgleichsansprüche gegen den Käufer hätte und dem Risiko ausgesetzt wäre, dass Rückforderungsansprüche wegen einer Weiterveräußerung des Grundbesitzes durch den Käufer ins Leere gehen.

Wesentlich kommt es mE aber auf einen Gedanken an, der in einer jüngeren Entscheidung des BGH anklingt. Demnach ist die Wirksamkeit des Kausalgeschäfts, also des Vertrages, der den gem. § 53 BeurkG beim Grundbuchamt einzureichenden Willenserklärungen zugrunde liegt, quasi eine „*ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung*“ der gesetzlichen Regelung, nach welcher diese Willenserklärungen bei Vollzugsreife ohne weiteres einzureichen sind, sofern nicht *alle* Beteiligten *gemeinsam* etwas anderes verlangen. Der BGH nimmt an, dass es einer (wirksamen) Auffassung regelmäßig an der notwendigen Vollzugsreife fehle, wenn der in derselben Urkunde enthaltene Kaufvertrag als schuldrechtliches Grundgeschäft unwirksam ist.²³⁸ Dies verdient mE im Ergebnis Zustimmung; gegen die Begründung ist aber einzuwenden, dass es insoweit eigentlich nicht um die *Vollzugsreife* geht. Denn der wirksame grundbuchliche Vollzug der Auflassung erfordert weder materiell-rechtlich (Trennungs- und Abstraktionsprinzip) noch verfahrensrechtlich (vgl. §§ 19, 20 GBO) die Wirksamkeit des Grundgeschäfts. Vielmehr fehlt es am *Vollzugsinteresse*. Die Regelung des § 53 BeurkG beruht nämlich auf der Annahme, dass ein solches *typischerweise* übereinstimmend zwischen mehreren Urkundsbeteiligten besteht.²³⁹ Auf den *atypischen* Fall der Unwirksamkeit des Grundgeschäfts, dessen Erfüllung der Vollzug der dinglichen/grundbuchverfahrensrechtlichen Erklärungen *bezweckt*, trifft diese Annahme aber nicht zu. Dann kommt ein Vollzug durch den Notar – umgekehrt – nur auf ausdrückliches gemeinsames Verlangen in Betracht, sofern nicht die notariellen Amtspflichten entgegenstehen (vgl. Fallgruppen (2) und (3), dazu unten: C.I.4).

236 *Block*, Die Umschreibung im notariellen Grundstückskaufvertrag – Grundlagen und Vollzugsstörungen, 2005, S. 119-121.

237 *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 28, § 4 Rn. 44; *Armbrüster/Preuß/Renner/Seger*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 34; vgl. auch *Eylmann/Vaasen/Frenz*, BNotO, 4. Aufl. 2016, § 14 Rn. 21, 36 (zu außerordentlichen Belehrungspflichten); *Zimmermann* DNotZ 1980, 451 (469): „Oberste Pflicht des Notars insbesondere bei Treuhandtätigkeit ist es ..., die Beteiligten vor Schädigungen zu bewahren“.

238 Vgl. BGH 21.6.2012 – V ZB 283/11, DNotZ 2012, 826 (827 Rn. 7).

239 *Armbrüster/Preuß/Renner/Seger*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 22: Die gesetzliche Einreichungsverpflichtung sei Ausdruck eines vermuteten *Vollzugsinteresses der Beteiligten*; ähnl. *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 53 Rn. 2. Hierzu schon bei Fn. 215.

Sowohl die Regelung, dass die Vertragsparteien die gesetzliche Vollzugspflicht gem. § 53 BeurkG nur gemeinsam abbedingen können, als auch der Grundsatz, dass ein gemeinsam erteilter selbstständiger Auftrag zum Grundbuchvollzug nicht einseitig widerrufen werden kann, beruhen demnach auf demselben Gedanken: Die Wirksamkeit des Vertrages, dessen Erfüllung der Grundbuchvollzug dient, ist idR „Geschäftsgrundlage“ der von § 53 BeurkG *gesetzlich typisierten* und sonst im Rahmen eines gemeinsamen Betreuungsauftrags an den Notar *konkret getroffenen* verbindlichen Vollzugsabrede der Urkundsbeteiligten. Deshalb sind bei einseitigen negativen Weisungen zum Grundbuchvollzug genau wie bei der „Parallelregelung“ zur Verwahrung gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG alle solche Gründe beachtlich, die den Bestand des Kaufvertrages (wenigstens des Eigentumsverschaffungsanspruchs) in Frage stellen.

Hierzu zählt aber auch ein wirksam ausgeübter Rücktritt.²⁴⁰ Dass die Rechtsprechung zum Grundbuchvollzug üblicherweise allein auf das (angebliche) Vorliegen eines *Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgrundes* abstellt, sollte deshalb nicht als Einschränkung verstanden werden, wonach die Berufung auf den Rücktritt vom Kaufvertrag *per se* nicht zur Begründung einer beachtlichen einseitigen Weisung geeignet sei.^{241, 242} Völlig zutreffend hat deshalb das OLG Hamm²⁴³ einmal die übliche Formel dahin ergänzt, dass auch der einseitige Vortrag eines „*wirksam erklärten* Rücktritts“ unter den üblichen weiteren Voraussetzungen (dh wenn er ausreichend substantiiert und glaubhaft erscheint und der andere Beteiligte ihm nicht oder nur mit fadenscheinigen Behauptungen zu begegnen versucht) beachtlich sein kann, obgleich es das Vorliegen dieser Voraussetzungen in dem zu entscheidenden Fall verneinte.²⁴⁴ Damit ist zugleich ein weiterer Punkt angesprochen, in dem die übliche Formulierung der Rechtsprechung undeutlich ist: Das bloße Vorliegen eines *Anfechtungsgrundes* genügt nicht, weil der Kaufvertrag nur und erst durch die Ausübung des Anfechtungsrechts (*ex tunc*) unwirksam wird. Der Vortrag zur Begründung eines einseitigen Widerrufs mit der angeblichen Anfechtung des Kaufvertrages muss deshalb immer auch die Behauptung

240 AA *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 32; *Winkler* MittBayNot 1998, 141 (145 f.): Die Situation sei bei der Anfechtung grundsätzlich anders als beim Rücktritt, weil bei der Anfechtung der Grund für die spätere (rückwirkende) Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorgelegen habe, während er beim Rücktritt regelmäßig erst nachträglich aufgetreten sei.

241 Vgl. *Block*, Die Umschreibung im notariellen Grundstückskaufvertrag – Grundlagen und Vollzugsstörungen, 2005, S. 120 f.

242 So aber LG Frankenthal 23.1.1996 – 1 T 61/96, MittBayNot 1996, 321 (323): Ob der erklärte Rücktritt wirksam sei, sei äußerst zweifelhaft, könne letztlich aber dahinstehen, da „auch ein wirksamer Rücktritt ... den Kaufvertrag nicht nichtig machen [würde], sondern der Vertrag ... rückabzuwickeln [wäre].“; zust. *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 32; *Winkler* MittBayNot 1998, 141 (145 f.); *Armbrüster/Preuß/Renner/Seger*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 34 aE.

Vgl. *Block*, Die Umschreibung im notariellen Grundstückskaufvertrag – Grundlagen und Vollzugsstörungen, 2005, S. 120 f.

243 OLG Hamm 16.2.2006 – 15 W 268/05, DNotZ 2006, 682 (683).

244 Ähnl. zuvor bereits BayObLG 17.12.2004 – 1Z BR 96/04, BeckRS 2005, 01578. Dass es nach dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt „äußerst zweifelhaft“ war, ob die Voraussetzungen für einen wirksamen Rücktritt vorlagen, war offenbar auch im Beschl. des LG Frankenthal 23.1.1996 – 1 T 61/96, MittBayNot 1996, 321 (323) der ausschlaggebende Grund dafür, dass das Gericht die Begründung des einseitigen Widerrufs mit dem Rücktritt für unbeachtlich hielt.

einschließen, dass die Anfechtung gegenüber dem Vertragspartner erklärt sei.

Unbeachtlich sind dagegen – ebenfalls wie bei § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG – schuldrechtliche Einreden, die den Bestand des Kaufvertrages nicht infrage stellen, sofern sie nicht Berücksichtigung bei den „Umschreibungsvoraussetzungen“ gefunden haben. Dies gilt insbesondere für ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers wegen eines (angeblichen) Anspruchs auf Zahlung von Verzugszinsen. Die nicht näher bestimmte Vollzugsanweisung an den Notar, die Eigentumsumschreibung (erst) zu veranlassen, wenn der Kaufpreis gezahlt wurde, legt die Rechtsprechung regelmäßig dahin aus, dass bei dem Zahlungsnachweis durch den Erwerber etwaige Nebenforderungen, insbesondere Verzugszinsen und Rechtsverfolgungskosten, unberücksichtigt zu bleiben haben²⁴⁵ (eine ausdrückliche Regelung ist gleichwohl empfehlenswert).²⁴⁶ Der Umstand, dass dem Verkäufer nach der Gestaltung des notariellen Vertrages wegen eines Verzugszinsanspruchs kein Zurückbehaltungsrecht zusteht, und die sich daraus ergebenden Folgen sind demnach ein „sich aus der Vertragsgestaltung ergebendes Risiko des Verkäufers“.²⁴⁷ Wenn ausdrücklich geregelt ist, dass die Zahlung etwaiger Zinsen nicht Voraussetzung für die Vorlage beim Grundbuchamt ist, ist es dem Verkäufer auch materiell-rechtlich verwehrt, die Zahlung des vertraglich bezifferten Kaufpreises durch den Käufer abweichend von §§ 366, 367 BGB vorrangig auf seine fällige Zinsforderung anzurechnen,²⁴⁸ und falls nicht ausdrücklich auch die Zahlung etwaiger Verzugszinsen zu überwachen ist, ist die Behauptung einer entsprechenden Anrechnung zumindest für die Zwecke der Umschreibungsüberwachung unbeachtlich.²⁴⁹

b) Anforderungen der Rechtsprechung

Obwohl demnach die beachtlichen „Widerspruchsgründe“ beim Grundbuchvollzug mit den beachtlichen Widerrufsgründen bei der notariellen Verwahrung identisch sind, unterscheiden sich die Voraussetzungen, unter denen der Notar für die Zwecke der Einstellung des weiteren Vertragsvollzugs auf einseitiges Verlangen vom Vorliegen des vorgetragenen Grundes ausgehen darf und muss, in der Rechtsprechung zum Grundbuchvollzug mitunter erheblich von den tatbestandlichen Voraussetzungen der gesetzlichen Regelung des einseitigen Widerrufs bei der notariellen Verwahrung (dazu oben: B. III.2.b). Geringer sind zwar die förmlichen Anforderungen. Denn das einseitige Ansuchen eines Vertragsbeteiligten an den Notar, von der Veranlassung der Eigentumsumschreibung abzusehen, bedarf zu seiner Beachtlichkeit (anders als gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG)²⁵⁰ nicht der Schriftform. Die inhaltlichen Anforderungen sind allerdings höher. Denn einem Vertragspartner, der dem planmäßigen Grundbuchvollzug des Vertrages einseitig widerspricht, verlangt die Rspr. zur Be-

gründung nicht nur „ausreichend substantiierten“, sondern auch „glaubhaften“ Sachvortrag ab, und diesen Vortrag hat der Notar nicht für sich allein genommen, sondern in Relation zu etwaigem Gegenvorbringen des anderen Beteiligten zu würdigen.

aa) Ausreichend substantiiertes und glaubhafter Vortrag eines Beteiligten

Ausreichend substantiiert ist eine Begründung wohl nur, wenn sie durchweg *schlüssig* ist.²⁵¹ Während in der Kommentarliteratur zu § 54 c Abs. 3 S. 1 BeurkG häufig betont wird, dass geringfügige Sachverhaltslücken nicht schaden,²⁵² finden sich entsprechende Einschränkungen mit Blick auf die Begründung einseitiger Weisungen zum Grundbuchvollzug nur vereinzelt.²⁵³ Vereinzelt wird aber auch angedeutet, dass die Anforderungen an den Sachvortrag sogar strenger als im Zivilprozess sein könnten, da der Notar keine Möglichkeit der Sachverhaltsklärung durch eine Beweiserhebung hat.²⁵⁴ Fraglich ist in diesem Zusammenhang, inwieweit es zulässig oder sogar geboten ist, dass der Notar Hinweise erteilt und Nachfragen stellt, insbesondere soweit er es mit Rechtslaien zu tun hat. Seiner Verpflichtung zur Unparteilichkeit steht es nicht entgegen, wenn er den „Widerrufenden“ (und am besten immer auch abschriftlich den anderen Beteiligten) über die Rechtslage aufklärt, bspw. darüber, dass bei Vorliegen eines Anfechtungs-/Rücktrittsgrundes das entsprechende Gestaltungsrecht zu seiner Wirksamkeit durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner ausgeübt werden muss.²⁵⁵ Heikel wird es aber, wenn er zu seiner Überzeugungsbildung *gezielt* ergänzenden Sachvortrag oder Klarstellungen in bestimmten Punkten verlangt.²⁵⁶ In einer streitigen Angelegenheit darf der Notar nicht zum Hinweis- oder Stichwortgeber eines Beteiligten werden. Im Zweifel ist deshalb Zurückhaltung geboten und dem Widerrufenden zu raten, den Rat eines Rechtsanwalts einzuholen. Lehnt der Notar das einseitige Ersuchen, den Grundbuchvollzug zu unterlassen, ab, hat der Antragsteller immerhin die Gelegenheit, seinen Sachvortrag durch Einlegung einer Beschwerde beim Notar (dazu unten: E. I.2.) zu ergänzen.

Dass der Sachvortrag nicht nur ausreichend substantiiert, sondern ausdrücklich auch glaubhaft sein muss, heißt wohl, dass der Notar den vorgetragenen Sachverhalt nicht einfach als wahr unterstellen darf.²⁵⁷ Dabei bleibt freilich offen, wie der Notar sich mangels Beweiserhebung von der Glaubhaftigkeit überzeugen soll;²⁵⁸ mehr als

245 OLG Hamm 27.2.2003 – 15 W 398/02, DNotZ 2003, 848 (849); 16.2.2006 – 15 W 268/05, RNotZ 2006, 489 (491); OLG Köln 20.11.2006 – 2 Wx 20/06, NJW-RR 2007, 1361 (1362). S.a. DNotI-Report 1997, 109 ff. mit krit. Anm. Wolfsteiner.

246 Vgl. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl., 2017, Rn. 1425.

247 OLG Hamm 27.2.2003 – 15 W 398/02, DNotZ 2003, 848 (849); vgl. Keim MittBayNot 2003, 21 (25): Der Verkäufer trage das Vorleistungsrisiko für eventuelle Verzugszinsen.

248 DNotI-Report 1997, 109 (110) mit krit. Anm. Wolfsteiner.

249 Vgl. OLG Köln 20.11.2006 – 2 Wx 20/06, NJW-RR 2007, 1361 (1362).

250 Dazu oben bei Fn. 109.

251 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 28 aE; Sandkühler DNotZ 2009, 164 (168).

252 S.o. bei Fn. 127.

253 Vgl. Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 36 f.: Der Sachvortrag müsse „aussagekräftig und glaubhaft“ sein, eine „summarische Schlüssigkeitprüfung in der Art eines Erkenntnisverfahrens“ finde nicht statt.

254 Sandkühler DNotZ 2009, 164 (168 f.).

255 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 35; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 34.

256 Daher mE zu weitgehend Lerch, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 10: Der Notar sei verpflichtet, bei dem Widerrufenden nachzufragen und ihn auf die Bedenken hinsichtlich seines Vorbringens hinzuweisen und ihm „quasi «zur Nachbesserung»“ eine Frist zu setzen; ähnl. Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 34.

257 Sandkühler DNotZ 2009 164 (168); vgl. Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 36; aA Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 28.

258 Vgl. Sandkühler DNotZ 2009, 164 (168).

eine Plausibilitätskontrolle aufgrund allgemeiner Erfahrungssätze, Denk- und Naturgesetze kann kaum erwartet werden.

bb) Keine (durchgreifenden) Einwendungen oder nur fadenscheinige Stellungnahme des anderen Beteiligten

Selbst ausreichend substantiiert und glaubhaft vorgetragener Sachverhalt zur Begründung der Behauptung, dass der Kaufvertrag/Eigentumsverschaffungsanspruch aufgehoben, unwirksam oder rückabzuwickeln sei, rechtfertigt eine Aussetzung des Grundbuchvollzugs nach der Rechtsprechung aber nur dann, wenn der andere Beteiligte dem „nicht oder nur mit fadenscheinigen Behauptungen zu begnügen versucht“.

Der Notar muss den anderen Beteiligten deshalb über die einseitige Weisung und ihre Begründung informieren (ggf. durch Übersendung einer Kopie der schriftlich begründeten einseitigen Weisung)²⁵⁹ und ihm rechtliches Gehör gewähren, also angemessene Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Aus Gründen der Transparenz sollte er dies mE auch dann tun, wenn er die Begründung der negativen einseitigen Vollzugsanweisung von vorneherein für unbeachtlich hält. Hält er sie für sich allein genommen hingegen für ausreichend substantiiert und glaubhaft, hat der weitere Vollzug mindestens so lange zu unterbleiben, bis der andere Beteiligte Stellung genommen hat.

Die Anforderungen an eine etwaige Stellungnahme zur „Entkräftung“ der einseitigen Anweisung sind allerdings recht gering; sie darf nur nicht „fadenscheinig“ sein. Dem ist genügt, wenn der andere Beteiligte den vorgetragenen Sachverhalt substantiiert bestreitet,²⁶⁰ selbst (schlüssig) zur Begründung von Gegenrechten vorträgt oder (bei unklarer Rechtslage) abweichende Rechtsansichten vorbringt^{261, 262}. Soweit in der Rspr. gelegentlich auch formuliert wird, dass „der andere Beteiligte [...] keine durchgreifenden Einwendungen vorbringen kann“, erlaubt dies mE aber nicht den Schluss, dass der Notar „gedanklich alle in Betracht kommenden Einwendungen durchprüfen“ muss, unabhängig davon, ob der andere Beteiligte sie vorbringt/anspricht.²⁶³ Auch insoweit ist bei Hinweisen und Nachfragen im Zweifel Zurückhaltung geboten.²⁶⁴

cc) Analoge Anwendung von § 60 Abs. 3 BeurkG?

In der notarrechtlichen Literatur wurde und wird zT befürwortet,²⁶⁵ gem. § 60 Abs. 3 BeurkG analog auch bei der Entscheidung über die Befolgung einer einseitigen negativen Anweisung zum Grundbuchvollzug ausschließlich auf die Schlüssigkeit des einseitig vorgetragenen Sachverhalts abzustellen. Das OLG Hamm hat dies jedoch ausdrücklich

abgelehnt.²⁶⁶ An der Begründung seiner Entscheidung ist zutreffend, dass der Gesetzgeber bei Einführung von § 54 c BeurkG aF vergleichbare Fallgestaltungen bei § 53 BeurkG in den Blick genommen, sich aber trotzdem auf eine Regelung des einseitigen Widerrufs bei der notariellen Verwahrung von Geld beschränkt hat; dies spricht in der Tat gegen die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke.²⁶⁷ Die Begründung, dass für eine Verfahrensweise entsprechend § 60 Abs. 3 BeurkG beim Grundbuchvollzug auch kein (zwingendes) praktisches Bedürfnis bestehe, „weil dem Verkäufer eines Grundstücks – anders als bei der Auszahlung eines notariell verwahrten Geldbetrages – Möglichkeiten zur Sicherung ... gegen einen [rechtsgrundlosen] Verlust des Grundstückseigentums zur Verfügung stehen“²⁶⁸ (insb. Erwirkung eines im Wege der einstweiligen Verfügung zu erlassenden Erwerbsverbotes), überzeugt hingegen nicht. Denn auch bei der Verwahrung kann der Käufer im Wege einer einstweiligen Verfügung gegen den Verkäufer erreichen, dass das hinterlegte Geld weiter verwahrt werden muss (dazu oben: B.III.5.a), in Fn. 183).

Insgesamt ist der Unterschied zwischen den gesetzlichen Voraussetzungen für die Einstellung eines mehrseitigen Verwahrungsverfahrens auf einseitiges Verlangen einerseits und den Anforderungen, die die Rechtsprechung an die Einstellung des grundbuchlichen Vertragsvollzugs auf einseitiges Verlangen andererseits stellt, aber ohnehin nicht so groß, wie es auf den ersten Blick scheint. Denn die niedrigeren Anforderungen des § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG genügen nur für eine vorläufige Aussetzung des Verfahrens,²⁶⁹ und die Voraussetzungen, unter denen das Verfahren auch ausgesetzt bleibt, weil der Notar von der Befugnis zur Fristsetzung nach § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BeurkG ausnahmsweise keinen Gebrauch machen darf, sind keinesfalls niedriger als diejenigen einer von vorneherein „endgültigen“ Einstellung (dazu sogleich) des Grundbuchvollzugs (dazu oben: B. III.3.b) bb)). Dementsprechend unterscheidet sich auch der Prüfungsaufwand des Notars im Ergebnis nicht.

c) Aussetzung der Vollzugstätigkeit

Sind die vorstehenden Anforderungen erfüllt, hat der Notar die einseitige negative Anweisung zu befolgen, also abweichend von der gesetzlichen Vollzugspflicht oder einem alternativen gemeinsamen Vollzugauftrag von einer Einreichung der Auflassung beim Grundbuchamt abzusehen, selbst wenn die Vollzugsreife gegeben ist und der Kaufpreis gezahlt wurde. Dass er wie bei § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BeurkG aktiv auf eine Beseitigung des Vollzugshindernisses hinwirkt, ist beim Grundbuchvollzug nicht vorgesehen.²⁷⁰ Seine Entscheidung, den Grundbuchvollzug einzustellen, entspricht daher in ihrer verfahrenstechnischen Bedeutung der Entscheidung, nach einer Aussetzung des Verwahrungsverfahrens wegen einseitigen Widerspruchs gem. § 60 Abs. 3 S. 1 BeurkG von der Setzung einer Frist gem. § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BeurkG abzusehen.

259 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 41.

260 Hierzu BayObLG 1.9.2003 – 1 ZB 68/03, DNotZ 2004, 194 (195).

261 Vgl. OLG Hamm 16.2.2006 – 15 W 268/05, DNotZ 2006, 682 (683).

262 Hat ein Vertragsbeteiligter zur Begründung der angeblichen Unwirksamkeit des beurkundeten Vertrages jedoch nicht nur substantiiert und glaubhaft vorgetragen, sondern auch einen Nachweis durch öffentliche Urkunde erbracht, bspw. ein amtsärztliches Attest vorgelegt, dass seine Geschäftsunfähigkeit zum Zeitpunkt der Beurkundung bestätigt, wird der andere Beteiligte die Vermutung der Nichtigkeit des beurkundeten Vertrages kaum widerlegen können.

263 AA Sandkühler DNotZ 2009, 164 (169).

264 Vgl. oben bei und nach Fn. 255.

265 Sandkühler DNotZ 2009, 164 (171-173); vgl. Eylmann/Vaasen/Limmer BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 53 Rn. 13.

266 OLG Hamm 16.2.2006 – 15 W 268/05, DNotZ 2006, 682 (683). Hierzu auch Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, § 53 BeurkG Rn. 40; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 53 Rn. 21.

267 Lerch, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 54 c Rn. 9.

268 Hervorhebung d. Verf.

269 Ähnl. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl., 2017, Rn. 1431 (in Fn. 3307).

270 Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1994.

4. „Umschreibungsverbot“ – Einstellung des Vollzugs von Amts wegen (auch auf einseitiges Verlangen)

In den Ausnahme-Fallgruppen (2) und (3) (dazu oben: C.I.2.) wird die Befolgung der gesetzlichen Einreichungsverpflichtung bzw. einer alternativen gemeinsamen Anweisung der Beteiligten nicht durch den Willen der am Umschreibungsverfahren Beteiligten, sondern – wie bei § 61 BeurkG – allein durch die Amtspflichten des Notars begrenzt. Der Notar darf und muss unter diesen Umständen daher auch ohne Veranlassung durch einen Beteiligten, dh sogar gegen den Willen beider Beteiligten, den Vollzug gem. § 14 Abs. 2 BNotO verweigern. Auf die maßgeblichen Umstände wird er jedoch häufig durch den Sachvortrag eines Beteiligten zur Begründung eines einseitig verlangten „Vollzugsstopps“ aufmerksam.²⁷¹

a) Drohende Unrichtigkeit des Grundbuchs (Fallgruppe (2))

Obleich man darüber diskutieren mag, inwieweit er neben dem Grundbuchamt Garant für die Richtigkeit des Grundbuchs ist,²⁷² würde der Notar sich mindestens unredlich verhalten, wenn er wissentlich daran mitwirkte, dass das Grundbuch unrichtig wird. Dies wäre bspw. der Fall, wenn er die Umschreibung des Eigentums aufgrund einer Auflassung beantragte, von deren Unwirksamkeit er überzeugt ist.²⁷³ Unredlich kann es ferner sein, wenn er die Vormerkung des Eigentumsverschaffungsanspruchs des Käufers im Grundbuch beantragte, obgleich er diesen Anspruch²⁷⁴ für unwirksam hält.²⁷⁵

Die eigenständige Bedeutung dieser Fallgruppe für Weisungskonflikte betreffend die Eigentumsumschreibung bei einem gewöhnlichen Grundstückskauf, bei dem *in derselben Urkunde* außer den schuldrechtlichen Vereinbarungen auch bereits die Auflassung enthalten ist, ist aber recht gering. Denn dass bei dieser Gestaltung *allein* die dinglichen und grundbuchverfahrensrechtlichen Erklärungen unwirksam sind, dürfte praktisch kaum einmal vorkommen. Häufiger spielen (angebliche) Umstände eine Rolle, die ggf. die Nichtigkeit aller beurkundeten Erklärungen zur Folge haben, wie etwa Geschäfts-/Prozessunfähigkeit eines Urkundsbeteiligten, Ausbleiben der Genehmigung vollmachtlosen Vertreterhandelns oder Mängel des Beurkundungsverfahrens. Dann ist aber *auch* der schuldrechtliche Vertrag unwirksam, so dass bereits die Voraussetzungen der Fallgruppe (1) erfüllt sind, wenn –

wie regelmäßig anzunehmen ist – der Vollzug mit der Wirksamkeit des Vertrages stehen und fallen sollte und ein Beteiligter wegen der Unwirksamkeit dem weiteren Vollzug widerspricht. Eigenständige Bedeutung hat die Fallgruppe (2) in solchen Fällen nur insofern, als die Unwirksamkeit der Auflassung eine Amtsweigerung des Notars auch dann rechtfertigt, wenn kein Beteiligter aufgrund der Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrages dem weiteren Vollzug widerspricht; erforderlich ist hierfür aber ein *hoher* Wahrscheinlichkeitsgrad.²⁷⁶ Ist hingegen *nur* der schuldrechtliche Vertrag unwirksam (Fallgruppe (1)), steht dies der Eigentumsumschreibung²⁷⁷ unter dem Aspekt der *drohenden Unrichtigkeit des Grundbuchs* nicht entgegen,²⁷⁸ da die Wirksamkeit der in derselben Urkunde enthaltenen Auflassung wegen des Trennungs- und Abstraktionsprinzips unberührt bleibt, sofern nicht ein Fall materiell-rechtlicher Fehleridentität vorliegt.²⁷⁹

b) Mitwirkung bei der Verfolgung unerlaubter oder unredlicher Zwecke (Fallgruppe (3))

Bei Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts kann der Notar den Grundbuchvollzug²⁸⁰ einer wirksamen Auflassung aber *aus anderen Gründen* deshalb zu verweigern haben, weil er sonst erkennbar an der Verfolgung unerlaubter oder unredlicher Zwecke mitwirken würde.

aa) „Einwand der Schwarzgeldabrede“

Dies ist beim Kaufvertrag vor allem beim „Schwarzkauf“ von Bedeutung.²⁸¹ Auch insoweit muss der Vollzug *von Amts wegen* unterbleiben; häufig ergeben sich die notwendigen Anhaltspunkte aber aus dem Sachvortrag eines Vertragsbeteiligten, typischerweise des Verkäufers, der der planmäßigen Eigentumsumschreibung widerspricht („Einwand der Schwarzgeldabrede“). Auch wenn beim „Schwarzkauf“ nach hM nicht die rechtliche Missbilligung, sondern der Formmangel der Grund der Unwirksamkeit des gewollten Geschäfts ist,²⁸² wäre es mit der Ver-

271 Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 36; vgl. zu § 61 BeurkG bei Fn. 155.

272 Vgl. Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 34; Weber RNotZ 2017, 427 (428) bezeichnet den Notar nach der Neuregelung von § 15 Abs. 3 GBO als „Garant für die materielle Richtigkeit von [beurkundeten und beglaubigten] Grundbucheklärungen“; kritisch noch Block, Die Umschreibung im notariellen Grundstückskaufvertrag – Grundlagen und Vollzugsstörungen, 2005, S. 121-124.

273 Dann fehlt es übrigens nicht nur an der Vollzugsreife, sondern überhaupt am Vollzugsgegenstand (Willenserklärungen zur Einreichung beim Grundbuchamt, vgl. § 53 BeurkG).

274 Wenn dieser Anspruch – wie beim Grundstückskauf üblich – in derselben Urkunde wie die Bewilligung enthalten ist, sind ggf. auch die Voraussetzungen der Fallgruppe (1) erfüllt, so dass der Notar vom grundbuchlichen Vollzug der Urkunde auf Verlangen eines Beteiligten (typischerweise des Verkäufers) abzusehen hätte.

275 Auch hierbei droht die Unrichtigkeit des Grundbuchs, nämlich wegen der Akzessorietät der Vormerkung; vgl. hierzu OLG Hamm 8.1.2008 – 15 W 195/07, RNotZ 2008, 432 (434).

276 BayObLG 27.5.1998 – 3Z BR 26/98649, DNotZ 1998, 648 (650); OLG Hamm 1.2.1994 – 15 W 38/94, MittRhNotK 1994, 183 (184); vgl. OLG Frankfurt 9.7.1997 – 20 W 311/95197, DNotZ 1998, 196 (200); vgl. Pfälz. OLG Saarbrücken 21.12.2001 – 3 W 301/01, MittBayNot 2002, 126.

277 Anders bei der Vormerkung des Eigentumsverschaffungsanspruchs, hierzu bereits bei und in Fn. 275.

278 Missverständnis daher Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 53 Rn. 12 bei Fn. 23. Auch die Annahme, dass die Auflassung durch die Wirksamkeit des Kausalgeschäfts bedingt sei, scheidet wegen § 925 Abs. 2 BGB aus, und der schuldrechtliche und der in derselben Urkunde enthaltene dingliche Vertrag bilden auch kein einheitliches Rechtsgeschäft iSv § 139 BGB; hierzu: BeckOK BGB/Wendtlandt, 44. Ed., Stand 1.11.2017, § 139 Rn. 9 f.; MüKoBGB/Busche, BGB, 7. Aufl. (2015), § 139 Rn. 20-22; BGH 21.6.2012 – V ZB 283/11 Rn. 7, DNotZ 2012, 826 (827).

279 Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 53 Rn. 21. „Fehleridentität“ stand etwa in dem Fall von OLG Köln 13.6.1990 – 2 Wx 16/90, OLGZ 1990, 397 in Rede, weil die Veräußerer sich u. a. auf Anfechtung wegen rechtswidriger Drohung beriefen. Das Gericht gab iE dem Vollzug den Vorrang.

280 Ausfertigungen darf der Notar ggf. auch nicht erteilen; OLG Jena 4.11.1998 – 6 W 677/98, DNotl-Rep. 1999, 169 f.

281 BayObLG 28.11.1997 – 3Z BR 241/97, DNotZ 1998, 645 f.; OLG Köln, 19.5.1999 – 2 Wx 18/99, MittBayNot 1999, 318; OLG Frankfurt 21.2.2017 – 20 W 327/15, BeckRS 2017, 112560.

282 Vgl. BGH 23.6.1997 – II ZR 220/95, NJW 1997, 2599; 5.7.2002 – V ZR 229/01, NJW-RR 2002, 1527. Das LG Münster 21.11.2014 – 16 O 68/14 (juris) hält dies aufgrund des härteren Vorgehens gegen Steuerhinterziehung sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Rspr. der vergangenen Jahre (zuletzt BGH 16.3.2017 – VII ZR 197/16, NJW 2017, 1808) für überholt.

pflichtung des Notars zu redlicher Amtsführung nicht zu vereinbaren, einem Geschäft, bei dem das Beurkundungserfordernis gezielt zur Erreichung unredlicher/unerlaubter Zwecke (Hinterziehung von Grunderwerbsteuer, Notar- und Grundbuchamtsgebühren) umgangen wird, durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch gem. § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB zur Gültigkeit zu verhelfen.²⁸³ Auf eine Heilung des unwirksamen Rechtsgeschäfts hinzuwirken, ist in solch einem Fall²⁸⁴ nicht Aufgabe des Notars.²⁸⁵

Nach einer Entscheidung des BayObLG führt der Einwand der Schwarzgeldabrede gleichwohl nicht unter niedrigeren Voraussetzungen als der einseitige Vortrag eines (anderen) Nichtigkeits- oder Unwirksamkeitsgrundes zur Einstellung des Vollzugs: Wenn nach der Stellungnahme des anderen Vertragsteils die behauptete Unterverbriefung (substantiiert) bestritten sei und ernsthaft in Betracht komme, dass die Parteien selbst bei Vorliegen der formnichtigen Nebenabrede den beurkundeten Teil des Rechtsgeschäfts aufrechterhalten wollten, sei die Nichtigkeit nicht hinreichend wahrscheinlich und habe der Notar deshalb zu vollziehen.²⁸⁶ Für eine Einstellung des Vollzugs ohne entsprechende Weisung eines Beteiligten, dh gegen den Willen aller Beteiligten, liegen die Voraussetzungen sogar höher, da die Rspr. insoweit regelmäßig positive Kenntnis vom Vorliegen eines Schwarzkaufs/Scheingeschäfts verlangt.²⁸⁷ Ist der Notar aber aufgrund des Vortrags eines Vertragsbeteiligten einmal davon überzeugt, dass der beurkundete Kaufvertrag wegen einer nicht beurkundeten „Schwarzgeldabrede“ nichtig ist, bleibt es bei der Einstellung des Vertragsvollzugs auch dann, wenn der Beteiligte seinen Vortrag später „fallenlässt“ und den weiteren Vollzug wünscht.²⁸⁸

bb) Hinwirken auf Heilung der Formnichtigkeit in anderen Fällen?

Aus einem Vergleich zwischen den Fallgruppen (1) und (3) ergibt sich, dass die Unwirksamkeit des beurkundeten Grundstückskaufvertrages dem grundbuchlichen Vollzug der (wirksamen) Auflassung nur dann im Wege steht, wenn

- anzunehmen ist, dass der Vollzug nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien mit der Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrags „steht und fällt“ (dies ist die Regel) und (mindestens) ein Beteiligter unter Berufung auf die Unwirksamkeit dem Vollzug widerspricht (Fallgruppe (1)) oder
- der Vollzug, selbst wenn er von allen Beteiligten trotz der Nichtigkeit ausdrücklich verlangt wird, der Verfolgung unredlicher oder unerlaubter Zwecke dienen würde (Fallgruppe (3)).

283 Vgl. BayObLG 28.11.1997 – 3Z BR 241/97, DNotZ 1998, 645 (646); LG Bayreuth 10.5.2010 – 42 T 6/10, BeckRS 2011, 02818; OLG Frankfurt 21.2.2017 – 20 W 327/15, BeckRS 2017, 112560 (Rn. 20); BGH 16.2.1987 – NotSt (Brfg) 1/86, DNotZ 1987, 558. Nach LG Münster 21.11.2014 – 16 O 68/14 (juris) führt der Vollzug des beurkundeten Rechtsgeschäfts hingegen nicht zur Heilung, weil das nicht beurkundete Rechtsgeschäft nicht (nur) gem. § 125 BGB, sondern auch gem. § 134 BGB nichtig sei.

284 Zu anderen Fällen sogleich: C. I.4.b) bb).

285 BayObLG 28.11.1997 – 3Z BR 241/97, DNotZ 1998, 645 (646).

286 BayObLG 27.10.1999 – 3Z BR 316/99, DNotZ 2000, 372 (373), BeckRS 1999, 10145, Rz. 14 f.

287 Vgl. hierzu BGH 16.2.1987 – NotSt (Brfg) 1/86, DNotZ 1987, 558, 21.6.2012 – V ZB 283/11, DNotZ 2012, 826 (Rn. 5).

288 OLG Frankfurt 21.2.2017 – 20 W 327/15, BeckRS 2017, 112560.

Dabei führt die Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts *für sich allein genommen* aber nicht dazu, dass der Notar durch Veranlassung der Eigentumsumschreibung an der Verfolgung unerlaubter oder unredlicher Zwecke mitwirken würde.²⁸⁹ Insbesondere ist es nicht *per se* rechtlich missbilligt, durch den Grundbuchvollzug darauf hinzuwirken, dass ein *formnichtiges* Kausalgeschäft geheilt wird; immerhin sieht § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB diese Möglichkeit ausdrücklich vor.

Ein Missbrauch der Heilungsmöglichkeit, an dem der Notar nicht mitwirken darf, liegt aber jedenfalls dann vor, wenn die Beteiligten sie *gezielt* ausnutzen, um das Beurkundungserfordernis *zur Verfolgung unerlaubter oder unredlicher Zwecke* zu umgehen.²⁹⁰ So ist es beim Schwarzkauf (s. o.). Ähnlich liegen die Dinge, wenn die Parteien bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages trotz Einheits-/Verknüpfungswille Abreden über die Verpflichtung zur Bebauung des Kaufgrundbesitzes nicht mitbeurkunden lassen,²⁹¹ jedenfalls wenn ein eigentlich beabsichtigter Bauträgervertrag in der Absicht verschleiert wird, Grunderwerbsteuer zu „sparen“.

Wenn der beurkundete Vertrag hingegen gem. §§ 311 b Abs. 1 S. 1, 125 S. 1, 139 BGB nichtig ist, weil die Parteien bspw. (wesentliche) Abreden über eine vorzeitige Schlüsselübergabe oder gar einen vorzeitigen Besitzübergang, vorbehaltene Nutzungsrechte o.ä. *ohne unlaute Motive* nicht haben mitbeurkunden lassen, und der Notar hiervon nach Abschluss der Niederschrift erfährt,²⁹² ist er nach vorzugswürdiger Ansicht²⁹³ weder verpflichtet noch berechtigt, *von sich aus* die nach wie vor *von allen Vertragsbeteiligten begehrten* Vollzugshandlungen abzulehnen (bzw. von einer vorherigen erneuten Beurkundung des *vollständigen* beabsichtigten Vertrages abhängig zu machen). Selbst wenn der Notar in solch einem Fall von Nebenabreden wegen der angeblichen Nichtigkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts *einseitig* um die Einstellung des planmäßigen Vertragsvollzugs ersucht wird, rechtfertigt dies nach hier vertretener Ansicht keinen „Vollzugsstopp“. Denn nachdem er bei der Beurkundung über die Reichweite des Beurkundungserfordernisses gem. § 311 Abs. 1 S. 1 BGB und die Folgen einer unvollständigen Beurkundung belehrt hat, hat der Notar grundsätzlich davon auszugehen, dass etwaige (angebliche) Nebenabreden entweder unwesentlich sind oder sonst der gemeinsame Vollzugauftrag *einvernehmlich* auch und gerade für den Fall erteilt wurde,

289 Vgl. Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 4 Rn. 16.

290 Vgl. Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 35 aE; Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 4 Rn. 16.

291 Vgl. OLG Hamm 8.1.2008 – 15 W 195/07, RNotZ 2008, 432 ff., wobei es allerdings nicht um einen „Vollzugsstopp“ von Amts wegen, sondern auf Verlangen des Käufers ging; hierzu auch Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 30 und Block, Skript zum 26. Vorbereitungsjahr auf die notarielle Fachprüfung, 2015, Teil 1 – Bd. 5 b: Notarielle Verwahrungstätigkeit, S. 184.

292 Es mag vorkommen, dass der Verkäufer dem Käufer nach Abschluss der Niederschrift noch am Beurkundungstisch die Schlüssel übergibt oder sich beim Käufer erkundigt, wann dieser mit den Renovierungsarbeiten beginnen wolle oder wie weit die bereits begonnenen Arbeiten vorangeschritten seien. Die Annahme, dass die Verbindlichkeit derartiger Abreden aus Sicht der Parteien nicht gewollt sei, oder dass die entsprechende Abrede eine „logische Sekunde“ nach dem Abschluss des Grundstückskaufs getroffen worden sei, wird häufig auf eine bloße Fiktion hinauslaufen.

293 Vgl. Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 8 (zur Verwahrung); aA offenbar Winkler MittBay-Not 1998, 141 (145).

dass (auch) der beurkundete Teil des Rechtsgeschäfts gem. §§ 125 S. 1, 139 BGB nichtig ist, damit dem wirklich gewollten Rechtsgeschäft gem. § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB zur Wirksamkeit verholfen wird. Demnach hat er den Vollzug bei (möglicher) Nichtigkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts wegen Nichtbeurkundung „harmloser“ Nebenabreden nur dann einzustellen, wenn dies beide Parteien übereinstimmend verlangen.²⁹⁴ Er sollte sich hierüber aber bei den Parteien vergewissern, also auf den Formmangel und seine Folgen hinweisen und über die Bedeutung und (beschränkte) Reichweite²⁹⁵ der Heilung belehren.

5. Entscheidung des Notars

Im Konfliktfall muss der Notar also stets beide Vertragsparteien anhören; nach sorgfältiger Prüfung kommen die folgenden Entscheidungen in Betracht:

a) Aussetzung des Vollzugs

Findet er den Sachvortrag zur Begründung der einseitigen negativen Weisung ausreichend substantiiert, schlüssig und glaubhaft und bleibt Gegenvorbringen aus oder ist es als unerheblich oder fadenscheinig anzusehen, darf der Notar die Eigentumsumschreibung bis auf Weiteres nicht veranlassen (dazu bereits oben: C. I.3.c)). Der Käufer kann gegen diese Verfahrensentscheidung gem. § 15 Abs. 2 BNotO Beschwerde einlegen. Ferner kann er den Verkäufer auf Eigentumsverschaffung (bzw. auf Anweisung an den Notar, die Eigentumsumschreibung zu veranlassen) verklagen.

b) Fortsetzung des Vollzugs

Hält der Notar den Vortrag des Verkäufers von vorneherein für nicht ausreichend substantiiert, unschlüssig oder ungläubhaft oder entnimmt er der Stellungnahme des Käufers erhebliches und glaubhaftes Gegenvorbringen, hat er die einseitige Weisung unbeachtet zu lassen und das Verfahren gemäß der anfänglichen übereinstimmenden Weisung der Beteiligten weiter zu betreiben, bei Vorliegen der Umschreibungsvoraussetzungen also die Eigentumsumschreibung veranlassen.

Gegen diese Verfahrensentscheidung, durch die seine einseitige negative Weisung ablehnend beschieden wird, und ggf. gegen die förmliche Ankündigung des Notars, die Eigentumsumschreibung zu veranlassen (ausf. zum Vorbescheid: E.), kann der Verkäufer gem. § 15 Abs. 2 BNotO Beschwerde einlegen. Ferner kann er im Wege einer einstweiligen Verfügung nach der ZPO ein Erwerbsverbot gegen den Käufer,²⁹⁶ das ggf. einer beachtlichen Weisung an den Notar zur Aussetzung des Vollzugs gleichsteht,²⁹⁷ oder, falls er die Auflassung für nichtig hält, die Eintragung eines Widerspruchs in das Grundbuch²⁹⁸ erwirken. Dem Vorschlag, den Verkäufer zu einem entsprechen-

den Vorgehen gegen den Käufer (gezielt) *aufzufordern*,²⁹⁹ sollte der Notar mE mit Blick auf seine Unparteilichkeit aber besser nicht folgen.

II. Konflikte betreffend die Bewilligungsvollmacht

Ähnlich konfliktreich wie die Einreichung der vollzugsreifen Urkunde beim Grundbuchamt kann (sozusagen auf der vorgelagerten Ebene) die Herstellung der Vollzugsreife sein, soweit der Kaufvertrag zur Umschreibungsüberwachung vorsieht, dass der Verkäufer sich die Eintragungsbewilligung bei der Auflassung vorbehält und der Notar diese Erklärung in seinem Namen nachholen soll, sobald der Kaufpreis gezahlt ist.

1. Einseitige Weisungen zum Gebrauch

Entsprechend den zuvor erörterten Grundsätzen zur wechselseitigen Bindung der Auftraggeber im Rahmen mehrseitiger Treuhandaufträge an den Notar ist klar, dass einseitige Weisungen auch betreffend den Gebrauch der Vollmacht grundsätzlich unbeachtlich sind. Denn auch der Verpflichtung des Notars zum Gebrauch der ihm erteilten Bewilligungsvollmacht liegt ein besonderer Betreuungsauftrag (§ 24 Abs. 1 BNotO) zugrunde, den *beide* Vertragspartner *gemeinsam* zum Ausgleich ihrer gegenläufigen Sicherungsinteressen erteilen.³⁰⁰ Aus der Parteivereinbarung, auf der wiederum dieser Auftrag beruht, ergibt sich, dass die Weisungsbefugnis zum Gebrauch der Vollmacht beiden Parteien gemeinsam zusteht, obwohl allein der Verkäufer Vollmachtgeber ist,³⁰¹ sowie dass die Befugnis, den Auftrag an den Notar und die zu seiner inhaltlichen Gestaltung erteilte Anweisung einseitig zurückzunehmen, ausgeschlossen ist, und aufgrund der Besonderheiten des notariellen Treuhandverfahrens sind diese Abreden nicht nur schuldrechtlich, sondern auch verfahrensrechtlich wirksam.

Deshalb kann insbesondere der Verkäufer als Vollmachtgeber weder den Inhalt des Auftrags zum Gebrauch der Vollmacht einseitig ändern oder ergänzen; der Käufer hat als weiterer Auftraggeber vielmehr Anspruch darauf, dass der Notar von der ihm erteilten Vollmacht bei Vorliegen der gemeinsam festgelegten Ausübungsvoraussetzungen Gebrauch macht. Anders als bei Bevollmächtigung seiner Mitarbeiter³⁰² besteht eine entsprechende Verpflichtung

294 Vgl. Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 d Rn. 8 (zur Verwahrung).

295 Dazu BeckOK BGB/Gehrlein, 44. Ed., Stand 1.11.2017, § 311 b Rn. 37.

296 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 45; OLG Hamm 16.2.2006 – 15 W 268/05, DNotZ 2006, 682 (684); LG Frankenthal 23.1.1996 – 1 T 61/96, MittBayNot 1996, 321 (322); OLG Köln 13.6.1990 – 2 Wx 16/90, OLGZ 1990, 397 (401); OLG Frankfurt 9.7.1997 – 20 W 311/95197, DNotZ 1998, 196 (200).

297 Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 40; OLG Hamm, 16.2.2006 – 15 W 268/05, DNotZ 2006, 682 (684).

298 Vgl. Block, Die Umschreibung im notariellen Grundstückskaufvertrag – Grundlagen und Vollzugsstörungen, 2005, S. 192 f., der die verfahrensrechtlichen Grundsätze zum Vorbescheid im Falle von Vollzugsstörungen bei der Eigentumsumschreibung deshalb generell für nicht anwendbar hält.

299 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 45 aE; zurückhaltender Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 40 (eine entspr. Amtspflicht des Notars bestehe nicht).

300 Vgl. Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 24 Rn. 83-86.

301 Auch bei der Hinterlegung des Kaufpreises „wird der Treuhandauftrag als gemeinschaftliches Ansuchen verstanden, ohne daß auf die Frage der wirtschaftlichen Zuordnung des Hinterlegungsbetrages zum Vermögen eines Beteiligten eingegangen wird.“, Preuß, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 165.

302 OLG Frankfurt a.M. 7.12.1999 – 20 W 471/99, MittBayNot 2000, 466 (467); Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 24 Rn. 77, 79; Eylmann/Vaasen/Hertel, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 53 Rn. 13. Nach Dieterle BWNNotZ 1991, 172 (173) muss nicht nur, sondern darf auch nicht von der Mitarbeitervollmacht Gebrauch gemacht werden, „wenn der Vollmachtgeber zu erkennen gibt, daß er Einwendungen gegen den Vertrag oder Teile des Vertrages erhebt“.

des Notars, wenn er selbst beauftragt und bevollmächtigt ist.³⁰³ Etwas anderes gilt – ebenfalls entsprechend den vorstehenden Ausführungen – dann, wenn der Verkäufer zur Begründung seines einseitigen Verlangens, vom Gebrauch der Vollmacht abzusehen, schlüssig und glaubhaft vorträgt, dass der Kaufvertrag aufgehoben, unwirksam oder rückabzuwickeln sei, und der Käufer dem nicht oder nur mit fadenscheinigen Behauptungen zu begegnen versucht.

2. Widerruf der Vollmacht

Dementsprechend ist auch ein (freier) Widerruf der Vollmacht durch den Verkäufer ausgeschlossen. Die Begründung ist im Wesentlichen dieselbe, richtet sich allerdings nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen. Denn obgleich das Handeln des Notars als „gewillkürter Vertreter“ aufgrund eines besonderen Betreuungsauftrags ausschließlich dem öffentlichen Recht unterliegt,³⁰⁴ ist die Erteilung der Vollmacht ein bürgerlich-rechtliches Mittel zur Erfüllung seines öffentlich-rechtlichen Auftrags.³⁰⁵ Für die Widerruflichkeit gilt deshalb § 168 BGB entsprechend, wonach Vollmachtgeber und Bevollmächtigter die „Unwiderruflichkeit“ vereinbaren können.³⁰⁶ Insoweit kommt es auf den Inhalt des der Vollmacht zugrunde liegenden (Kausal-)Geschäfts an, dessen Auslegung auch dann einen rechtfertigenden Grund für eine Bindung des Vollmachtgebers ergeben kann, wenn dies nicht ausdrücklich erklärt wurde; maßgebend ist die Interessenlage der Parteien.³⁰⁷ So ist regelmäßig dann von einem Ausschluss des Widerrufsrechts des Vollmachtgebers auszugehen, wenn die Bevollmächtigung im ausschließlichen oder wenigstens gleichwertigen Interesse des Bevollmächtigten liegt.³⁰⁸

Das der Bevollmächtigung des Notars unmittelbar zugrunde liegende Rechtsverhältnis ist der Betreuungsauftrag (§ 24 BNotO) an den Notar. Dessen Auslegung ergibt, dass der Vollmachtgeber (Verkäufer) die Vollmacht vor allem aus „Bequemlichkeit“³⁰⁹ erteilt, um die Erklärung der Eintragungsbewilligung nach der Kaufpreiszahlung nicht selbst in der Form des § 29 GBO abgeben zu müssen. Der bevollmächtigte Notar hat ein „eigenes“ Interesse an der Bevollmächtigung nur insoweit, als er auf die Erteilung und Aufrechterhaltung der Vollmacht angewiesen ist, um seinen Treuhandauftrag (auch) gegenüber dem Käufer als weiterem Auftraggeber erfüllen zu können. Vor allem liegt die Bevollmächtigung des Notars nämlich im (Sicherungs-)Interesse des Käufers. Insoweit ist wiederum die zwischen Verkäufer und Käufer bestehende Abrede als Grundlage für den gemeinsamen Auf-

trag an den Notar in die Betrachtung einzubeziehen: Diese enthält die eigentliche Vereinbarung über den Ausschluss der Befugnis zum Widerruf der Vollmacht bzw. über die Verpflichtung des Verkäufers zur Aufrechterhaltung der Vollmacht, der auch gegenüber dem gemeinsam beauftragten Notar wirkt.³¹⁰ Die Vollmacht ist also „unwiderruflich“ erteilt,³¹¹ dh sie kann nicht beliebig, sondern nur *aus wichtigem Grund* widerrufen werden.³¹² Ein solcher Grund ist entsprechend den vorstehend erörterten Grundsätzen ebenfalls nur bei Aufhebung, Unwirksamkeit und Rückabwicklung des abzuwickelnden Vertrages anzunehmen, weil die Bevollmächtigung des Notars ggf. zwecklos ist.

D. Löschungserleichterungsklausel

Zu einem Weisungskonflikt kann es bei der Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages schließlich auch kommen, wenn die Vertragsparteien den Notar für den Fall, dass der Verkäufer wegen Zahlungsverzugs des Käufers von dem beurkundeten Kaufvertrag zurücktritt und die Vormerkung des Eigentumsverschaffungsanspruchs des Käufers hierdurch gegenstandslos wird, beauftragt haben, die Löschung der Vormerkung schnell und unkompliziert, insb. ohne Mitwirkung des Käufers und zur Not sogar gegen dessen Willen, zu veranlassen. Im Wesentlichen handelt es sich auch hierbei um ein *mehrseitiges* Treuhandverfahren.³¹³ Denn *der Käufer* vertraut dem Notar im Sicherungsinteresse des Verkäufers Rechtsmacht zur Löschung der Vormerkung an und legt *gemeinsam mit dem Verkäufer* abschließend die Voraussetzungen fest, unter denen der Notar von dieser Rechtsmacht Gebrauch machen darf (und muss).

I. Gestaltungsvarianten und -parallelen zur Umschreibungsüberwachung

Hierzu werden drei verschiedene Gestaltungen praktiziert: Die „Schubladenlöschungsbewilligung“, die „Löschungsvollmacht“ und die „auflösend bedingte Vormerkung“.³¹⁴ Dabei entsprechen im konstruktiven Vergleich zur Umschreibungsüberwachung die Schubladenlöschung der Ausfertigungs- und Vorlagesperre und die Vollmachtlösung dem Vorbehalt der Eintragungsbewilligung; lediglich die Bedingungsauflösung findet wegen der Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB) keine

303 Vgl. *Reithmann* ZNotP 2005, 322 (325 f.).

304 Vgl. zur Vollzugs-, insb. Antragsvollmacht: BeckOK GBO/*Reetz*, 31. Ed., Stand 1.2.2018, § 15 Rn. 15; LG Düsseldorf 14.11.2001 – 25 T 822/01, MittBayNot 2002, 526 f. mAnm *Reithmann*. Der Notar betreut die Beteiligten in seiner Eigenschaft als *Amtsträger*; Schnippel/Bracker/*Reithmann*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 24 Rn. 2-6; vgl. *Bräu*, Die Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rn. 95 (zur Verwahrung).

305 Schnippel/Bracker/*Reithmann*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 24 Rn. 81.

306 BeckOK BGB/*Schäfer*, 44. Ed., Stand 1.11.2017, § 168 Rn. 20; Meikel/*Böttcher*, GBO, 11. Aufl., 2015, Einl. E Rn. 54.

307 Meikel/*Böttcher*, GBO, 11. Aufl., 2015, Einl. E Rn. 51, 54, 84.

308 Hierzu mwN BeckOK BGB/*Schäfer*, 44. Ed., Stand 1.11.2017, § 168 Rn. 21; BeckOK BGB/*Gehrlein*, 44. Ed., Stand: 1.11.2017, § 311 b Rn. 16; MüKoBGB/*Schubert*, 7. Aufl. 2015, § 168 Rn. 23 f., 27; Meikel/*Böttcher*, GBO, Einl. E Rn. 51, 54, 83, 85, 105.

309 Vgl. OLG Frankfurt 7.12.1999 – 20 W 471/99, MittBayNot 2000, 466 (467); *Wolfsteiner* DNotI-Report 1997, 109 (112); DNotI-Report 2000, 170 (Verfahrensvereinfachung).

310 Die Dinge liegen also so, als würde der Verkäufer eigentlich, und zwar unter der vom beurkundenden Notar zu überwachenden Voraussetzung der Kaufpreiszahlung, den Käufer unwiderruflich bevollmächtigen und dieser sogleich mit dem Einverständnis des Verkäufers dem Notar Untervollmacht erteilen.

311 Im Ergebnis auch so *Reithmann* ZNotP 2005, 322 (325); *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl., 2017, Rn. 1420 und wohl auch *Block*, Die Umschreibung im notariellen Grundstückskaufvertrag – Grundlagen und Vollzugsstörungen, 2005, S. 176, 180.

312 BeckOK BGB/*Schäfer*, 44. Ed., Stand 1.11.2017, § 168 Rn. 26; MüKoBGB/*Schubert*, 7. Aufl. 2015, § 168 Rn. 29; Meikel/*Böttcher*, GBO, 11. Aufl., 2015, Einl. E Rn. 85.

313 Schnippel/Bracker/*Reithmann*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 24 Rn. 89-91.

314 Ausf. hierzu: *Hagenbucher* MittBayNot 2003, 249 (252 ff.); NotarHB/*Everts*, Kap. A. I. (Grundstückskauf), Rn. 425; *Weber* RNotZ 2015, 195 (197); *Weber* DNotZ 2016, 2016, 85 (86-88); vgl. auch Schnippel/Bracker/*Reithmann*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 24 Rn. 89-91.

konstruktive Entsprechung bei der Umschreibungsüberwachung.

Anders als bei der Umschreibungsüberwachung (oder der notariellen Verwahrung) wird die „Löschungsabrede“³¹⁵ der Parteien als Grundlage für die Beauftragung des Notars jedoch nicht gegenstandslos, falls der Kaufvertrag „scheitert“; denn gerade für diesen Fall wird dieser Auftrag erteilt, und wenn der Käufer weiterhin ernsthaft am Erwerb des Eigentums am Kaufgrundbesitz und an der Aufrechterhaltung des Vormerkungsschutzes interessiert ist, liegt es auch eher fern, einen Widerspruch gegen die weisungsgemäße Veranlassung der Vormerkungslöschung durch den Notar darauf zu stützen, dass der Kaufvertrag nichtig oder aus anderen Gründen nicht vollziehbar sei.³¹⁶

II. Widerspruch gegen die Löschung der Vormerkung wegen angeblicher Unwirksamkeit der Löschungsklausel

Näher liegt das Vorbringen, dass lediglich die den Kaufvertrag ergänzende und dem Betreuungsauftrag an den Notar zugrunde liegende Löschungsabrede unwirksam bzw. nicht vollziehbar sei. Solch ein Fall hat den BGH in jüngerer Vergangenheit als dritte Instanz in einem Beschwerdeverfahren gegen einen notariellen Vorbescheid beschäftigt.³¹⁷ Die Anweisung an den Notar sah die Löschung der Eigentumsvormerkung des Käufers vor, falls der Verkäufer dem Notar gegenüber den Zugang einer Rücktrittserklärung (wegen angeblichen Zahlungsverzugs) beim Käufer nachweist und der Käufer nach Aufforderung durch den Notar diesem gegenüber nicht nachweist, seiner vertraglichen Zahlungsverpflichtung in vollem Umfang nachgekommen zu sein. Der BGH befand, dass viel dafür spreche, dass diese Gestaltung den Käufer unangemessen benachteilige und die der Weisung zugrunde liegende schuldrechtliche Abrede deshalb unwirksam sei.³¹⁸ Er blieb der bisherigen Linie der Rechtsprechung³¹⁹ aber treu, sofern er feststellte, dass es nicht Aufgabe des Notars (und daher auch nicht der über eine Notarbeschwerde zu entscheidenden Gerichte) sei, schwierige Rechtsfragen zu entscheiden, insbesondere betreffend die materiell-rechtliche Wirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen, falls deren Unwirksamkeit nicht *ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar* ist.³²⁰

Durch einen erstaunlichen Kunstgriff³²¹ kam das Gericht gleichwohl zu dem Ergebnis, dass der Notar die Weisung nicht befolgen dürfe: Eine Weisung, deren Wirksamkeit eine Vertragspartei *mit beachtlichen Gründen* bestreitet (dazu dürfen die erhobenen Bedenken nur nicht *offensichtlich unbegründet* sein),³²² dürfe der Notar nicht ausführen, wenn dadurch – der Entscheidung des Streits der Beteiligten vorgreifend – dem Widersprechenden unter Umständen unberechtigterweise seine Rechte genommen würden; denn andernfalls würde der Notar mit seiner Amtstätigkeit zum Vertreter einer Partei und könnte der ihm mit § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO zugewiesenen Aufgabe eines unabhängigen und unparteiischen Betreuers der Beteiligten nicht mehr gerecht werden.³²³ Er müsse ggf. seine Amtstätigkeit nach § 14 Abs. 2 BNotO ablehnen und die Beteiligten auf den Prozessweg verweisen.³²⁴ Erstaunlich ist dies deshalb, weil die Rechtsprechung bisher gerade aus der Neutralitätspflicht des Notars eher den gegenteiligen Schluss gezogen hat, dass der Notar im Zweifel die ihm von beiden Vertragsparteien erteilte frühere Anweisung und nicht eine einseitige später Anweisung zu befolgen habe.³²⁵ Immerhin ist es gerade der Zweck der treuhänderischen Vollzugsbetreuung durch den Notar, dass bestimmte Vollzugshandlungen auch und gerade dann genau so wie ursprünglich von den Parteien einvernehmlich festgelegt vorgenommen werden, wenn der Konsens hierüber nach der Beurkundung verloren gegangen ist.

III. Zwischenergebnis

Es ist unklar, ob die Entscheidung des BGH, der erst seit der Einführung des FamFG (2009) im notariellen Beschwerdeverfahren zuständig ist,³²⁶ insoweit ein allgemeines Umschwenken der Rechtsprechung, auch bezüglich der Eigentumsumschreibung bedeutet. Nach der bisherigen Rechtsprechung hierzu hat der Notar immerhin *im Zweifel* die Eigentumsumschreibung zu veranlassen, falls der Verkäufer zwar durchaus substantiiert und glaubhaft einen Sachverhalt zur Begründung der Unwirksamkeit des Kaufvertrages vorträgt, der Käufer jedoch substantiiert bestreitet oder sich bei unklarer Rechtslage auf eine abweichende Rechtsansicht beruft. Dass auch hierbei das Risiko besteht, dass durch Ausführung der Vollzugsanweisung der Entscheidung des Streits der Beteiligten vorgreifend dem Widersprechenden unberechtigterweise seine Rechte genommen werden könnten, ist offensichtlich – der Verkäufer verliert immerhin sein Eigentum. Dass insoweit eine unterschiedliche Behandlung geboten ist, weil Verpflichtungen des Notars zur Vertragsdurchführung größeres Gewicht als Anweisungen zur Rückabwicklung des Vertrages einzuräumen ist,³²⁷ erscheint zweifelhaft. Diese Entscheidung gemahnt die Praxis, noch

315 Weber DNotZ 2016, 85 (91).

316 Auch dies kommt aber vor, wie BayObLG 27.10.1999 – 3Z BR 316/99, DNotZ 2000, 372 zeigt.

317 Hierzu auch Vogel IBR 2016, 319; Heinemann ZfBR 2016, 108 f.; Szalai NotBZ 2016, 106 f.; Weber DNotZ 2016, 85 ff.

318 BGH 1.10.2015 – V ZB 171/14, DNotZ 2016, 151 (157 Rn. 29 ff.).

319 Etwaige – auch starke – Bedenken gegen die Wirksamkeit einer Anweisung zum Grundbuchvollzug, die Ausdruck der unzulässigen Vereinbarung über eine Vorleistungspflicht des Käufers sein könnte (vgl. BGH 7.6.2001 – VII ZR 420/00, BGHZ 148, 85 ff.), berechtigen den Notar nicht dazu, die Befolgung der Weisung zu verweigern; BayObLG 16.9.2002 – 1Z BR 108/02, MittBayNot 2002, 521 (522); vgl. LG Bonn 14.2.2002 – 4 T 801/01, MittBayNot 2002, 411 (411 f.); LG München I 31.3.2003 – 13 T 2418/03, MittBayNot 2004, 136 (137). Dass eine vertragliche Kaufpreisminderungsklausel wegen unangemessener Benachteiligung des Verkäufers unwirksam oder die Berufung des Käufers hierauf im Einzelfall rechtsmissbräuchlich sein könnte, hat der Notar bei der Umschreibungsüberwachung ebenfalls nicht zu berücksichtigen, sofern nicht eine „hohe Wahrscheinlichkeit“ besteht; BayObLG 16.1.1998 – 3Z BR 514/97, DNotZ 1998, 646 (648).

320 BGH 1.10.2015 – V ZB 171/14, DNotZ 2016, 151 (155 Rn. 21).

321 Heinemann ZfBR 2016, 108 (109).

322 BGH 1.10.2015 – V ZB 171/14, DNotZ 2016, 151 (156 Rn. 25); zu diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis auch Szalai NotBZ 2016, 106 (107).

323 BGH 1.10.2015 – V ZB 171/14, DNotZ 2016, 151 (155-157 Rn. 23 ff.).

324 BGH 1.10.2015 – V ZB 171/14, DNotZ 2016, 151 (155 f. Rn. 24, 26).

325 Vgl. Weber DNotZ 2016, 85 (99-102).

326 Dazu bereits noch in Fn. 340.

327 In diese Richtung wohl Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 32.

stärker auf eine ausgewogene Gestaltung von Vollzugsanweisungen zu achten.³²⁸

E. Erlass eines beschwerdefähigen Vorbescheides

Zudem macht die Entscheidung des BGH einmal mehr die Haftungsgefahren deutlich, denen der Notar ausgesetzt ist, wenn er als zur strikten *Unparteilichkeit* verpflichtetes Organ der *vorsorgenden* Rechtspflege im Rahmen der Vertragsabwicklung in Streit der Parteien involviert wird. Zugleich veranschaulicht sie aber, wie der Notar sein Haftungsrisiko verringern kann, nämlich indem er im Zweifelsfall einen Vorbescheid erlässt.

I. Grundlagen

Durch Erlass eines Vorbescheides, in dem er sein beabsichtigtes weiteres Vorgehen (Veranlassung der Auszahlung des hinterlegten Geldes, Umschreibung des Eigentums am Kaufgrundbesitz auf den Käufer oder Löschung der Vormerkung des Eigentumsverschaffungsanspruchs des Käufers) förmlich ankündigt, kann der Notar die Beteiligten „vorwarnen“³²⁹ und ihnen hierdurch – nicht zuletzt im eigenen Interesse – die Möglichkeit geben, seine Entscheidung im Beschwerdeverfahren gerichtlich überprüfen zu lassen, bevor sie möglicherweise zum Schaden eines Beteiligten vollzogen wird (und der Notar sich dadurch haftbar macht). Dementsprechend versteht es sich von selbst, dass der Notar im Falle der Beschwerdeeinlegung jedenfalls bis zur Entscheidung des Beschwerdegerichts von der Vornahme der angekündigten Amtshandlung absehen wird, obgleich die Einlegung der Beschwerde als solche keine aufschiebende Wirkung hat (vgl. § 15 Abs. 2 S. 3 BNotO iVm § 64 Abs. 3 FamFG)³³⁰.

328 Es sollten jedenfalls keine Löschungserleichterungsklauseln mehr verwendet werden, die als einzige „Verteidigungsmöglichkeit“ des Käufers gegen die Löschung der Vormerkung die Zahlung des vereinbarten Kaufpreises zulassen, ohne angemessenen Rücksicht darauf zu nehmen, dass gegen den Kaufpreisanspruch Einreden oder Einwendungen bestehen könnten; Szalai NotBZ 2016, 106 (107). Alternative Gestaltungsvorschläge bei Weber DNotZ 2016, 85 (96 f.); Szalai NotBZ 2016, 106 (107); Heinemann ZfR 2016, 108 (109); Vogel IBR 2016, 319.

329 Zum Vorbescheid: Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, 167 ff.; Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 15 Rn. 63-65, 75 f.; Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 53 Rn. 15; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 43 f.; Winkler MittBayNot 1998, 141 (147); Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 39; Diehn/Seeger, BNotO, 2015, § 15 Rn. 24-27; Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 56-59; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl., 2017, Rn. 2490; Preuß DNotZ 2010, 265 (270 f.); Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO, 4. Aufl. 2016, § 15 Rn. 20; Volhardt MittBayNot 1996, 323 f.; Weingärtner, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, 2. Aufl. 2004, Rn. 209 ff.; Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1984 ff.; Regler MittBayNot 2010, 261 (262 f.). Krit. zum Vorbescheid: Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 Rn. 48 ff.; Block, Die Umschreibung im notariellen Grundstückskaufvertrag – Grundlagen und Vollzugsstörungen, 2005, S. 189-195; Block, Skript zum 26. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung, 2015, Teil 1 – Bd. 5 b: Notarielle Verwahrungstätigkeit, S. 192 f.

330 Eine Verpflichtung zur Aussetzung der Vollziehung seiner Entscheidung besteht nur bei Erlass einer entsprechenden einstweiligen Anordnung durch das Beschwerdegericht; Bumiller/Harders/Schwab, FamFG, 11. Aufl. 2015, § 64 FamFG Rn. 12 ff.; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 15 Rn. 117; Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, 167 (192 f.); Grzi-

1. Gewohnheitsrechtliche Entwicklung des Vorbescheides

Der Vorbescheid ist gesetzlich nicht geregelt.³³¹ § 15 Abs. 2 BNotO sieht allgemein vor, dass „[g]legen die Verweigerung der Urkunds- oder sonstigen Tätigkeit des Notars“, also das bloße „Nichtstun“ bzw. einen *Ablehnungsbescheid* des Notars, die sog. *Notarbeschwerde* (auch „Untätigkeitsbeschwerde“³³²) stattfindet,³³³ und § 54 BeurkG eröffnet die Möglichkeit der Beschwerde bei *Ablehnung* bestimmter Amtshandlungen nach dem Beurkundungsgesetz (insb. Erteilung einer Vollstreckungsklausel). Es hat sich aber gewohnheitsrechtlich – nach dem Vorbild des unter dem FGG ebenfalls gewohnheitsrechtlich anerkannten gerichtlichen Vorbescheides im Erbscheinverfahren (zur Vorankündigung des Erlasses eines Erbscheins bestimmten Inhalts in streitigen Fällen bei schwieriger Sach- und Rechtslage)³³⁴ – durchgesetzt, dass die *Notarbeschwerde* ferner gegen die *Ankündigung der Vornahme*³³⁵ einer bestimmten Amtshandlung (zB Auszahlung des hinterlegten Kaufpreises an den Verkäufer, Veranlassung der Eigentumsumschreibung oder Löschung der Vormerkung des Eigentumsverschaffungsanspruchs beim Grundbuchamt) statthaft ist.³³⁶ Der Gesetzgeber hat dies durch § 60 Abs. 5 BeurkG indirekt anerkannt,³³⁷ und der BGH hat den Vorbescheid zuletzt in seiner vorerwähnten Entscheidung v. 1.10.2015 ausdrücklich als eine Amtshandlung des Notars bezeichnet, gegen die die Beschwerde nach § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO stattfindet.³³⁸

wotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 53 Rn. 25; Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1979; Diehn/Seeger, BNotO, 2015, § 15 Rn. 49; Lerch, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 54 Rn. 15, 21; Preuß DNotZ 2010, 265 (283).

331 Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 Rn. 50; Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 39; Sandkühler DNotZ 2009, 595 (595); Preuß DNotZ 2010, 265 (270).

332 Müller-Magdeburg ZNotP 2009, 216 ff.

333 Everts ZNotP 2005, 220 (220).

334 Der Vorbescheid im Erbschein-Verfahren wurde zwar durch das FGG-Reformgesetz abgeschafft (vgl. § 352 Abs. 2 FamFG aF, seit 17.8.2015: § 352 e Abs. 2 FamFG), und dieses Gesetz sieht ferner vor, dass die Beschwerde *im Anwendungsbereich des FamFG* nur noch gegen *Endentscheidungen* stattfindet (§ 58 FamFG). Die Zulässigkeit des notariellen Vorbescheides lassen diese Entwicklungen jedoch unberührt, weil das notarielle Verfahren dem FamFG nicht unmittelbar unterliegt. Dazu: Sandkühler DNotZ 2009, 595 (597-599); Reithmann ZNotP 2009, 370 (371); Regler MittBayNot 2010, 261 (263); Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 53 Rn. 15; Diehn/Seeger, BNotO, 2015, § 15 Rn. 27; Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO, 4. Aufl. 2016, § 15 Rn. 20; Lerch, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 54 Rn. 17 ff.

335 Die *Ankündigung* der *Verweigerung* einer Amtshandlung ist hingegen nichts anderes als die eigentliche Verweigerung und daher nicht Gegenstand eines („ablehnenden“) *Vorbescheides*, sondern ein *Ablehnungsbescheid*; vgl. Everts ZNotP 2005, 220 f.; Preuß DNotZ 2010, 265 (270); Diehn/Seeger, BNotO, 2015, § 15 Rn. 26; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 15 Rn. 49; vgl. ferner Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 Rn. 49; Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, 167 (179, 199). Im Falle *divergierender* Weisungen fällt die *Ablehnung* des Notars, der einen Weisung zu folgen, allerdings notwendig mit der *Ankündigung*, anders zu verfahren, zusammen; vgl. Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 44; Sandkühler DNotZ 2009, 595 (599).

336 Volhardt MittBayNot 1996, 323 (323); Franken RNotZ 2010, 597 (607); vgl. auch Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 15 Rn. 64 f., 75 f.; Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 53 Rn. 15.

337 Vgl. BT-Drs. 13/4184, S. 38 f.; dazu auch Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, 167 (183).

338 BGH 1.10.2015 – V ZB 171/14, DNotZ 2016, 151 (152 Rn. 9).

2. Beschwerdeverfahren

Im Beschwerdeverfahren ist der Notar nicht Beteiligter, sondern erste Instanz.³³⁹ Bevor die zuständige Zivilkammer an dem Landgericht, in dessen Bezirk er seinen Amtssitz hat, als zweite Instanz³⁴⁰ mit der Kontrolle seiner Entscheidung befasst wird, erhält er aber Gelegenheit, seine Entscheidung selbst zu korrigieren. Denn die Beschwerde ist beim Notar einzulegen und dem Beschwerdegericht nur vorzulegen, wenn ihr nicht abgeholfen wird (§ 15 Abs. 2 S. 3 BNotO iVm §§ 64 Abs. 1, 68 Abs. 1 FamFG). Dies ermöglicht dem Beschwerdeführer bspw. im Falle des einseitigen Widerrufs einer gemeinsamen Auszahlungsanweisung oder einer einseitigen negativen Anweisung zum Grundbuchvollzug die Ergänzung seines Sachvortrags zur Begründung der einseitigen Anweisung, den der Notar bislang offenbar nicht für ausreichend gehalten hat.³⁴¹ Auch deshalb sollte der Notar seinen Vorbescheid mit einer Begründung versehen.³⁴²

Hilft der Notar nicht ab, kommt das Beschwerdegericht zum Zuge. Wenn es heißt, dieses habe darüber zu befinden, „ob der Notar seine Amtstätigkeit pflichtwidrig verweigert, bzw. über die Pflichtwidrigkeit der (angekündigten) Handlungsweise“,³⁴³ „ob die angekündigte Amtstätigkeit den Beschwerdeführer in seinem Recht auf pflichtgemäße Abwicklung einer übernommenen Verwahrungs- und Betreuungstätigkeit verletzt“,³⁴⁴ „ob der Notar seiner ... formellen Prüfungspflicht nachgekommen ist“³⁴⁵ oder gar, ob die Vornahme der angekündigten Amtstätigkeit „eine Amtspflichtverletzung des Notars darstellt“,³⁴⁶ darf dies aber nicht dahin missverstanden werden, dass es um die Amtshaftung des Notars gehe.³⁴⁷ Die zweitinstanzliche Kontrolle besteht vielmehr darin, dass das Beschwerdegericht *anstelle des Notars* (übrigens auch ohne diesen vorher anzuhören³⁴⁸) in der Sache eine *eigene, vollumfängliche (Verfahrens-)Entscheidung* trifft (§ 15 Abs. 2 S. 3 BNotO iVm § 69 Abs. 1 S. 1 FamFG),³⁴⁹ und zwar aufgrund der

Sach- und Rechtslage, die sich dem Gericht nach Anhörung der Beteiligten³⁵⁰ *zum Zeitpunkt seiner Entscheidung* darstellt³⁵¹ (vgl. § 15 Abs. 2 S. 3 BNotO iVm § 65 Abs. 3 FamFG). Dabei nimmt es (ebenso wenig wie der Notar) eine abschließende Klärung der zwischen den Vertragsparteien streitigen materiellen Rechtslage vor³⁵² und es erfolgt auch keine Beweisaufnahme über strittige Tatsachen.³⁵³ Im Ergebnis deckt sich seine Entscheidung entweder mit derjenigen des Notars und bestätigt diese, dann wird die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen; oder sie weicht von ihr ab, dann wird der Notar unter Aufhebung seines Bescheids zum Unterlassen der angekündigten bzw. zur Vornahme der verweigerten Amtshandlung³⁵⁴ angewiesen.³⁵⁵

II. Nutzen des Vorbescheides zur Haftungsvermeidung

Die Anerkennung des Vorbescheides als Gegenstand des Beschwerdeverfahrens dient nicht nur dem effektiven (vorbeugenden) Rechtsschutz der Vertrags-/Verfahrensbeteiligten gegen unrichtige Entscheidungen des Notars, sondern auch dem Schutz des Notars vor Haftpflichtprozessen.³⁵⁶ Ein Haftpflichtprozess droht dem Notar im Falle divergierender Weisungen nämlich fast zwangsläufig, weil er es einer Partei nicht recht machen wird.³⁵⁷

1. Folgen der Entscheidung des Beschwerdegerichts

Da er an eine Entscheidung des Landgerichts im Beschwerdeverfahren gebunden ist, ist er aber nicht haftbar, wenn

- 339 BayObLG 16.1.1998 – 3Z BR 514/97, DNotZ 1998, 646 (647); OLG München 14.3.2008 – 31 Wx 10/08, FGPrax 2008, 130 (130); Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 44; BeckNotarHB/Hogl, 6. Aufl. 2015, Kap. K. (Notarhaftung), Rn. 67; Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 15 Rn. 82; Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 59; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 15 Rn. 104; Diehn/Seger, BNotO, 2015, § 15 Rn. 46.
- 340 Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts findet die Rechtsbeschwerde zum BGH statt; dazu: Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 15 Rn. 100 f.; BeckNotarHB/Hogl, Kap. K. (Notarhaftung), Rn. 67. Unter dem FGG war im Beschwerdeverfahren noch das OLG dritte Instanz (weitere Beschwerde, §§ 27, 28 FGG).
- 341 Dazu oben nach Fn. 256.
- 342 Zur Begründung des Vorbescheides: Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, 167 (194, 200 f.); Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1989 f.
- 343 BayObLG 1.9.2003 – 1Z BR 68/03, DNotZ 2004, 194 (195 f.); 17.12.2004 – 1Z BR 96/04, BeckRS 2005, 01578, Rn. 14; vgl. Diehn/Seger, BNotO, 2015, § 15 Rn. 50; Armbrüster/Preuß/Renner/Seger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 40.
- 344 Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 15 Rn. 111, 115; Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 15 Rn. 92; vgl. Regler MittBayNot 2010, 261 (266). Nach Sandkühler ist die Beschwerde außerdem nur dann begründet, wenn die Verhinderung bzw. Beseitigung der Verletzung durch Anweisung des Beschwerdegerichts noch möglich ist; nach Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO, 4. Aufl. 2016, § 15 Rn. 43 ist dies aber „eher eine Frage der Zulässigkeit“.
- 345 Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1991.
- 346 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 54 c Rn. 55.
- 347 Vgl. Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 15 Rn. 94; Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO, 4. Aufl. 2016, § 15 Rn. 45.
- 348 Hertel in FS Notarkammer Pfalz, 167 (190 f.).

- 349 Das Beschwerdegericht ist nicht an die Beschwerdebegründung gebunden (Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 15 Rn. 95). Auf die Überprüfung, ob der notarielle Bescheid ermessensfehlerfrei oder vertretbar ist, beschränkt es sich nur, soweit der Notar einen Ermessensspielraum hat (Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 15 BNotO Rn. 113-115; Diehn/Seger, BNotO, 2015, § 15 Rn. 50; vgl. Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO, 4. Aufl. 2016, § 15 Rn. 44 f.; Regler MittBayNot 2010, 261 [266]). Dies ist in Treuhandverfahren jedoch rglm. nicht der Fall (Winkler, § 53 BeurkG Rn. 35 [bei Fn. 1]; vgl. Weber DNotZ 2016, 85 [99 bei und in Fn. 79] mit Verweis auf LG Köln 11.1.2013 – 11 T 120/12, RNotZ 2013, 229).
- 350 Die Beteiligten werden grundsätzlich im schriftlichen Verfahren angehört, bei Bedarf kann aber auch eine mündliche Verhandlung erfolgen; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 15 Rn. 116; Diehn/Seger, BNotO, 2015, § 15 Rn. 49; Regler MittBayNot 2010, 261 (266); Preuß DNotZ 2010, 265 (281 f.).
- 351 Schnippel/Bracker/Reithmann, § 15 BNotO Rn. 93; Eylmann/Vaasen/Frenz BNotO, 4. Aufl. 2016, § 15 Rn. 45; Regler MittBayNot 2010, 261 (263, 266).
- 352 Preuß, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 194; Armbrüster/Preuß/Renner/Seger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 40; BGH 1.10.2015 – V ZB 171/14, DNotZ 2016, 151 (155 Rn. 21); Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1991.
- 353 Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1986.
- 354 Das Beschwerdegericht darf sich nicht darauf beschränken, die Sache zur anderweitigen Behandlung und Entscheidung an den Notar zurückzuverweisen und bloß die Grundsätze anzugeben, von denen der Notar ausgehen soll (OLG Frankfurt 9.7.1997 – 20 W 311/95197, DNotZ 1998, 196 [199]). Es kann die begehrte Amtshandlung nicht selbst anstelle des Notars vornehmen (Diehn/Seger, BNotO, 2015, § 15 Rn. 51; Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 15 Rn. 95).
- 355 Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 15 Rn. 118; Schnippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 15 Rn. 95; Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO, 4. Aufl. 2016, § 15 Rn. 48.
- 356 Volhardt MittBayNot 1996, 323 (323), auch zum Folgenden; Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, 167 (187-189).
- 357 Haug DNotZ 1982, 592 (592 f.).

das Beschwerdegericht ihn unter Aufhebung seines Ablehnungsbescheids zur Vornahme einer bestimmten Amtshandlung bzw. unter Aufhebung seines Vorbescheides zum Unterlassen der angekündigten Amtshandlung angewiesen hat und er dieser Weisung (bei unveränderter Sach- und Rechtslage) nachgekommen ist.³⁵⁸

Ob Entsprechendes gilt, wenn er keine Anweisung des Gerichts befolgt, sondern lediglich die selbst angekündigte Amtshandlung vorgenommen hat, nachdem eine hiergegen gerichtete Beschwerde als *unbegründet* zurückgewiesen wurde, ist umstritten,³⁵⁹ nach vorzugswürdiger Ansicht *Hertels* aber zu bejahen, da das Beschwerdegericht auch in diesem Fall den notariellen Bescheid *in der Sache* bestätigt hat, obgleich dies keine Bindungswirkung für den Notar entfaltet.

2. Folgen der Versäumung der Beschwerdeeinlegung

Hat ein Vertragsbeteiligter es unterlassen, Beschwerde einzulegen, kann seinem späteren Schadenersatzverlangen nach hM gem. § 19 Abs. 1 S. 3 BNotO, § 839 Abs. 3 BGB entgegenstehen, dass er es schuldhaft unterlassen hat, den nach seiner Auffassung drohenden Schaden durch den Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden; nach aA begründet die Versäumung der Beschwerde ein anzurechnendes Mitverschulden (bis hin zum völligen Ausschluss der Haftung) entsprechend § 254 BGB.³⁶⁰ Dies gilt aber nur, wenn der Notar auf die Möglichkeit einer Beschwerdeeinlegung ausdrücklich hingewiesen (ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung)³⁶¹ und zu erkennen gegeben hatte, dass er im Falle der Einlegung einer Beschwerde von der Vornahme der angekündigten Amtshandlung vorerst absehen werde.³⁶²

Fraglich ist, ab welchem Zeitpunkt die Beschwerde unter diesem Aspekt als versäumt gilt. Auf ihre „Verfristung“ kann man nicht abstellen, da der BGH die in der notarrechtlichen Literatur umstrittene Frage, ob auch die Notarbeschwerde an die Monatsfrist des § 63 FamFG gebunden ist,³⁶³ jüngst verneint hat.³⁶⁴ Im Wesentlichen kommt

es aber auch nicht auf solche allgemeinen Zulässigkeitsfragen, sondern unter dem Aspekt einer Obliegenheitsverletzung darauf an, ob ausreichende Gelegenheit bestand, ein Gericht mit einer präventiven Kontrolle der Rechtmäßigkeit des notariellen Handelns zu befassen.³⁶⁵ Dies ist eine Frage des Einzelfalls; in der Regel sollte aber auch insoweit³⁶⁶ die Setzung einer Frist von zwei bis vier Wochen ausreichen.³⁶⁷ Nach der Entscheidung des OLG München v. 14.3.2008³⁶⁸ erscheint es ratsam, auch bei Setzung einer Frist nach § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BeurkG immer ausdrücklich auf die Möglichkeit einer Beschwerdeeinlegung hinzuweisen.

Auch bei Beachtung der vorstehenden Förmlichkeiten kann die Versäumung der Einlegung einer Beschwerde die Haftung des Notars wegen Vornahme der angekündigten Amtshandlung aber nicht mildern oder gar ausschließen, wenn der Notar – auch ohne Kontrolle durch das Beschwerdegericht – von der Rechtmäßigkeit der Vornahme der angekündigten Amtshandlung nicht ausgehen durfte. Dies ist der Fall, wenn er bspw. anlässlich des einseitigen Verlangens des Verkäufers, von der Einreichung der vollzugsreifen Auflassung beim Grundbuchamt trotz Kaufpreiszahlung abzusehen, weil der Kaufvertrag unwirksam sei, für *überwiegend wahrscheinlich* oder sogar für *offensichtlich* hält oder halten muss, dass der Kaufvertrag tatsächlich unwirksam ist; hierüber darf er sich nicht einfach hinwegsetzen und „sehenden Auges“ eine rechtsgrundlose Eigentumsübertragung veranlassen, nur weil der Verkäufer sich nicht wehrt.³⁶⁹ Unter solchen Umständen ist bereits die Anündigung der Eigentumsumschreibung für den Fall, dass keine Beschwerde eingelegt wird, pflichtwidrig.³⁷⁰

III. Haftungsrisiken bei Erlass eines Vorbescheides

Der Notar kann bei Weisungskonflikten betreffend die Abwicklung eines übernommenen Betreuungsauftrages oder die Erfüllung seiner gesetzlichen Einreichungsverpflichtung nach § 53 BeurkG sein Risiko, bspw. wegen der Veranlassung einer rechtsgrundlosen Eigentumsumschreibung oder Auszahlung vom Notaranderkonto zu haften, durch Erlass eines Vorbescheides deutlich mindern. Es darf aber nicht übersehen werden, dass der Erlass eines Vorbescheides selbst bestimmte Haftungsrisiken mit sich bringt:

358 Schnippel/Brackett/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 15 Rn. 98 f.; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 58; Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO, 4. Aufl. 2016, § 15 Rn. 54; Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, 167 (193 f.).

359 Ganter DNotZ 1998, 851 (861-863); Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, 167 (193); Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1990.

360 Hierzu auch: Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 53 Rn. 43; Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 39; BeckNotarHB/Hogl, 6. Aufl. 2015, Kap. K. (Notarhaftung), Rn. 67; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 58; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 23; Weingärtner, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, 2. Aufl. 2004, Rn. 214; krit. Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1986 f.; Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, 167 (194-197).

361 Eine solche ist auch gem. § 39 FamFG vorgeschrieben; Regler MittBayNot 2010, 261 (265); Gzwiwotz/Heinemann/Heinemann, § 54 BeurkG Rn. 23, 51.

362 Vgl. Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1986.

363 Dafür: Schnippel/Brackett/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 15 Rn. 90; Müller-Magdeburg ZNotP 2009, 216 (217); Regler MittBayNot 2009, 261 (264 f.); dagegen: Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 15 Rn. 108; Diehn/Seeger, BNotO, 2015, § 15 Rn. 25, 47 f.; Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO, 4. Aufl. 2016, § 15 Rn. 37; wohl auch Preuß DNotZ 2010, 265 (279).

364 BGH 1.10.2015 – V ZB 67/14, DNotZ 2016, 220 ff. mit (krit.) Anm. Schönemann.

365 Hertel in FS Notarkammer Pfalz, 167 (190); vgl. Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 Rn. 3.

366 Vgl. zur Länge der Frist gem. § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BeurkG bei Fn. 150.

367 Vgl. Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, 167 (201-203). Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 Rn. 3 empfiehlt, die Monatsfrist des § 63 FamFG nicht zu unterschreiten.

368 „Es handelt sich um zwei gedanklich zu trennende, rechtlich verschiedene Fristsetzungen, die dem Adressaten zur Vermeidung nachteiliger Rechtsfolgen zwei völlig verschiedene Verhaltensobliegenheiten auferlegen, nämlich die Beschwerde nach § 15 II BNotO einerseits und den Nachweis der Rechtshängigkeit einer Zivilklage bestimmten Inhalts andererseits.“; dazu bereits bei Fn. 187.

369 Vgl. zur Verwahrung: B. III.3.b) bb).

370 Vgl. Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, 167 (197 f.). Unter entsprechenden Umständen hat deshalb auch bei der Verwahrung eine Fristsetzung gem. § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BeurkG zu unterbleiben, siehe nach Fn. 152.

Die Aussetzung des Verfahrens (mindestens) für die Dauer der Beschwerdefrist führt zu einer Verzögerung, die selbst dann, wenn die Auszahlung oder Umschreibung später wie angekündigt erfolgt, weil ein Beteiligter nicht (mit Erfolg) Beschwerde einlegt, zum Schaden des anderen Beteiligten sein und ihrerseits deshalb Anlass zu einem Haftungsprozess gegen den Notar geben kann.³⁷¹ Im Haftungsprozess geht es dann – anders als im Beschwerdeverfahren – um die Frage, ob der Notar *aufgrund der ihm vorliegenden Informationen* das Verfahren aussetzen durfte oder nicht.³⁷² Wird hingegen erfolgreich Beschwerde eingelegt, schuldet der Notar dem Beschwerdeführer möglicherweise im Wege der Amtshaftung Kostenerstattung, falls der Erlass eines Vorbescheides gegen den Beschwerdeführer pflichtwidrig war (und eigentlich ein Ablehnungsbescheid gegen den anderen Beteiligten hätte ergehen müssen).³⁷³

Der Erlass eines Vorbescheides nützt also nur in echten Zweifelsfällen, in denen der Notar nicht hinreichend überzeugt davon ist, dass die Voraussetzungen für die Befolgung einer einseitigen Weisung erfüllt sind, dies aber auch nicht für völlig ausgeschlossen halten kann.³⁷⁴ Denn dann wird eine Abwägung der möglichen Haftungsfolgen, die bspw. die Veranlassung einer rechtsgrundlosen Eigentumsübertragung oder Auszahlung nach sich ziehen könnte, gegen die möglichen Haftungsfolgen, die eine ungeRechtfertigte Verzögerung der Eigentumsumschreibung oder Auszahlung nach sich zöge, regelmäßig ergeben, dass letztere das „kleinere Übel“ sind.

F. Fazit

Die vielleicht wichtigste Erkenntnis des vorliegenden Beitrags zum Umgang mit „Weisungskonflikten“ beim Vollzug eines Grundstückskaufvertrages ist, dass bei der Gestaltung von Betreuungstätigkeiten gem. §§ 23, 24 BNotO innerhalb der allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit einerseits (insb. AGB-Recht) und der notariellen Amts-

pflichten andererseits (insb. § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO) im Allgemeinen ein erheblicher Spielraum besteht. Denn es ist der Einigung der Vertragsparteien überlassen, zu welchen Bedingungen der Notar eine Betreuungsaufgabe abwickeln soll und ob und inwieweit sie sich insoweit selbst verfahrensrechtliche Bindungen auferlegen wollen, und der Notar entscheidet, ob er den Auftrag zu diesen Bedingungen übernimmt oder nicht. Dieser Gestaltungsspielraum kann dazu genutzt werden, Konflikten vorzubeugen und im Konfliktfall eine Verfahrensentscheidung zu erleichtern, die sowohl der Rolle des Notars als unparteiischem Organ der vorsorgenden Rechtspflege mit beschränkten Erkenntnismöglichkeiten als auch den berechtigten Sicherungsinteressen der Vertragsbeteiligten gerecht wird: Im Ausgangspunkt müssen etwaige vom Notar verfahrensrechtlich zu überwachende Voraussetzungen (Fälligkeits-/Auszahlungs-/Umschreibungsvoraussetzungen) eindeutig definiert sein (zB bei der Umschreibungsüberwachung: Kaufpreiszahlung *mit/ohne* etwaige Verzugszinsen?) und deren Beziehung zu den schuldrechtlichen Vertragsbestimmungen geklärt werden (Bsp.: Soll die Eigentumsumschreibung gegen Nachweis des vereinbarten Kaufpreises durch den Käufer *ohne Verzugszinsen* erfolgen, steht dem Verkäufer wegen eines Anspruchs auf Verzugszinsen insoweit *kein Zurückbehaltungsrecht* zu). Ob die Parteien bei der Beauftragung des Notars untereinander eine Bindung beabsichtigen und wie weit diese Bindungswirkung reichen soll, sollte ebenfalls nicht der Auslegung überlassen bleiben; beachtliche „Widerrufs-/Widerspruchsgründe“ können definiert und von unbeachtlichen abgegrenzt werden. Schließlich kann auch das weitere Verfahren für den (Stör-)Fall eines beachtlichen Widerrufs näher geregelt werden. Bei der Umschreibungsüberwachung mag es sich empfehlen, die Regelung des § 60 BeurkG für entsprechend anwendbar zu erklären (dass diese Regelung mangels gesetzlicher Regelungslücke nicht schon „kraft Gesetzes“ analog anwendbar ist, schließt eine entsprechende autonome Gestaltung des notariellen Betreuungsauftrags ja nicht aus). Diese kann aber – selbst in ihrem originären Anwendungsbereich bei der notariellen Verwahrung – bei Bedarf auch modifiziert werden (vgl. § 60 Abs. 4 BeurkG), bspw. indem die Länge der Frist nach § 60 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BeurkG generell festgelegt wird. Auch wenn es aus Sicht des Notars wünschenswert sein mag, auf diese Weise jede „Schiedsrichterrolle“ im Konfliktfall zu vermeiden, sollte der Gestaltungsspielraum dagegen grundsätzlich nicht genutzt werden, um auf wechselseitige Bindungen der Vertragsparteien an den gemeinsam erteilten Betreuungsauftrag *gänzlich* zu verzichten;³⁷⁵ denn dies dürfte den berechtigten Sicherungsinteresse der Parteien eines Grundstückskaufvertrages in den seltensten Fällen gerecht werden. ■

371 Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO, 4. Aufl. 2016, § 23 Rn. 51; Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, 167 (197 f., 204); Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 54 c Rn. 61; Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1988, 1990.

372 Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 37; vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 15 Rn. 52; Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO, 4. Aufl. 2016, § 15 Rn. 45.

373 Vgl. Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, 167 (198, 204). S. a. schon bei Fn. 370.

374 Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, 167 (199); Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1988; Lerch, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 54 Rn. 19; vgl. Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 53 Rn. 15; Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 53 Rn. 4, 39.

375 Vgl. Wolfsteiner DNNotI-Report 1997, 112.

NOTAR DR. PETER BECKER, SCHWÄBISCH GMÜND*

Vom „günstigen“ Zeitpunkt der Antragsstellung bzw. Anmeldung im Grundbuch- und Handelsregisterkostenrecht

Inhaltsübersicht

A. Einleitung

B. Grundbuchkostenrecht

- I. Vorbem. 1.4 Abs. 3 und 5
 1. Vorbem. 1.4 Abs. 3
 2. Vorbem. 1.4 Abs. 5
- II. KV 14122, 14131, 14141
 1. KV 14122 (Ersteintragung)
 2. KV 14131 (Eintragung der Veränderung)
 3. KV 14141 (Löschung)
- III. KV 14130 Anm. Abs. 1, KV 14160 Nr. 4 und 5
 1. KV 14130 Anm. Abs. 1

2. KV 14160 Nr. 4

3. KV 14160 Nr. 5

IV. KV 14110 Anm. Abs. 1

C. Handelsregisterkostenrecht

- I. Abgrenzung des Anwendungsbereichs von GNotKG und HRegGebV
- II. Relevante Normen und Kostentatbestände
 1. § 2 Abs. 3 Nr. 1, 2 und 3 HRegGebV
 2. § 2 Abs. 4 HRegGebV iVm GV 1503, 2501, 3501, 4001 HRegGebV
 3. § 3 Abs. 1 S. 2 und § 4 S. 2 HRegGebV

D. Fazit mit Übersicht der Gebührentatbestände nach Grundbuchaufbau

Der Beitrag zeigt auf, welche Möglichkeiten das GNotKG und die HRegGebV bieten um Gerichtskosten in Grundbuch- und Handelsregistersachen zu sparen. Dazu werden die relevanten Normen und Kostentatbestände dargestellt und erörtert. Anders als im Bereich der Notarkosten besteht jedoch im Bereich der Gerichtskosten keine Amtspflicht des Notars den kostensparsamsten Weg zu wählen.

A. Einleitung

Urkundsbeteiligte in Grundbuch- und Handelsregistersachen sind immer wieder überrascht, wenn ihnen neben der Rechnung des Notars eine weitere Rechnung der (jeweiligen) Landesjustizkasse zugeht, in der diese für die Tätigkeit des befassenen Gerichts (zB Grundbuchamts oder Handelsregisters) Gebühren und Auslagen erhebt. Jedenfalls¹ dann, wenn der betreffende Kostentatbestand eine Wertgebühr (§ 3 Abs. 1 GNotKG) vorsieht, kann dies mitunter zu erheblichen weiteren Kosten für die Beteiligten führen. Der Beitrag zeigt auf, an welchen Stellen das Grundbuch- und Handelsregisterkostenrecht Einsparpotentiale bietet.

B. Grundbuchkostenrecht

Das Grundbuchkostenrecht ist v. a. in den KV 14110 ff. GNotKG (Hauptabschnitt 4, Abschnitt 1) geregelt. Den insoweit relevanten Normen und Kostentatbeständen wendet sich der Aufsatz nachstehend zu. Diese lassen sich einteilen in Vorschriften, die eine Gebührenprivilegierung vorsehen, wenn

- „...die Eintragungsanträge in demselben Dokument enthalten und am selben Tag beim Grundbuchamt oder

beim Registergericht eingegangen sind ...“ (Vorbem. 1.4 Abs. 3 und 5),

- (bei Gesamtrechten) „...der Antrag für mehrere Grundbuchämter gleichzeitig bei einem Grundbuchamt gestellt wird oder bei gesonderter Antragsstellung, wenn die Anträge innerhalb eines Monats bei den beteiligten Grundbuchämtern eingehen ...“ (KV 14122, 14131, 14141),
- der Antrag „...gleichzeitig...“ mit einem anderen gestellt wird (KV 14130 Anm. Abs. 1, KV 14160 Nr. 4 und 5) und als Sonderfall
- „... der Eintragungsantrag binnen zwei Jahren seit dem Erbfall bei dem Grundbuchamt eingereicht wird...“ (KV 14110 Anm. Abs. 1).

I. Vorbem. 1.4 Abs. 3 und 5

Vorbem. 1.4 gilt grundsätzlich für den gesamten vierten Hauptabschnitt des KV GNotKG, soweit keine Sonderregelungen vorhanden sind. In Abs. 3 und 5 finden sich Normen, die es ermöglichen, die Erhebung gesonderter Gebühren zu vermeiden.

1. Vorbem. 1.4 Abs. 3

In der KostO fanden sich ähnliche Regelungen noch in §§ 60 Abs. 5, 63 Abs. 2 KostO. Die bisherige Wertaddition nach § 60 Abs. 5 KostO ist nunmehr in § 69 Abs. 1 GNotKG geregelt. Anders als nach altem Recht, kommt es aber nicht mehr darauf an, dass die Eintragung „...auf Grund eines *gleichzeitig* gestellten Antrags...“ erfolgt. Vielmehr ist nach neuem Recht erforderlich, aber auch ausreichend, dass die Anträge „...am selben Tag...“ (dh an einem Kalendertag) bei Gericht eingegangen sind. Dadurch sollen nach dem in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers² Auslegungsprobleme und Zufälligkeiten vermieden werden. Zur Rechtfertigung der Gebührenprivilegierung wird hier-

* Der Autor kommentiert ua die KV 14100 ff. im BeckOK Kostenrecht.

1 Das auch Festgebühren zu einer Kostenexplosion beitragen können, belegt die Diskussion um den Begriff des „betroffenen Sondereigentums“ in KV 14160 Nr. 5 Hs. 2 GNotKG. Dazu: BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, KV 14160, Rn. 18.

2 BR-Drs. 517/12, S. 304.

bei der geringere Eintragungsaufwand des Gerichts angeführt.³

Gem. Vorbem. 1.4 Abs. 3 S. 1 wird die Eintragungsgebühr – nach dem zusammengerechneten Wert gemäß § 69 Abs. 1 GNotKG – nur einmal erhoben, wenn „derselbe Eigentümer“⁴ oder „dasselbe Recht“⁵ für den denselben Berechtigten, bei v. a. mehreren Grundstücken eingetragen wird, über die das Grundbuch bei demselben Amtsgericht geführt wird und die Eintragungsanträge in demselben Dokument enthalten und am selben Tag beim Grundbuchamt eingegangen sind. Auf den Zeitpunkt der Eintragung (dh der Erledigung der Eintragungsanträge als solcher) kommt es dagegen nicht an.⁶ Wird das Grundbuch dagegen bei verschiedenen Grundbuchämtern geführt, sieht das KV für die Eintragung von Gesamtrechten besondere Regelungen in KV 14122, 14131 und 14141 vor (s.u.).

Vorbem. 1.4 Abs. 3 S. 2 erweitert den Begriff „dasselbe Recht“ auf nicht gesamtrechtsfähige⁷, aber inhaltsgleiche Rechte und – klargestellt durch das IntErbRVGuaÄndG v. 29.6.2015 (BGBl. I S. 1042 ff.)⁸ – auf Vormerkungen, die bei mehreren Grundstücken für denselben Berechtigten eingetragen werden. Letzteres setzt jedoch zusätzlich voraus, dass die Vormerkungen denselben (heißt identischen) Anspruch sichern.⁹

Seit dem Inkrafttreten des IntErbRVGuaÄndG v. 29.6.2015 (BGBl. I S. 1042 ff.) gelten die Sätze 1 und 2 auch für die Eintragung von Veränderungen und Löschungen entsprechend. Dies gilt unabhängig davon, ob Wert- oder Festgebühren vorgesehen sind.

2. Vorbem. 1.4 Abs. 5

Vorbem. 1.4 Abs. 5 erfasst – wie früher § 64 Abs. 3 KostO – den Fall der Eintragung von mehreren Veränderungen (also zB sowohl des Berechtigten, als auch des Inhalts) bezogen auf dasselbe Recht. Die umgekehrte Situation, dh die Eintragung einer Veränderung mit Bezug zu mehreren Rechten, ist dagegen in Vorbem. 1.4 Abs. 4 geregelt. Die Veränderungsgebühr (KV 14130) wird nur einmal erhoben, wenn die Eintragungsanträge in demselben Dokument enthalten und am selben Tag beim Grundbuchamt eingegangen sind. § 64 Abs. 3 KostO stellte hierfür noch das Erfordernis der gleichzeitigen Antragsstellung auf. Die Werte werden nach Maßgabe des § 69 Abs. 2 GNotKG zusammengerechnet.

Sind die Voraussetzungen der Norm nicht erfüllt, wird die Veränderungsgebühr für jede Veränderung gesondert erhoben.

II. KV 14122, 14131, 14141

Die KV 14122, 14131, 14141 haben Eintragungen (dh Ersteintragung, Eintragung der Veränderung oder Löschung) bei einem Gesamtrecht zum Gegenstand, wenn das Grundbuch bei verschiedenen (!) Grundbuchämtern geführt wird. Auch hier lassen sich Gebühren durch eine angepasste Antragsstellung einsparen.

1. KV 14122 (Ersteintragung)

In der KostO waren die Kosten für die Belastung mehrerer Grundstücke¹⁰ mit einem Gesamtrecht noch in § 63 Abs. 3 KostO geregelt. Das dort geregelte Verfahren erschien dem Normgeber, u.a. wegen der erforderlichen Wertermittlung, jedoch als sehr umständlich¹¹. Daher schreibt KV 14122 nunmehr eine pauschale Erhöhung der Gebühren KV 14120 und 14121 vor („Prinzip der wachsenden Gebühr“).

Der Gebührenbestand verlangt dabei zunächst die Eintragung eines (echten) Gesamtrechts, wie etwa eines Gesamtgrundpfandrechts (v.a. Gesamtgrundschuld) nach §§ 1132, 1192 Abs. 1 BGB.¹² Die Gesamtrechtsfiktion der Vorbem. 1.4 Abs. 3 S. 2 (s.o.) gilt hier weder direkt, noch analog (str.).

Zudem setzt der Kostentatbestand voraus, dass das Grundbuch bei verschiedenen Grundbuchämtern geführt wird. Andernfalls verbleibt es bei der Anwendung der Vorbem. 1.4 Abs. 3 (s.o.).

Weiterhin macht die Anm. zu KV 14122 die Gebührenprivilegierung von der zeitlichen Dimension der Antragsstellung (§ 13 GBO) bzw. des Ersuchens (§ 38 GBO) abhängig. In Alt. 1 geht der Antrag für mehrere Grundbuchämter gleichzeitig bei einem Grundbuchamt ein. Der Antrag wird nach Erledigung durch Grundbuchamt 1 an das bzw. die weiteren Grundbuchämter weitergeleitet.¹³ In Alt. 2 erfolgt eine gesonderte Antragsstellung an jedes beteiligte Grundbuchamt innerhalb eines Monats. Insbesondere hier hat wegen der Zuständigkeit für den Ansatz der Gerichtskosten eine gegenseitige Information unter den Grundbuchämtern zu erfolgen (§ 55 a Abs. 2 GBO, § 18 Abs. 3 GNotKG).

Sind die vorstehend aufgeführten Voraussetzungen nicht erfüllt, kommt eine Anwendung der KV 14122 nicht in Betracht. Insoweit sind dann Einzelgebühren (KV 14123) zu erheben. Daher kann es vorkommen, dass bei einigen Grundbuchämtern eine einheitliche Gebühr aus KV 14122

3 Zum Ganzen BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, Vorbem. 1.4, Rn. 12.

4 Dh Personenidentität. Bei Miteigentümern soll Personenidentität (1) die Identität der Miteigentümer und (2) die Identität der Bruchteile erfordern (so BDS/Gutfried, 2. Aufl., Vorbem. 1.4, Rn. 23).

5 Dh Rechtsidentität. Zur Frage, wann „dasselbe“ Recht iSv Vorbem. 1.4 Abs. 3 S. 1 eingetragen wird, kann bis zum Vorliegen von belastbarer Rechtsprechung auf die ältere Rechtsprechung und Literatur zu § 63 Abs. 2 und 3 KostO („...einem und demselben Recht...“) zurückgegriffen werden.

6 BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, Vorbem. 1.4, Rn. 13.

7 Gesamtrechtsfähig sind v. a. Hypotheken (§ 1132 BGB) und Grundschulden (§§ 1192 Abs. 1, 1132 BGB) sowie Reallasten (sog. „Gesamt-Reallast“ – vgl. BeckOK BGB/Wegmann, § 1105 BGB, Rn. 3, 43. Ed., Stand 1.2.2017). Im Übrigen ist die Gesamtrechtsfähigkeit der Sachenrechte, etwa der Grunddienstbarkeit, umstritten. Nach stRspr (seit BGHZ 65, 347 = NJW 1976, 519) und auch durch den Gesetzgeber in § 6 a GBO und § 39 Abs. 2 SachenRBERG anerkannt, ist aber die Möglichkeit ein Erbbaurecht als Gesamterbbaurecht an mehreren Grundstücken einzutragen.

8 Vgl. BT-Drs. 18/4201, S. 64.

9 BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, Vorbem. 1.4, Rn. 15.

10 Grundbuchverfahrensrechtlich ist die Behandlung von Gesamtrechten und der Austausch zwischen den befassen Grundbuchämtern in §§ 48, 55 a Abs. 2 GBO normiert.

11 BR-Drs. 517/12, S. 307.

12 Nach dem OLG Frankfurt (= RNotZ 2017, 186 ff.) ändert sich an der Anwendbarkeit der KV 14122 nichts durch eine Regelung in der Grundschuldbestellungsurkunde nach der die getrennte Eintragung der (Gesamt-)Grundschuld bewilligt und beantragt werden kann und die Grundschuld mit der Eintragung zunächst als Einzelrecht entstehen soll und der Notar hiervon durch getrennte Antragsstellung innerhalb der Monatsfrist Gebrauch macht. Im entschiedenen Fall ging es um ein Gesamtgrundpfandrecht zum Nennbetrag von 481.072.200,- EUR und Gerichtsgebühren iHv 26.585,- EUR, die das weiter befassete Grundbuchamt Offenbach nach KV 14121 erhoben hatte.

13 BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, KV 14122, Rn. 8.

anfällt, bei anderen hingegen eine weitere Einzelgebühr (KV 14123) erhoben werden muss.¹⁴

Als Rechtsfolge sieht KV 14122 – anstatt des Anfalls von (mehreren) Einzelgebühren – eine Erhöhung der Gebühren nach KV 14120/14121 (pauschal) um 0,2 vor, ab dem zweiten für jedes weitere beteiligte Grundbuchamt. Bei drei beteiligten Grundbuchämtern wären also zB bei einem Gesamtbuchgrundpfandrecht 1,0¹⁵ + 0,2 (Grundbuchamt 2) + 0,2 (Grundbuchamt 3) = 1,4 Gebühren zu erheben. Der Kostenansatz erfolgt gemäß § 18 Abs. 3 GNotKG durch das Grundbuchamt, bei dem der Antrag zuerst eingegangen ist.¹⁶

2. KV 14131 (Eintragung der Veränderung)

Die KV 14131 wurde erst durch das IntErbRVGuaÄndG v. 29.6.2015 eingeführt. Sie dient der Beseitigung der bis zu diesem Zeitpunkt in der Grundbuchpraxis und Rechtsprechung umstrittenen Rechtsfrage, wie die Eintragung einer Veränderung eines Gesamtrechts (zB die Abtretung) kostenrechtlich zu behandeln ist, wenn das Grundbuch bei verschiedenen Grundbuchämtern geführt wird. Das OLG Stuttgart¹⁷ hatte hierzu schon im Jahre 2014 entschieden, dass in diesen Fällen KV 14141 (zur Löschung eines Gesamtrechts) – wegen des Vorliegens einer planwidrigen Regelungslücke – analog anzuwenden sei. Die Vorschrift ergänzt damit die KV 14122 (Eintragung eines Gesamtrechts) und KV 14141 (Löschung eines Gesamtrechts).

3. KV 14141 (Löschung)

KV 14141 regelt die Grundbuchkosten für die Löschung eines Gesamtrechts, wenn das Grundbuch bei verschiedenen Grundbuchämtern geführt wird. Der Erhöhungssatz von 0,1 steht dabei zur Lösungsgebühr von 0,5 (KV 14140) in dem gleichen Verhältnis wie der Erhöhungssatz bei der (Erst-)Eintragung des Gesamtrechts (KV 14121, 14122).

Der Gebührentatbestand setzt zunächst die Löschung eines Gesamtrechts (hier nur: Gesamtgrundpfandrechte)¹⁸ voraus. Dies ist nicht erfüllt, wenn das Gesamtrecht nur an einem der mitbelasteten Grundstücke gelöscht werden soll, i.Ü. aber fortbesteht. In diesem Fall greift vielmehr der Kostentatbestand der KV 14142 (Mithaftentlassung) ein. Weiterhin muss das Grundbuch bei verschiedenen Grundbuchämtern geführt werden. In der Anmerkung zu KV 14141 sind zusätzliche Voraussetzungen der Anwendung des Gebührentatbestandes genannt. So muss der Antrag für mehrere Grundbuchämter entweder gleichzeitig bei einem Grundbuchamt gestellt werden (Alt. 1) oder es müssen (bei einer gesonderten Antragsstellung) die Anträge innerhalb einer Frist von einem Monat bei den beteiligten Grundbuchämtern eingehen (Alt. 2).¹⁹

Liegen diese Voraussetzungen hingegen nicht vor, sind Einzelgebühren für die Pfandentlassung und die endgültige Löschung zu erheben.²⁰

Als Rechtsfolge sieht KV 14141 eine Erhöhung der Gebühr nach KV 14140 von 0,5 ab dem zweiten für jedes weitere beteiligte Grundbuchamt um je 0,1 vor. Zuständig für den Gebührenansatz ist gem. § 18 Abs. 3 das Grundbuchamt bei dem der Antrag zuerst²¹ eingegangen ist.

III. KV 14130 Anm. Abs. 1, KV 14160 Nr. 4 und 5

Die KV 14130 Anm. Abs. 1, KV 14160 Nr. 4 und 5 sehen die Möglichkeit vor, Gebühren durch eine „gleichzeitige“ Antragsstellung einzusparen.

1. KV 14130 Anm. Abs. 1

Unterabschnitt 3 der KV 14110 ff. regelt die Kosten der Eintragung von Veränderungen von Belastungen iSd Vorbem. 1.4.1.2. Dazu zählen jedoch nicht die Vormerkung nach § 883 BGB und der Widerspruch nach § 899 BGB.²² Vorgängervorschrift der KV 14130 war § 64 KostO. Die Eintragung von Veränderungen der genannten Belastungen ist dabei – wie im alten Recht – abzugrenzen von sonstigen Eintragungen, die nach (der jetzt abschließenden Aufzählung) der KV 14160 zu behandeln sind. Im alten Recht enthielt § 67 Abs. 1 S. 2 KostO noch eine nicht abschließende Aufzählung („...insbesondere...“).

Der Gebührentatbestand erfordert zunächst die Eintragung einer „Veränderung“. Im Umkehrschluss zu Unterabschnitt 4 lässt sich schließen, dass hierunter nicht die Löschung von Belastungen oder die Entlassung aus der Mithaft zu verstehen ist. Als Beispiele für Veränderungen führt der Gesetzgeber selbst v. a. Veränderungen in der Person des Berechtigten des Rechts, des Inhalts des Rechts, seines Ranges sowie der Belastung des Rechts an.²³ Keine Veränderung ist dagegen die nachträgliche Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks nach § 23 Abs. 2 GBO, zB bei einem Wohnungsrecht nach § 1093 BGB.²⁴

Der Sonderfall der Löschungsvormerkung wird vom Gesetzgeber nicht Unterabschn. 5 (Vormerkung und Widerspruch) zugeordnet, sondern Unterabschn. 3. Die Löschungsvormerkung²⁵ „gilt“ (kostenrechtlich, kraft Fiktion) als eine Veränderung eines Rechts. Bei gleichzeitiger Antragsstellung ist deren Eintragung nach KV 14130 Anm. Abs. 1 S. 2 gebührenfrei. Bei nachträglicher Eintragung gilt KV 14130, nicht KV 14150.²⁶

Als Rechtsfolge sieht KV 14130 eine Wertgebühr iHv 0,5 vor. Fehlt es an einer der vorstehend genannten Vorausset-

14 BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, KV 14122, Rn. 10.

15 Bei Briefgrundpfandrechten wäre die 1,3 Gebühr der KV 14120 anzusetzen und diese je beteiligtes Grundbuchamt zu erhöhen. Also im Beispiel: 1,3 + 0,2 (Grundbuchamt 2) + 0,2 (Grundbuchamt 3) = 1,7 Gebühren.

16 Bei gleichzeitigen Eingang will BDS/Gutfried, 2. Aufl., KV 14122, Rn. 2 das Grundbuchamt für zuständig erachten, welches den bzw. die Anträge zuerst erledigt hat.

17 OLG Stuttgart, FGPrax 2015, 94 = BeckRS 2015, 12704.

18 BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, KV 14141, Rn. 2.

19 In der Kostenpraxis der Grundbuchämter bietet es sich hier an, mit der Kostenerhebung bis zum Ablauf der Frist zu erwarten. Andernfalls muss der Kostenansatz nachträglich berichtigt werden, wenn sich später doch herausstellt, dass die Voraussetzungen der Anmerkung erfüllt wurden.

20 BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, KV 14141, Rn. 5.

21 Bei gleichzeitigen Eingang bei mehreren Grundbuchämtern soll dasjenige Grundbuchamt zuständig sein, welches den Antrag zuerst erledigt hat (vgl. BDS/Gutfried, 2. Aufl., KV 14141, Rn. 2 aE).

22 BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, KV 14130, Rn. 1.

23 Vgl. BR-Drs. 517/12, S. 308.

24 BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, KV 14130, Rn. 3.

25 Erfasst sind aber nur Löschungsvormerkungen nach § 1179 Nr. 1, nicht nach § 1179 Nr. 2 BGB (str.). Vgl. BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, KV 14130, Rn. 11.1.

26 BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, KV 14130, Rn. 11.

zungen, fällt hingegen für jede Veränderung eine gesonderte Gebühr an.²⁷ Für die Geschäftswertbestimmung ist der Umfang der Veränderung entscheidend.²⁸

2. KV 14160 Nr. 4

KV 14160 Nr. 4 tritt an die Stelle von § 65 KostO. Danach sollen nunmehr jedoch nur noch Belastungen iSd § 1010 BGB (dh Miteigentümergeinschaft) eine Eintragungsgebühr auslösen. Die Eintragung anderer Verfügungsbeschränkungen (wie v.a. einer Vor-/Nacherbfolge, einer Testamentsvollstreckung gem. §§ 51 f. GBO) bleiben hingegen kostenfrei²⁹ bzw. werden über die Eintragungsgebühr für den (Vor-)Erben abgegolten. Im bisherigen Recht war hierfür noch eine Wertgebühr nach § 65 Abs. 1 KostO vorgesehen.³⁰ Die Festgebühr von 50,- Euro wird nach Nr. 4 ausdrücklich für jeden belasteten Anteil gesondert erhoben, auch wenn es nur der Eintragung eines einzigen Vermerks bedarf (Nr. 4 S. 2). Da es sich um eine Festgebühr handelt, kommt es auf die Wertvorschrift des § 51 Abs. 2 GNotKG (insoweit) nicht an. Enthält die Miteigentümergeinschaft dagegen neben einer Verwaltungs- und Benutzungsregelung (§ 1010 Abs. 1 Fall 1 BGB), zugleich einen Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft (§ 1010 Abs. 1 Fall 2 BGB) oder eine Bestimmung der Kündigungsfrist (§ 1010 Abs. 1 Fall 3 BGB), entsteht die Gebühr gleichwohl nur einmal, jedoch für jeden belasteten Anteil.³¹

3. KV 14160 Nr. 5

KV 14160 Nr. 5 tritt an die Stelle des bisherigen § 76 Abs. 2 und 3 KostO. Wegen der praktischen Schwierigkeiten bei der Wertermittlung wird auch hierfür eine Festgebühr von 50,- Euro erhoben.³² Diese entsteht für jedes betroffene Sondereigentum gesondert (Nr. 5 HS. 2), was aus Sicht des Gesetzgebers aber bereits geltender Praxis entsprach und daher zu keiner Veränderung führe.³³ Auf die Anzahl der Inhaltsänderungen („mehrerer“) kommt es nicht an, wenn die Eintragungen „gleichzeitig beantragt“ werden. Dies ist wörtlich zu verstehen. Auf identische Eintragungsvoraussetzungen oder die Möglichkeit gleichzeitigen Vollzugs (dh Erledigung der Anträge) kommt es nicht an.³⁴

Erfasst sind zunächst Eintragungen von Änderungen des Inhalts des Sondereigentums, zB die Aufhebung der Verfügungsbeschränkung nach § 12 (Abs. 4) WEG, die nachträgliche Begründung, Inhaltsänderung oder Aufhebung von Sondernutzungsrechten. Die Änderung des Inhalts des Sondereigentums ist dabei stets von der Änderung des Gegenstands des Sondereigentums abzugrenzen.

Noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, wann ein Sondereigentum „betroffen“ iSd Norm ist. Denkbar wäre zunächst den Begriff rein formal zu verstehen und darauf ab-

zustellen, bei welchen Sondereigentumseinheiten eine Eintragung erfolgt. Überwiegend vertreten wird dagegen eine materielle Betrachtung. Deshalb ist eine rechtliche Betroffenheit maßgeblich.³⁵

IV. KV 14110 Anm. Abs. 1

Einen Sonderfall der Gebührenprivilegierung enthält schließlich KV 14110 Anm. Abs. 1 für die Grundbuchberichtigung im Erbfall. Abs. 1 der Anm. übernimmt dabei die bereits in § 60 Abs. 4 KostO vorgesehene Gebührenprivilegierung und ergänzt diese aufgrund von KV 14110 Nr. 2 um die Eintragung der Erben³⁶ des GbR-Gesellschafters. Scheidet der verstorbene Gesellschafter hingegen aus und wird die Gesellschaft lediglich zwischen den verbliebenen Gesellschaftern fortgesetzt (sog. „Fortsetzungsklausel“, vgl. § 736 BGB), während dem oder den Erben nur ein Abfindungsanspruch zusteht, fehlt es an einem Gebührentatbestand. Die Berichtigung ist aufgrund des öffentlichen Interesses an der Richtigkeit der Grundbücher stets gebührenfrei.³⁷

Abs. 1 S. 2 der Anm. sollte nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers die nach altem Recht umstrittene Frage klären, ob Erben, die infolge einer Erbauseinandersetzung im Grundbuch eingetragen werden, an der Gebührenprivilegierung teilhaben.³⁸ Durch die Gebührenprivilegierung sollte ferner ein Anreiz für die zeitnahe Erbauseinandersetzung gegeben werden. In Grundbuchkostenpraxis birgt die Regelung einiges an Streitpotential, was durch die nachstehend aufgeführten Entscheidungen belegt wird.

Dabei hat zunächst das *OLG München*³⁹ im Anschluss an das *OLG Köln*⁴⁰ entschieden, dass die Gebührenbefreiung nur dann gilt, wenn die Miterben ohne Voreintragung der Erbengemeinschaft als Eigentümer eingetragen werden. Wurde dagegen zunächst die Erbengemeinschaft eingetragen, ist die weitere Eintragung eines oder mehrerer Erben aufgrund der Erbauseinandersetzung nicht mehr gebührenbefreit. Es entsteht vielmehr eine 1,0-Gebühr aus KV 14110 Nr. 1.⁴¹

Hierbei erfasst nach dem *OLG München*⁴² die gebührenrechtliche Privilegierung jedoch auch solche Vorgänge, in denen der Eigentumserwerb der Miterben auf der Erfüllung eines Vorausvermögens (§ 2150 BGB) beruht. Ähnlich hatte zuvor bereits das *OLG Stuttgart*⁴³ für den Erwerb durch die Ausübung eines erbvertraglich eingeräumten Übernahmerechts und den Abschluss eines Übernahmevertrags entschieden.

27 BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, KV 14130, Rn. 16.

28 Zum Ganzen: BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, KV 14130, Rn. 17.

29 BR-Drs. 517/12, S. 312.

30 BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, KV 14160, Rn. 13.

31 BR-Drs. 517/12, S. 312.

32 BR-Drs. 517/12, S. 312.

33 BR-Drs. 517/12, S. 313.

34 BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, KV 14160, Rn. 16.

35 Zum Ganzen ausführlich: BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, KV 14160, Rn. 18.

36 Insoweit ist zu beachten, dass eine Erbengemeinschaft nicht Gesellschafterin einer *werbenden* Personengesellschaft, sehr wohl aber einer aufgelösten (§ 727 Abs. 1 BGB) Personengesellschaft sein kann. Deshalb nimmt die Rspr (zB BGHZ 24, 352) eine sog. „Sondererbfolge“ an. Diese Sondererbfolge ist für die Anwendung der KV 14110 Anm. Abs. 1 ausreichend. Unzureichend ist dagegen der Erwerb des Gesellschaftsanteils infolge Vermächtniserfüllung oder dinglich wirkender Nachfolgeklausel. Dann bleibt es beim Gebührentatbestand der KV 14110 Nr. 2. Zum Ganzen BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed, Stand 15.11.2017, KV 14110, Rn. 20-20.2.

37 BR-Drs. 517/12, S. 305.

38 BR-Drs. 517/12, S. 305.

39 OLG München RNotZ 2016, 269.

40 OLG Köln FGPrax 2014, 129.

41 BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed, Stand 15.11.2017, KV 14110, Rn. 22.

42 OLG München RNotZ 2016, 269.

43 OLG Stuttgart MittBayNot 2016, 178 f.

Aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts gilt die Ausnahmeregelung nur, wenn und soweit die Eintragung eines Erben, nicht (auch zeitgleich) die Eintragung eines Dritten (zB Ehegatten) in Frage steht. Die Art der Erbausinandersetzung ist hingegen grundsätzlich unerheblich.⁴⁴ „Erbe“ iSd kann auch der Nacherbe sein. So hatte wiederum das *OLG München*⁴⁵ bereits im Jahr 2014 entschieden, dass die Gebührenbefreiung auch für die Eintragung des Nacherben gilt, grundsätzlich unabhängig davon, ob der Vorerbe eingetragen wurde oder nicht. (Ungeschriebene) Voraussetzung der Privilegierung sei aber, dass das Grundbuch auch beim Vorerbfall fristgerecht berichtigt worden ist oder die Zweijahresfrist noch nicht abgelaufen ist.

Maßgeblich für die Fristwahrung nach Abs. 1 der Anmerkung ist dabei der Eingang des Berichtigungsantrags (§§ 13, 22 GBO) beim Grundbuchamt, nicht jedoch die Eintragung selbst oder die Vollzugsreife des Antrags.⁴⁶ Eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand ist nicht vorgesehen. Es handelt sich vielmehr um eine Ausschlussfrist.⁴⁷ Deshalb kann hier eine „Flucht in die Zwischenverfugung“ ratsam sein.⁴⁸

C. Handelsregisterkostenrecht

Anders als das Grundbuchkostenrecht wird das Handelsregisterverfahren durch die Festgebühr dominiert. Auch hier bietet der Gesetzgeber aber Ansatzpunkte für eine kostenbewusste Registerpraxis und setzt Anreize dazu, in dem er Gebührenprivilegierungen für „...gleichzeitige...“ oder „...am selben Tag...“ erfolgende Anmeldungen mehrerer Tatsachen vorsieht. Zunächst muss jedoch der Anwendungsbereich des GNotKG und derjenige der HRegGebV voneinander abgegrenzt werden.

I. Abgrenzung des Anwendungsbereichs von GNotKG und HRegGebV

Grundlage für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche des GNotKG und der HRegGebV ist § 58 Abs. 1 GNotKG (früher: § 79 a KostO). Dieser legt fest, in welchen Fällen Gebühren „nur“ aufgrund der HRegGebV erhoben werden. § 1 HRegGebV stellt hierzu die Komplementärnorm in der HRegGebV dar. Die HRegGebV ist hierbei als „ausgelagerter Teil“ des GNotKG zu verstehen, für den grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften des GNotKG, zB zur Kostenschuldnerschaft und Fälligkeit, gelten.⁴⁹ Nicht von der HRegGebV erfasst sind dagegen zB Vereinsregistersachen für die das GNotKG gilt. Kosteneinsparpotential bieten dort etwa die Vorbem. 1.3 Nr. 1 und KV 13101 Abs. 2 GNotKG. Aus der HRegGebV sind v.a. folgende Normen und Kostentatbestände von Interesse.

44 Zum Ganzen: BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, KV 14110, Rn. 24.

45 OLG München RPflegler 2015, 368.

46 BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, KV 14110, Rn. 25 mwN.

47 BeckOK Kostenrecht/Becker, 20. Ed., Stand 15.11.2017, KV 14110, Rn. 25.

48 Becker ZNotP 2017, 174 ff.

49 Korintenberg/Thamke, GNotKG, 19. Aufl., § 58 Anh. Rn. 34 aE; 40 ff., 44 ff., 49.

II. Relevante Normen und Kostentatbestände

1. § 2 Abs. 3 Nr. 1, 2 und 3 HRegGebV

§ 2 Abs. 3 sieht als Ausnahme zu § 2 Abs. 2 vor, dass die in Nr. 1 bis 3 genannten Tatsachen bei „gleichzeitiger“ Anmeldung als dieselbe Tatsache behandelt werden und daher nur eine Gebühr auslösen.⁵⁰ Zusammengehörige Tatsachen sollen danach grundsätzlich nicht mehrere Gebühren auslösen.⁵¹ Die Aufzählung in Nr. 1 bis 4 ist dabei nach Ansicht des Gesetzgebers abschließend.⁵² Nach Teilen der Rechtsprechung und Literatur handelt es sich hingegen nur um den Ausdruck eines verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedankens des Inhalts, dass immer dann von nur einer „Tatsache“ iSd Gebührenrechts auszugehen sei, wenn mehrere Tatsachen dergestalt eine Einheit bildeten, dass sie nur gemeinsam eingetragen werden können.⁵³ Gleichzeitige Anmeldung wird dabei als „in einer Anmeldung enthalten“ verstanden.⁵⁴ Das ist mE (jedenfalls) missverständlich. Ausreichend muss hier der zeitgleiche Eingang, wenn auch in verschiedenen Anmeldungen sein.

2. § 2 Abs. 4 HRegGebV iVm GV 1503, 2501, 3501, 4001 HRegGebV

§ 2 Abs. 4 HRegGebV entspricht § 79 Abs. 2 KostO. Er behandelt Anmeldungen, die am selben Tag (Kalendertag) beim Registergericht eingegangen sind und dasselbe Unternehmen betreffen, als eine Anmeldung, was v.a. bei GV 1503, 2501, 3501 und 4001 HRegGebV relevant ist.

Dabei setzt § 2 Abs. 4 HRegGebV voraus, dass die Anmeldungen „am selben Tag“, nicht aber zum gleichen Zeitpunkt, also gleichzeitig, beim Registergericht eingegangen sind. Gehen die Anmeldungen dagegen an zwei aufeinander folgenden Kalendertagen ein, ist § 2 Abs. 4 HRegGebV nicht einschlägig.⁵⁵ Dies gilt selbst dann, wenn sie der Eintragungsperson zur gleichzeitigen Erledigung (dh Vollzug) vorliegen.⁵⁶ Im umgekehrten Fall, dh Erledigung der ersten Anmeldung noch am Eingangstag und Eingang der weiteren Anmeldung am gleichen Kalendertag, ist gleichwohl von nur einer Anmeldung auszugehen. Änderungen oder Ergänzungen einer bereits eingereichten Anmeldung, zB aufgrund Beanstandung durch das Registergericht, begründen dabei keinen späteren Eingang.⁵⁷

Ferner müssen die Anmeldungen „dasselbe Unternehmen“ betreffen. Dies ist u. a. dann der Fall, wenn die Eintragungen auf demselben Blatt erfolgen (vgl. § 13 Abs. 1 HRV).⁵⁸ Maßgeblich ist jedoch stets die materielle Rechtslage. Es

50 Korintenberg/Thamke, GNotKG, 19. Aufl., § 58 Anh., § 2 HRegGebV, Rn. 19.

51 Korintenberg/Thamke, GNotKG, 19. Aufl., § 58 Anh., § 2 HRegGebV, Rn. 19.

52 Korintenberg/Thamke, GNotKG, 19. Aufl., § 58 Anh., § 2 HRegGebV, Rn. 19.

53 Korintenberg/Thamke, GNotKG, 19. Aufl., § 58 Anh., § 2 HRegGebV, Rn. 19.

54 Korintenberg/Thamke, GNotKG, 19. Aufl., § 58 Anh., § 2 HRegGebV, Rn. 3.

55 Korintenberg/Thamke, GNotKG, 19. Aufl., § 58 Anh., § 2 HRegGebV, Rn. 53.

56 Korintenberg/Thamke, GNotKG, 19. Aufl., § 58 Anh., § 2 HRegGebV, Rn. 53.

57 Korintenberg/Thamke, GNotKG, 19. Aufl., § 58 Anh., § 2 HRegGebV, Rn. 54 aE.

58 Korintenberg/Thamke, GNotKG, 19. Aufl., § 58 Anh., § 2 HRegGebV, Rn. 55.

kommt auf die Identität des Unternehmens an, wofür die Identität der Registerführung ein Indiz sein kann.⁵⁹

§ 2 Abs. 4 verlangt aber keine Anmeldung in derselben Urkunde oder durch denselben Anmelder.⁶⁰ Auch der Vollzug muss nicht gleichzeitig erfolgen, insbesondere weil der Anmeldende hierauf keinen Einfluss hat.⁶¹ Darüber hinaus müssen die einzutragenden Tatsachen auch nicht zeitlich zusammenfallen, wie dies etwa bei einer Satzungsänderung zum 1.3. und einer weiteren zum 1.5. eines Jahres der Fall wäre, die aber am selben Tag beim Registergericht eingegangen sind.⁶²

3. § 3 Abs. 1 S. 2 und § 4 S. 2 HRegGebV

Schließlich sehen § 3 Abs. 1 S. 2 und § 4 S. 2 HRegGebV Gebührenprivilegierungen im Fall der Zurücknahme des Antrags und der Zurückweisung für bestimmte gleichzeitig angemeldete Tatsachen vor. In beiden Fällen bleiben die Gebühren für die gleichzeitig angemeldete Eintragung der Errichtung einer Zweigniederlassung und für die Eintragung einer Prokura unberücksichtigt.⁶³ Die Norm steht in Zusammenhang mit § 2 Abs. 1 HRegGebV.

D. Fazit mit Übersicht der Gebührentatbestände nach Grundbuchaufbau

Ob Wert- oder Festgebührensysteem, Einsparpotentiale bietet das Kostenrecht in beiden Fällen. Der Gesetzgeber privilegiert hierbei die zeitlich eng zusammenhängende

Antragsstellung bzw. Anmeldung mehrerer Registertatsachen, da diese zu einer angenommenen Arbeitersparnis auf Seiten des Registergerichts, ob Grundbuchamt oder Handelsregister, führt. Eine (Amts-)Pflicht des Notars anfallende Gerichtskosten zu vermeiden bzw. zu reduzieren besteht jedoch nicht. Anders als im Hinblick auf die Notarkosten, wo der Notar gehalten ist, unnötige (eigene) Kosten zu vermeiden, also zB die Auflassung nicht gesondert zu beurkunden,⁶⁴ kann hier gerade keine unrichtige Sachbehandlung durch den Notar gem. § 21 GNotKG angenommen werden. „Fremdes Kostenrecht“ muss der Notar schlicht nicht kennen. Die notarielle Belehrungspflicht des § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG erfasst nur die „rechtliche Tragweite“ des Geschäfts. Hierunter fallen aber nicht die gerichtskostenrechtlichen Folgen des Geschäfts, zumal es sich hierbei um Spezialthemen handelt. Die Situation ist hier am ehesten mit der nur ganz ausnahmsweise bestehenden Verpflichtung zur Belehrung über die wirtschaftlichen (zB bei erweiterter Belehrungspflicht aus Betreuung)⁶⁵ oder steuerlichen Folgen des Geschäfts (zB Hinweis auf den Anfall von Schenkungsteuer)⁶⁶ vergleichbar. Stets vorrangig zu beachten ist der Grundsatz, den sichersten Weg zu wählen. Dies gilt im Grundbuchverfahren gerade im Hinblick auf die Gefahr des drohenden Rangverlustes bei abwartender Antragsstellung (vgl. §§ 17, 45 GBO).⁶⁷ Lässt sich die Möglichkeit zur Kostenersparnis im Grundbuch- und Handelsregisterverfahren aber mit den Amtspflichten der Notarin/des Notars vereinbaren, sollte die notarielle Vollzugspraxis im Grundbuch- und Handelsregisterverfahren die angeführten Gebührenprivilegierungen im Hinterkopf behalten und diese auch bewusst nützen.

Die nachstehend am Grundbuchaufbau orientierte Übersicht über die Kostentatbestände soll eine Arbeitshilfe für den Einstieg in das Grundbuchkostenrecht bieten.

59 Korintenberg/Thamke, GNotKG, 19. Aufl., § 58 Anh., § 2 HRegGebV, Rn. 55.
 60 Korintenberg/Thamke, GNotKG, 19. Aufl., § 58 Anh., § 2 HRegGebV, Rn. 57.
 61 Korintenberg/Thamke, GNotKG, 19. Aufl., § 58 Anh., § 2 HRegGebV, Rn. 57.
 62 Korintenberg/Thamke, GNotKG, 19. Aufl., § 58 Anh., § 2 HRegGebV, Rn. 57.
 63 Hierzu vertiefend: Korintenberg/Thamke, GNotKG, 19. Aufl., § 58 Anh., § 3 HRegGebV, Rn. 17 f. und § 4 HRegGebV, Rn. 15 ff.

64 Lerch/Lerch, BeurkG, 5. Aufl., 2016, § 17 BeurkG, Rn. 14 mwN.
 65 Lerch/Lerch, BeurkG, 5. Aufl., 2016, § 17 BeurkG, Rn. 32 mwN.
 66 Lerch/Lerch, BeurkG, 5. Aufl., 2016, § 17 BeurkG, Rn. 35 mwN.
 67 Zur deshalb erfolgenden „Flucht in die Zwischenverfügung“ s. Becker ZNotP 2017, S. 174 ff.

Abb. Gebührentatbestände nach Grundbuchaufbau

Eintragungen im/in

Bestandsverzeichnis	Abteilung I	Abteilung II	Abteilung III
KV 14110 Abs. 2 iVm 14112 (WEG-Begründung) KV 14160 Nr. 5 (WEG-Inhaltsänderung/-Aufhebung) KV 14160 Nr. 1 (Herrschervermerke) KV 14160 Nr. 2 (Realteilung) KV 14160 Nr. 3 (Vereinigung/Bestandteilszuschreibung)	KV 14110 Nr. 1 (Eintragung Eigentümer) KV 14110 Nr. 2 (Eintragung GbR-Gesellschafter) KV 14111 (Grundbuchberichtigung vAw nach § 82 a GBO)	KV 14121 (Eintragung eines Rechts) KV 14122 (Eintragung Gesamtrecht) KV 14123 (nachträgliche Einbeziehung) KV 14130, 14131 (Veränderungen) KV 14142 (Mithaftentlassung) KV 14143 (Löschung) KV 14150/14152 (Eintragung/Löschung einer Vormerkung) KV 14151 (Eintragung eines Widerspruchs) KV 14160 Nr. 4 (Miteigentümervereinbarung)	KV 14120 (Eintragung Briefrecht) KV 14121 (Eintragung Buchrecht) KV 14122 (Eintragung Gesamtrecht) KV 14123 (nachträgliche Einbeziehung) KV 14130, 14131 (Veränderungen) KV 14124, 14125 (nachträgliche Brieferteilung/Briefergänzung) KV 14140 (Löschung) KV 14141 (Löschung Gesamtrecht) KV 14142 (Mithaftentlassung) KV 14150/14152 (Eintragung/Löschung einer Vormerkung) KV 14151 (Eintragung eines Widerspruchs)

1. Liegenschaftsrecht – Zur Übertragung und Insolvenzfestigkeit des schuldrechtlichen Anspruchs auf Rückgewähr einer Sicherungsgrundschuld

(BGH, Urteil vom 19.10.2017 – IX ZR 79/16)

ZVG § 115 Abs. 1

ZPO § 767

BGB §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1191, 1922 Abs. 1

InsO §§ 91 Abs. 1, 143 Abs. 1 S. 1

Wird der Erwerber eines mit einem Grundpfandrecht belasteten Grundstücks aus der Grundschuld in Anspruch genommen, ist er nicht befugt, Einreden aus dem Sicherungsvertrag zu erheben, wenn der Rückgewähranspruch nicht auf ihn übertragen worden ist.

Zur Einordnung

Regelungen zur Inhaberschaft des vertraglichen Anspruchs auf Rückgewähr einer Sicherungsgrundschuld werden in der notariellen Beratungs- und Gestaltungspraxis relevant vor allem bei Grundstücksveräußerungen, wenn der Erwerber bestehende Grundpfandrechte übernimmt (zum Schutz des Erwerbers) oder neue Grundpfandrechte mit Rang vor vom Veräußerer vorbehaltenen Rechten bestellt (zum Schutz des Veräußerers), sowie bei Grundstücksbelastungen zur Sicherung fremder Verbindlichkeiten (Schutz des Grundstückseigentümers).

Der Anspruch gegen den Sicherungsnehmer darauf, die abstrakte Sicherungsgrundschuld wahlweise durch Löschung, Verzicht oder Abtretung zurück zu gewähren, wenn sie nicht (mehr) als Sicherheit benötigt wird, folgt aus dem kausalen Sicherungsvertrag (ausf.: Müller RNotZ 2012, 199 ff.; Kehrberger JuS 2016, 776 ff.; Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 723 ff.). Dabei ist nach hM, der Wegfall des Sicherungszwecks nicht bloß Fälligkeitsvoraussetzung, sondern aufschiebende Bedingung (Schöner/Stöber, GrundbuchR, 15. Aufl. 2012, Rn. 2342; Freckmann BKR 2012, 133; BGH DNotZ 2012, 931 [933 f., Rn. 12] mwN; aA Kehrberger JuS 2016, 776 [779]; Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 723, 1062). Der Anspruch gelangt demnach nur und erst mit der Erledigung des Sicherungszwecks zur Entstehung, und zwar umso schneller, je enger der Sicherungszweck gefasst ist, und umgekehrt (Müller RNotZ 2012, 199 [200 f.]; bei einem engen Sicherungszweck kann der Anspruch anteilig entstehen, soweit die gesicherte Verbindlichkeit bereits getilgt wurde, vgl. Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 724, 729). Er steht grundsätzlich allein dem Sicherungsgeber als Partei des Sicherungsvertrages zu. Bei diesem handelt es sich aber nicht zwingend um den Eigentümer des belasteten Grundstücks. Im Falle der Bestellung einer Grundschuld zur Absicherung einer fremden Verbindlichkeit etwa ist nach der Rechtsprechung sogar im Zweifel nicht der Grundstückseigentümer, sondern der persönliche Schuldner Sicherungsgeber (BGH DNotZ 2010, 975 [377 f., Rn. 14]; Schöner/Stöber, GrundbuchR, 15. Aufl. 2012, Rn. 2334;

Müller RNotZ 2012, 199 [203 f.]; Kehrberger JuS 2016, 776 [779 f.]). Ansonsten kann es auch durch einen Eigentumswechsel an dem belasteten Grundstück zu einer Personenverschiedenheit von Sicherungsgeber und Grundstückseigentümer kommen (Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 928 ff.). Sofern der Eigentümer eines belasteten Grundstücks nicht am Sicherungsvertrag beteiligt ist, ist er typischerweise daran interessiert, wenigstens den Rückgewähranspruch zu erwerben, weil dieser Anspruch (nach seiner Entstehung) der Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld einredeweise entgegengehalten werden kann (vgl. Schöner/Stöber, GrundbuchR, 15. Aufl. 2012, Rn. 2338, 2334; Müller RNotZ 2012, 199 [205 ff.]; Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 788). Außerdem können die Parteien des Sicherungsvertrages nach Abtretung des Rückgewähranspruchs (auch schon vor dessen Entstehung) nicht mehr ohne Zustimmung des Zessionars eine Veränderung des Sicherungszwecks vereinbaren, etwa den Kreis der gesicherten Forderungen vor Erledigung des Sicherungszwecks erweitern oder die Grundschuld nach Erledigung des Sicherungszwecks „revalutieren“ (BGH DNotZ 2013, 760 [763 f., Rn. 12-15]; Müller RNotZ 2012, 199 [207 f.]; Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 764). Dies ist auch für nachrangig Berechtigte in Abt. II oder III des Grundbuchs von Interesse. Insbesondere nachrangige Grundschuldgläubiger haben es regelmäßig auf eine Verstärkung der eigenen Sicherheit abgesehen, die bei Löschung der vorrangigen fremden Sicherheit in Erfüllung des Rückgewähranspruchs aufrückt; aber auch eine Erhöhung des Sicherungsumfangs kann beabsichtigt sein (Müller RNotZ 2012, 199 [208 ff.]; Schöner/Stöber, GrundbuchR, 15. Aufl. 2012, Rn. 2343 mwN). Insoweit ist entscheidend, dass der Rückgewähranspruch sich nach Erlöschen der betreffenden Grundschuld im Zwangsversteigerungsverfahren (durch Zuschlag) kraft Surrogation an dem Erlösanspruch fortsetzt, der an die Stelle der Grundschuld tritt (Müller RNotZ 2012, 199 [202]; Schöner/Stöber, GrundbuchR, 15. Aufl. 2012, Rn. 2341).

In der nachfolgend abgedruckten Entscheidung stellt der BGH klar, dass auch das durch den vertraglichen Rückgewähranspruch vermittelte Recht, Widerspruch gegen die Erlöszuteilung an den Gläubiger einer nicht mehr valutierten Sicherungsgrundschuld gem. § 115 Abs. 3 ZVG zu erheben und Herausgabe des (Über-)Erlöses zu verlangen (näher dazu: MüKo/Lieder, BGB, 7. Aufl. 2017, § 1192 Rn. 173 ff.; Böttcher, ZVG, 6. Aufl. 2016, § 114 Rn. 54 f.), allein dem Sicherungsgeber bzw. nach Abtretung dem Zessionar zusteht. Das Gericht rekapituliert Auslegungsgrundsätze zur Abtretung des Rückgewähranspruchs, insbesondere zur Annahme einer stillschweigenden Abtretung in bestimmten Fällen des Erwerbs eines belasteten Grundstücks vom Sicherungsgeber. In Fortführung seiner jüngeren Rechtsprechung (DNotZ 2012, 931 ff.; vgl. bereits zur Insolvenzfestigkeit des gesetzlichen Löschanforderungsanspruchs DNotZ 2006, 685 ff.) betont es ferner, dass der Zessionar des Rückgewähranspruchs gem. § 91 Abs. 1 InsO leer ausgehen kann, wenn nach der Abtretung des aufschiebend bedingten Rückgewähranspruchs

das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Zedenten eröffnet wird (vgl. hierzu bereits: *Kessler NJW* 2007, 3466 ff.; *Kessler NJW* 2012, 577 ff.; *Freckmann BKR* 2012, 133 [139]; *Müller RNotZ* 2012, 199 [207]; aA *Gabardiell/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden*, 9. Aufl. 2011, Rn. 859).

Für die notarielle Praxis unterstreicht die Entscheidung die Notwendigkeit, bei Bedarf – insbesondere bei Grundbesitzübertragungen unter Vorbehalt von Nutzungsrechten mit Rang nach Grundpfandrechten (zu den notariellen Belehrungspflichten in diesem Zusammenhang *Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis*, 5. Aufl. 2018, Rn. 2055 ff.) – einzelfallbezogene und ausdrückliche Regelungen zur Abtretung des Rückgewähranspruchs zu treffen. Dabei darf nicht übersehen werden, dass der Wert der durch die Inhaberschaft des Rückgewähranspruchs vermittelten Rechtsposition maßgeblich von der Reichweite des Sicherungszwecks und dem Grad der Zweckerreichung abhängt.

Die Schriftleitung (TK)

Zum Sachverhalt:

[1] Der verstorbene Ehemann der Klägerin war Eigentümer des Grundstücks A. in G. . Zur Absicherung diverser Darlehen gewährte er der beklagten Bank vier Sicherungsgrundschulden, eingetragen in Abteilung III unter der laufenden Nummer 1 über 51.129,19 €, Nummer 2 über 46.016,27 €, Nummer 3 a über 17.895,22 € und Nummer 4 über 94.589 €, und zwar die Sicherungsgrundschulden mit den Nummern 1, 3 a und 4 aufgrund vollstreckbarer notarieller Urkunden. Am 31. Mai 2007 trat der verstorbene Ehemann die Ansprüche auf ganze oder teilweise Übertragung derjenigen gegenwärtigen und künftigen Grundschulden, welche der Sicherungsgrundschuld der Volksbank M. (künftig: Volksbank) über 50.000 € nebst Nebenforderung und Zinsen im Grundbuch Abteilung III unter der laufenden Nummer 5 im Rang vorgingen oder gleichstünden, nebst Zinsen und Nebenleistungen an die Volksbank ab, auch soweit die Ansprüche bedingt waren oder erst künftig entstehen würden. Im Jahr 2008 übertrug der Ehemann der Klägerin das Grundstück; die Eintragung im Grundbuch erfolgte am 3. Februar 2009.

[2] Der Ehemann verstarb am 23. März 2010. Die Klägerin schlug die Erbschaft aus. Das Nachlassgericht ordnete am 17. Mai 2010 eine Nachlasspflegschaft für die unbekannteren Erben an und bestellte eine Nachlasspflegerin. Ihr gegenüber kündigte die Beklagte die gesamte Geschäftsverbindung aus wichtigem Grund. Am 28. September 2010 wurde das Insolvenzverfahren über den Nachlass des Ehemanns eröffnet.

[3] Die Beklagte betreibt seit April 2011 die Zwangsversteigerung des streitgegenständlichen Grundstücks aus ihren Grundschulden. Die Volksbank trat – gestützt auf die zu ihren Gunsten eingetragene Grundschuld – dem Verfahren bei. Der neue Ehemann der Klägerin erhielt auf sein Meistgebot in Höhe von 342.000 € am 4. Dezember 2013 den Zuschlag. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2013 teilte die Volksbank der Beklagten die Abtretung der Rückgewähransprüche mit. Im gerichtlichen Verteilungsplan vom 22. Januar 2014 wurde bei einer Gesamtverteilungsmasse in Höhe von 343.700 € angeordnet, dass der Beklagten für geleistete Vorschüsse 2.000 € und auf die

Grundschulden insgesamt 330.431,12 € und der Klägerin auf eine in Abteilung III unter der laufenden Nummer 3 eingetragene Eigentümergrundschuld ein Betrag in Höhe von 7.136,83 € zugeteilt würden. Die Beklagte fiel im Hinblick auf die Grundschuld Nr. 4 mit 26.010,53 € und die Volksbank (lfd. Nr. 5) mit 97.992 € aus.

[4] Die Klägerin widersprach im Verteilungstermin dem Teilungsplan insoweit, als der Beklagten mehr als 145.841,23 € zugeteilt worden sind. Sie behauptet, die durch die Grundschulden gesicherten Darlehen seien nur noch in dieser Höhe valuiert. Das Vollstreckungsgericht verfügte daraufhin im Wege der Hilfszuteilung, dass der streitige Erlösanteil der Klägerin gebühre, soweit der Widerspruch für begründet erklärt werde. Der Betrag von 184.589,89 € wurde zugunsten der Klägerin und der Beklagten hinterlegt.

[5] Die Klägerin hat gegen die beklagte Bank zunächst Widerspruchsklage nach § 115 Abs. 1 ZVG erhoben, nach einem richterlichen Hinweis die Klage geändert und den Antrag gestellt, die von der Beklagten eingeleitete Zwangsversteigerung für unzulässig zu erklären, soweit der Beklagten ein Betrag von mehr als 145.841,23 € zugeteilt werden solle. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten durch Beschluss zurückgewiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision möchte die Beklagte die Abweisung der Klage erreichen.

Aus den Gründen:

[6] Die Revision hat Erfolg. Die Klage ist abzuweisen.

I.

[7] Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die richtige Klageart sei die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO, weil die Klägerin materielle Einwendungen gegen die der Vollstreckung zugrunde liegenden Grundschulden erhebe, wenn sie geltend mache, der Beklagten stünden besicherte Forderungen nur in Höhe von 145.841,23 € zu. Die Zwangsvollstreckung der Beklagten sei unzulässig, soweit sie über 145.841,23 € hinausgehe. Dass die Grundschulden eine höhere Forderung sichern sollten, könne ohne hinreichenden Sachvortrag der Beklagten nicht festgestellt werden. Vor diesem Hintergrund könne dahinstehen, ob und zu wessen Gunsten Rückgewähransprüche hinsichtlich der Vollstreckung zugrunde liegenden Grundpfandrechte bestünden, ob diese durch den Zuschlag untergegangen seien oder sich in einen Anspruch auf Mehrerlös umgewandelt hätten und ob solche umgewandelten Ansprüche der Volksbank zustünden. Zwar könne die Klägerin mit ihrer Klage nicht erreichen, dass der einen Betrag von 145.841,23 € übersteigende Restbetrag aus der Versteigerung ihr zugeteilt werde, sondern lediglich verhindern, dass dieser entsprechend dem Tilgungsplan der Beklagten ausgekehrt werde. Zwar sei es richtig, dass es im Verteilungsverfahren keiner Feststellung einer persönlichen Forderung bedürfe. Doch schaffe der Ausgang des Verteilungsverfahrens für die Beklagte keinen Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Erlösanteils.

II.

[8] Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die auf § 1191 BGB gestützte Zwangsvollstreckung der Beklagten kann nicht mit der Begründung des Berufungsgerichts insoweit für un-

zulässig erklärt werden, als der Beklagten ein Betrag von mehr als 145.841,23 € zugeteilt worden ist.

[9] 1. Noch zutreffend hat das Berufungsgericht die zunächst gegen den Tilgungsplan erhobene Widerspruchsklage (§ 115 Abs. 1 ZVG) als Vollstreckungsgegenklage (§ 115 Abs. 3 ZVG, § 767 ZPO) behandelt, zumindest soweit die Klägerin der Zuteilung des 145.841,23 € übersteigenden Versteigerungserlöses aus den Grundschulden mit den Nr. 1, 3 a und 4 an die Beklagte widersprochen hat (vgl. BGH, Urteil vom 20. März 1981 – V ZR 85/80, WM 1981, 693 unter A.I.2.a, 3., A.II.3.a). Im Anwendungsbereich dieser Klage können Einwendungen gegen den Teilungsplan nicht nur aus dinglichen Rechten, sondern auch aus schuldrechtlichen Ansprüchen hergeleitet werden. Letztere müssen jedoch geeignet sein, die Geltendmachung des dinglichen Rechts eines anderen zu beschränken oder auszuschließen (BGH, Urteil vom 20. März 1981, aaO, S. 694 f unter B.II.1.; vom 20. Dezember 2001 – IX ZR 419/98, NJW 2002, 1578, 1579), hier die Beklagte zu verpflichten, den auf ihr dingliches Recht entfallenden Erlösanteil der Klägerin zu überlassen.

[10] 2. In Betracht kommt hier allein § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB. Doch hat die Beklagte die Zuteilung des Erlösanteils durch das Vollstreckungsgericht, auch soweit die Grundschulden nicht mehr valutierten, nicht auf Kosten der Klägerin erlangt.

Der Anspruch auf Rückgewähr nicht valutierter Teile einer Sicherungsgrundschuld begründet im Verteilungsverfahren einen Widerspruch gegen die Erlöszuteilung an den Grundschuldgläubiger

[11] a) Bei den streitgegenständlichen Grundschulden handelt es sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts um Sicherungsgrundschulden, welche die Ansprüche der Grundschuldgläubigerin/Beklagten auf Rückzahlung von Darlehen absicherten. Bestellt wurden die Grundschulden von dem verstorbenen Ehemann der Klägerin zu einem Zeitpunkt, als er noch Eigentümer des Grundstücks war. Ein Grundstückseigentümer, der Sicherungsgrundschulden bestellt, hat aus dem Sicherungsvertrag gegen den Sicherungsnehmer einen durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingten schuldrechtlichen Anspruch auf Abtretung, auf Verzicht oder auf Aufhebung des nicht valutierten Teils der Grundschulden (BGH, Urteil vom 24. März 2016 – IX ZR 259/13, NJW 2016, 3239 Rn. 8). Der Anspruch auf Rückgewähr nicht valutierter Teile einer Sicherungsgrundschuld begründet ein Widerspruchsrecht im Sinne von § 115 ZVG (BGH, Urteil vom 20. Dezember 2001, aaO) und kann mit der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden (BGH, Urteil vom 30. April 1980 – V ZR 159/78, BGHZ 77, 107, 109).

[12] b) Als nicht akzessorisches Recht steht die Grundschuld ihrem jeweiligen Gläubiger ohne Rücksicht darauf zu, ob eine durch die Grundschuld gesicherte Forderung besteht oder nicht. Für die Erlösverteilung ist grundsätzlich der Bestand des dinglichen Rechts maßgeblich. Erhält der Grundschuldgläubiger auf das dingliche Recht mehr als den Betrag der gesicherten Forderungen, so ist dieser Mehrbetrag an den Rückgewährberechtigten herauszugeben (Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rn. 1141). Diesem gebührt der Übererlös, der aus der über den Sicherungszweck hinausgehenden dinglichen Belastung des Grundstücks entsteht.

Berechtigt ist der Sicherungsgeber, nach Abtretung des Rückgewähranspruchs der Zessionar

[13] Das Berufungsgericht hat dahinstehen lassen, ob und zu wessen Gunsten Rückgewähransprüche hinsichtlich der der Vollstreckung zugrunde liegenden Grundpfandrechte bestanden. Ist aber das Eigentum ohne die Rückgewähransprüche auf die Klägerin übergegangen, so ist sie, wenn sie aus den Grundschulden in Anspruch genommen wird, nicht befugt, Einreden aus dem Sicherungsvertrag zu erheben (vgl. BGH, Urteil vom 21. Mai 2003 – IV ZR 452/02, BGHZ 155, 63, 66 f, 68; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2015, Vorbemerkungen zu §§ 1191 ff Rn. 304; MünchKomm-BGB/Lieder, 7. Aufl., § 1191 Rn. 162; Gaberdiel/Gladenbeck, aaO Rn. 946). Die Rechte aus dem Sicherungsvertrag stehen allein dem Sicherungsgeber oder, wenn dieser seine Ansprüche abgetreten hat, dem Zessionar zu. Die Klägerin hat ohne eine Abtretung keine geschützte Rechtsposition.

[14] c) Der Auszahlung des hinterlegten Betrages an die Klägerin muss sich die Beklagte schon deswegen widersetzen, weil sie sich gegenüber dem Sicherungsgeber oder einem Rechtsnachfolger oder dem Zessionar schadensersatzpflichtig macht, wenn sie die Grundschulden, soweit sie nicht mehr valutieren, statt an den Inhaber der Rückgewähransprüche an die Klägerin zurückgewährt, den darauf gerichteten Erlösanteil an diese auszahlt oder die Auszahlung des hinterlegten Betrages an die Klägerin nicht verhindert. Denn sie verletzt dadurch ihre sich aus dem Sicherungsvertrag ergebenden Treuepflichten gegenüber dem Inhaber der Rückgewähransprüche (vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 1988 – III ZR 107/87, NJW 1989, 1732, 1733; vgl. Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl. Rn. 521; Gaberdiel/Gladenbeck, aaO Rn. 947, 1158). Den Betrag, den die Beklagte aufgrund der Zwangsvollstreckung erhält, hat sie entsprechend der Sicherungsabrede zu verwenden. Einen Übererlös hat sie an den Inhaber der Rückgewähransprüche auszukehren, keinesfalls aber an den Grundstückseigentümer, der nicht Inhaber der Rückgewähransprüche ist (vgl. Gaberdiel/Gladenbeck, aaO Rn. 949). Das Berufungsgericht durfte deshalb nicht offenlassen, wem die Rückgewähransprüche bezüglich der Grundschulden Nr. 1, 2, 3 a und 4 zustanden.

III.

[15] Die angefochtene Entscheidung stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

[16] 1. Die Klägerin kann der Beklagten Einwendungen im Sinne von § 767 Abs. 1 ZPO aus den durch die Grundschuld gesicherten Darlehensverhältnissen nicht entgegenhalten.

Bei einer Veräußerung des belasteten Grundstücks durch den Sicherungsgeber geht der vertragliche Rückgewähranspruch nicht kraft Gesetzes auf den Erwerber über

[17] a) Beim Erwerb des Grundstücks vom Sicherungsgeber geht der Rückgewähranspruch nicht ohne weiteres, sondern nur durch eine (auch durch schlüssiges Verhalten mögliche) Mitübertragung auf den Erwerber über. Denkbar ist auch, dass der Erwerber mit Zustimmung des Sicherungsnehmers in den Sicherungsvertrag eintritt (BGH, Urteil vom 10. November 1989 – V ZR 201/88, NJW 1990, 576, insoweit in BGHZ 109, 197 nicht abgedruckt; Stau-

dinger/Wolfsteiner, BGB, 2015, Vorbemerkungen zu §§ 1191 ff Rn. 262). Die aufgrund der zwischen dem verstorbenen Ehemann der Klägerin als Sicherungsgeber und der Beklagten als Sicherungsnehmerin geschlossenen Sicherungsverträge entstandenen Ansprüche auf Rückgewähr der Grundschulden sind weder aufgrund des Grundstücksübertragungsvertrages noch aus anderen Gründen auf die Klägerin übergegangen. Der Senat konnte diesen rechtlichen Schluss aus den vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen ziehen. Da die Klägerin die Erbschaft nach ihrem Ehemann ausgeschlagen hat, ist sie nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 Abs. 1 BGB) bezüglich der Rückgewähransprüche in dessen Rechtsstellung eingerückt. Ihr verstorbener Ehemann hat ihr die Ansprüche gegen die Beklagte auch nicht im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragen, sie insbesondere nicht an sie abgetreten.

[18] aa) Eine ausdrückliche Abtretung im Zusammenhang mit dem Grundstücksübertragungsvertrag hat die Klägerin in den Tatsacheninstanzen nicht behauptet. Soweit sie eine Abtretung der Rückgewähransprüche durch den verstorbenen Ehemann im Rahmen der Eigentumsübertragung vorprozessual vorgetragen hatte, ist sie von den Vertretern der Beklagten darauf hingewiesen worden, dass sich eine solche Abtretung nicht aus dem notariellen Vertrag ergebe. Dem ist die Klägerin weder vorprozessual noch in den Tatsacheninstanzen entgegengetreten. Sie macht auch nicht geltend, in den Sicherungsvertrag ihres verstorbenen Ehemannes mit der Beklagten eingetreten zu sein (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 1986 – IX ZR 104/85, NJW 1986, 2108, 2110, insoweit in BGHZ 97, 280 nicht abgedruckt; vom 10. November 1989, aaO).

In bestimmten Fällen kann die Vertragsauslegung eine stillschweigende Abtretung ergeben

[19] Ebenso wenig hat sie weder vorprozessual (trotz ausdrücklichen Hinweises der Beklagten) noch in den Tatsacheninstanzen vorgetragen, die persönlichen Schulden ihres verstorbenen Ehemanns in dem Grundstücksübertragungsvertrag übernommen oder die Schulden ihres verstorbenen Ehemanns bei der Beklagten getilgt zu haben. Im Zweifel wird der Rückgewähranspruch stillschweigend abgetreten, wenn ein Grundstückskäufer in Anrechnung auf den Kaufpreis eine auf dem Kaufgrundstück eingetragene Grundschuld übernimmt, weil der Erwerber andernfalls Gefahr liefe, zweimal – aus der übernommenen Schuld und aus der Grundschuld – in Anspruch genommen zu werden (BGH, Urteil vom 13. Juli 1983 – VIII ZR 134/82, NJW 1983, 2502, 2503; vom 5. Februar 1991 – XI ZR 45/90, NJW 1991, 1821, 1822). Wegen dieser Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme gilt Entsprechendes, wenn der Käufer vertragsgemäß aus eigenen Mitteln die Schuld des Veräußerers tilgt. Diese Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Eigentümers besteht aber nicht, wenn der Veräußerer persönlich zur Tilgung der Schuld verpflichtet bleibt. Dann verbleibt der Rückgewähranspruch im Zweifel bei ihm, weil er, wenn er die gesicherte Verbindlichkeit selbst tilgt, die Grundschuld als Ausgleich für den Kaufpreinsnachlass erhalten muss (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2014 – V ZR 178/13, BGHZ 202, 150 Rn. 8; MünchKomm-BGB/Lieder, 7. Aufl., § 1191 Rn. 163; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2015, Vorb. §§ 1191 ff. Rn. 262; Ganter in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 90 Rn. 113;

Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rn. 857).

[20] Es spricht auch gegen eine Übertragung der Rückgewähransprüche durch den verstorbenen Ehemann auf die Klägerin, dass dieser noch vor dem Eigentumsübergang auf die Klägerin die Rückgewähransprüche betreffend die Grundschulden lfd. Nr. 1, 2, 3 a, 4 an die Volksbank abgetreten hat. Das ergibt sich aus dem Inhalt der von der Beklagten vorgelegten Grundschuldbestellungs-urkunde betreffend die Grundschuld Nr. 5. An der Wirksamkeit der Übertragung der Rückgewähransprüche bestehen keine Zweifel (vgl. Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rn. 864 ff).

[21] bb) Mithin hätte der verstorbene Ehemann der Klägerin aus seiner Sicht allenfalls seine Ansprüche auf Rückübertragung der Rückgewähransprüche abtreten können. Denn dieser hatte gegen die Volksbank einen Anspruch auf Rückübertragung der abgetretenen Rückgewähransprüche, wenn und soweit diese die abgetretenen Ansprüche nicht mehr benötigte, weil die Abtretung der Rückgewähransprüche durch den verstorbenen Ehemann an die Volksbank nur zu weiteren Sicherungszwecken erfolgte (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012 – IX ZR 30/10, NZI 2012, 883 Rn. 15; Hintzen in Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 15. Aufl., § 114 Rn. 43; Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rn. 864 ff, 891 ff). Dass die Vertragsparteien dies wollten, ist nicht dargelegt. Dagegen spricht auch, dass der verstorbene Ehemann weiterhin die durch die Grundschulden gesicherten Forderungen erfüllen sollte.

Soweit der Sicherungszweck noch nicht endgültig weggefallen ist, ist der abgetretene (aufschiebend bedingte) Rückgewähranspruch nicht insolvenzfest

[22] cc) Ob die Volksbank infolge der Abtretung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens tatsächlich Rückgewährberechtigte geworden ist, ist allerdings zweifelhaft. Eine gesicherte Rechtsposition, die dem Erwerbsverbot des § 91 InsO standhält, erlangt der Zessionar nämlich nur, wenn der abgetretene Anspruch durch Wegfall des Sicherungszwecks im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bereits entstanden war. Entsteht die im Voraus abgetretene Forderung erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, kann der Zessionar gemäß § 91 Abs. 1 InsO grundsätzlich kein Forderungsrecht zu Lasten der Masse mehr erwerben; nur wenn er bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine gesicherte Rechtsposition hinsichtlich der abgetretenen Forderung erlangt hat, ist die Abtretung insolvenzfest. Eine insolvenzfesten Rechtsposition erlangte die Volksbank daher nur, soweit im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung der Sicherungszweck bereits endgültig weggefallen und der Rückgewähranspruch aus der Sicherungsabrede deshalb fällig geworden war (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012 – IX ZR 30/10, NZI 2012, 883 Rn. 17 f). Doch kommt es nicht darauf an, ob die Volksbank oder die Masse oder auch die Nachlasspflegerin Rückgewährberechtigte ist, jedenfalls ist es nicht die Klägerin.

[23] b) Daran ändert der Umstand nichts, dass die Klägerin mit dem Insolvenzverwalter im Prozess unter anderem wegen der Anfechtung der Übertragung des streitgegenständlichen Grundstücks durch den Ehemann auf sie vergleichsweise vereinbart hat, mit dem Vergleichsschluss sei auch der Komplex betreffend das streitgegenständliche Grundstück ein für alle Mal erledigt. Die Klägerin hat

nicht behauptet, gegenüber dem Insolvenzverwalter die Übertragung der Rückgewähransprüche geltend gemacht zu haben; wenn dies so geschehen wäre, wären diese Ansprüche allerdings von der Erledigungsvereinbarung zum Nachteil der Klägerin umfasst. Etwaige Rückgewähransprüche der Masse gegen Dritte sind durch diesen Vergleich und die in ihm enthaltene gegenseitige Erledigungserklärung nicht berührt. Mit der Anfechtungsklage hat der Insolvenzverwalter gemäß § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO begehrt, dass das streitgegenständliche Grundstück an die Masse zurückgewährt wird. Er verlangte mithin die Rückgabe des mit den Grundschulden belasteten Grundstücks. Soweit die Klägerin nach Zuschlag des Grundstücks und Verlust des Eigentums gemäß § 90 Abs. 1 ZVG nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 292 Abs. 1, § 989 BGB auf Wertersatz haftete, verringerte der Wert der Grundschulden zumindest in Höhe der überschüssenden Sicherheiten die Höhe des Wertersatzes und zahlte die Klägerin deswegen – bildlich gesprochen – weder auf die Grundschulden noch auf die durch die Grundschulden gesicherten Forderungen. Deswegen ist insoweit auch kein Raum für eine stillschweigende Übertragung etwaiger Rückgewähransprüche der Masse gegen die Beklagte. Dass der Insolvenzverwalter der Klägerin außerhalb des Vergleichs etwaige Rückgewähransprüche übertragen hätte, hat die Klägerin weder in den Tatsacheninstanzen noch in der Revisionsinstanz vorgetragen.

[24] c) Volksbank, Insolvenzverwalter und Nachlasspflegerin haben entgegen der Ansicht der Klägerin ihre etwaigen Rückgewähransprüche nicht dadurch verloren, dass sie sich am Verteilungsverfahren nicht beteiligt und gegen die Zuteilung an die Beklagte im Verteilungstermin keinen Widerspruch eingelegt haben. Auch wenn Rückgewährberechtigte ihre Rückgewähransprüche im Verteilungsverfahren hätten geltend machen können (vgl. zur Möglichkeit, Einwendungen gegen den Teilungsplan aus schuldrechtlichen Ansprüchen herzuleiten: BGH, Urteil vom 20. Dezember 2001 – IX ZR 419/98, NJW 2002, 1578, 1579), haben sie diese Ansprüche durch die Nichtgeltendmachung nicht verloren (vgl. BGH, Urteil vom 27. April 2012 – V ZR 270/10, BGHZ 193, 144 Rn. 6). Das Unterlassen hat lediglich verfahrensrechtliche Bedeutung. Die Geltendmachung eines besseren Rechts im Wege der Bereicherungsklage außerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens ist deswegen nicht ausgeschlossen (vgl. § 878 Abs. 2 ZPO, § 812 BGB; Sievers in Kindl/Meller-Hanich/Wolf, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 3. Aufl., § 115 ZVG Rn. 3; Stöber, ZVG, 21. Aufl., § 115 Anm. 5.3; Hintzen in Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 15. Aufl., § 115 Rn. 27). Ihr durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingter Anspruch auf Rückgewähr des nicht valuierten Teils der Grundschulden wandelt sich nach deren Erlöschen in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks in einen Anspruch auf Herausgabe des Übererlöses um (BGH, Urteil vom 18. Februar 1992 – XI ZR 134/91, NJW 1992, 1620; BGH, Urteil vom 27. April 2012, aaO).

[25] 2. Ob die Klage in eine Widerspruchsklage gegen den Teilungsplan nach § 115 Abs. 1 ZVG, §§ 876, 878 ZPO hinsichtlich des Erlösanteils für die Grundschuld Nr. 2, die nicht in einer vollstreckbaren notariellen Urkunde bestellt wurde, umgedeutet werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Juni 2015 – V ZB 160/14, WM 2015, 1425 Rn. 5), kann dahin stehen, weil auch eine Widerspruchsklage jedenfalls keinen Erfolg hätte. Die Klägerin

war allerdings als Inhaberin einer Eigentümergrundschuld und als Grundstückseigentümerin und Vollstreckungsschuldnerin (vgl. Stöber, ZVG, 21. Aufl., § 9 Anm. 3.28; Rellermeyer in Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 15. Aufl., § 9 Rn. 6) Verfahrensbeteiligte nach § 9 ZVG und somit grundsätzlich widerspruchsberechtigt im Sinne von § 115 ZVG (vgl. Stöber, aaO § 115 Anm. 3.4 Buchst. a). Doch steht ihr gegenüber der Beklagten nicht das bessere Recht an dem Versteigerungserlös zu. Da sie nicht in Prozessstandschaft für den Rückgewährberechtigten klagt (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 2001 – IX ZR 419/98, NJW 2002, 1578, 1579) und auch mit dem Widerspruch nicht die Auszahlung an diesen verlangt (vgl. Stöber, aaO § 115 Anm. 3.4 Buchst. c), kommt es darauf an, dass ihr selbst gegenüber der Beklagten das bessere Recht zusteht. Zwar können Einwendungen gegen den Teilungsplan – wie ausgeführt – nicht nur aus dinglichen Rechten, sondern auch aus schuldrechtlichen Ansprüchen hergeleitet werden, sofern letztere den Inhaber des dinglichen Rechts verpflichten, den auf sein dingliches Recht entfallenden Erlösanteil dem Widersprechenden zu überlassen. Doch steht der Klägerin ein solcher Rückgewähranspruch aus dem Sicherungsvertrag, wie ebenfalls bereits ausgeführt worden ist, nicht zu.

[26] 3. Ebenso wenig kann die Klage in eine Klage auf Feststellung (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 31. Aufl., § 767 Rn. 2 unter dem Stichwort) umgedeutet werden, dass der Beklagten gegen den verstorbenen Ehemann aus den den Sicherungsgrundschulden zugrunde liegenden Darlehen nur ein Anspruch in Höhe von allenfalls 145.841,23 € zusteht. Da der Klägerin ein Anspruch auf Auskehr eines etwaigen Übererlöses nicht zusteht, fehlt ihr das erforderliche Rechtsschutzinteresse für eine solche Klage.

IV.

[27] Die Entscheidung des Berufungsgerichts war mithin gemäß § 563 Abs. 1 ZPO aufzuheben. Der Senat konnte in der Sache nach § 563 Abs. 3 ZPO selbst entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzungen bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist. Die hiergegen von der Klägerin geltend gemachte Gegenrüge greift nicht durch, sie sei durch das Berufungsgericht nicht darauf hingewiesen worden, für die Schlüssigkeit der Klage komme es darauf an, dass sie Inhaberin der Rückgewähransprüche geworden sei, dadurch habe das Berufungsgericht § 139 ZPO verletzt.

[28] 1. Allerdings kann der Revisionsbeklagte Verfahrensrügen grundsätzlich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erheben (BGH, Urteil vom 17. Dezember 1992 – III ZR 114/91, BGHZ 121, 65, 69 unter II. 1. aE), um ihm ungünstige Feststellungen des Berufungsurteils aus der Welt zu schaffen, die sich zwar zunächst nicht nachteilig für ihn ausgewirkt haben, die aber bei anderer Beurteilung der Rechtslage durch das Revisionsgericht relevant werden können (BGH, Urteil vom 9. Oktober 1975 – IX ZR 166/73, MDR 1976, 138). So kann der vor dem Berufungsgericht erfolgreiche Kläger, der in der Revisionsinstanz zu unterliegen droht, rügen, dass für den Erfolg der Klage wesentliche tatsächliche Feststellungen infolge eines Verfahrensverstößes unterblieben waren (BayObLG, NJW 1967, 57 f; Zöller/Heßler, ZPO, 31. Aufl., § 557 Rn. 12).

[29] 2. Die Rüge hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat seine Hinweispflichten aus § 139 ZPO nicht verletzt. Denn die Klägerin ist von der Beklagten insbesondere auch in der Berufungsbegründung darauf hingewiesen worden, dass sie Ansprüche auf einen Mehrerlös nur als Inhaberin der Rückgewähransprüche habe (vgl. BGH, Urteil vom 25. Juni 2015 – IX ZR 142/13, NZI 2015, 799 Rn. 24). Im Übrigen hat die Klägerin ihre Rüge nicht hinreichend ausgeführt. Sie hat nämlich (mit Ausnahme des vom Senat bereits gewürdigten Instanzvortrags) nicht dargelegt, was sie weiter vorgetragen hätte, wenn das Berufungsgericht den von ihr vermissten Hinweis erteilt hätte (vgl. BayObLG, NJW 1967, 57, 58; vgl. auch BGH, Beschluss vom 22. Mai 2014 – IX ZB 46/12, nv Rn. 10; vom 27. Januar 2015 – VI ZB 40/14, VersR 2015, 728 Rn. 12).

[30] 3. Unerheblich ist der Einwand der Klägerin in der Revisionsverhandlung, es bleibe ein Übererlös, selbst wenn die Forderungen der Beklagten und der Volksbank aus dem Vollstreckungserlös vollständig befriedigt würden. Zu Gunsten der Klägerin wird weiter unterstellt, dass sämtliche Nachlassverbindlichkeiten infolge des Insolvenzverfahrens und der Zwangsvollstreckung beglichen sind. Dennoch steht in diesem Fall nicht der Klägerin der Anspruch auf den gegebenenfalls noch bestehenden Übererlös zu, sondern den (unbekannten) Erben des verstorbenen Ehemanns. ■

2. Liegenschaftsrecht – Zum Erfordernis in der Gemeinschaftsordnung, zur einheitlichen Stimmabgabe einen Bevollmächtigten zu bestellen

(KG, Beschluss vom 16.1.2018 – 1 W 204/17, mitgeteilt durch *RiKG Ronny Müller*)

BGB §§ 134, 138, 242
WEG §§ 5 Abs. 4, 8, 25 Abs. 2 S. 2
GBO §§ 18 Abs. 1 S. 1, S. 2, 74

Eine Regelung in der Gemeinschaftsordnung einer Wohnungseigentümergeinschaft, wonach diejenigen, denen ein Miteigentumsanteil gemeinschaftlich zusteht, zur Bestellung eines Bevollmächtigten verpflichtet sind und ihr Stimmrecht bis dahin ruht, ist nicht offensichtlich unwirksam oder unbeachtlich. Das Grundbuchamt kann sie im Rahmen des Vollzugs eines Antrags auf Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungseigentum nicht beanstanden. Dies gilt nicht für eine Regelung, die das Stimm- und Teilnahmerecht in der Eigentümerversammlung von der Eigentümerstellung im Zeitpunkt der Ladung abhängig macht.

Zur Einordnung

Das Kammergericht befasst sich in diesem Beschluss mit der Eintragungsfähigkeit einer Regelung in der Gemeinschaftsordnung einer Wohnungseigentümergeinschaft, gemäß derer das Stimmrecht derjenigen, denen das Wohnungseigentum gemeinschaftlich zusteht, solange ruht, bis sie einen Bevollmächtigten zur Stimmabgabe in Eigentümerversammlungen benannt haben.

Gem. dem in § 25 Abs. 2 S. 1 WEG normierten Kopfprinzip hat jeder Wohnungseigentümer bei Beschlussfassung

in der Eigentümerversammlung eine Stimme (BeckOK BGB/Hügel, 43. Ed., Stand 15.6.2017, § 25 WEG Rn. 7), unabhängig von der Größe seines Miteigentumsanteils oder der Anzahl seiner Wohnungseigentumsrechte (WürzburgNotarHB/Limmer, 5. Aufl. 2018, Teil 2, Kap. 4 Rn. 215). Abweichend davon können sich die Mitglieder der Eigentümergemeinschaft in der Gemeinschaftsordnung oder durch nachträgliche Vereinbarung auch auf eine Abstimmung nach dem Wertprinzip oder dem Objektprinzip verständigen (s. zum Ganzen *Gottschalg NZM 2005, 88*; *MüKoBGB/Engelhardt*, 7. Aufl. 2017, § 25 WEG Rn. 2 ff.; *BeckOK WEG/Bartholome*, 33. Ed., Stand 1.1.2018, § 25 Rn. 12 ff.). Das Stimmrecht steht grundsätzlich demjenigen zu, der im Wohnungsgrundbuch als Eigentümer eingetragen ist (umfassend, auch zum Stimmrecht nicht eingetragener Eigentümer: *BeckOK WEG/Bartholome*, 33. Ed., Stand 1.1.2018, § 25 Rn. 34). Für den Fall, dass das Wohnungseigentum mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht, etwa bei Bruchteils- oder Erbengemeinschaften oder ehelichen Gütergemeinschaften, verlangt § 25 Abs. 2 S. 2 WEG die einheitliche Ausübung des Stimmrechts. Diese Vorgabe gilt unabhängig davon, nach welchem der drei vorgenannten Prinzipien abgestimmt wird (*BeckOK WEG/Bartholome*, 33. Ed., Stand 1.1.2018, § 25 Rn. 67). Sinn und Zweck des § 25 Abs. 2 S. 2 WEG ist der Schutz der übrigen Wohnungseigentümer vor uneinheitlichen Stimmabgaben und die Sicherstellung eines reibungslosen Versammlungsablaufs (*Bärnann/Merle*, WEG, 13. Aufl. 2015, § 25 Rn. 47; *Gottschalg NZM 2005, 88* [90]). Die Stimmabgabe erfolgt regelmäßig durch einheitliche Mitwirkung aller Mitberechtigten in der Versammlung (OLG Köln NJW-RR 2002, 529 [520]). Eine Aufteilung des Stimmrechts zwischen mehreren Eigentümern einer Wohnung ist daher nicht zulässig (*Gottschalg NZM 2005, 88* [90]). Können sie sich nicht auf eine einheitliche Stimmabgabe einigen, entfällt ihre Stimme (OLG Rostock BeckRS 2005, 12220 unter Ziffer 3.a mwN).

Diese Regelung, ebenso wie die anderen Regelungen zu Mehrheitsbeschlüssen in § 25 WEG, sind durch Gemeinschaftsordnung oder Vereinbarung der Miteigentümer abdingbar (*BeckOK BGB/Hügel*, 43. Ed., Stand 15.6.2017, § 25 WEG Rn. 1). Nach ständiger Rechtsprechung gehört das Stimmrecht allerdings zum Kernbereich der elementaren Mitgliedschaftsrechte (s. nur BGH NZG 2017, 1181 [1182]; NZG 2014, 417; NJW 2011, 679 [680]; vgl. auch BGH NJW 1987, 650 f.). Es darf daher nur unter engen Voraussetzungen eingeschränkt werden (BGH NZG 2014, 417).

Nach Prüfung dieser Grundsätze kommt das KG zu dem Ergebnis, dass die Regelung eines vorübergehenden Ausschlusses des Stimmrechts bis zur Benennung eines Bevollmächtigten im Hinblick auf den Sinn und Zweck des § 25 Abs. 2 S. 2 WEG zulässig und damit eintragungsfähig ist. Zur Begründung zieht das Gericht auch einen Vergleich zur gesetzlichen Pflicht gemäß § 69 AktG und zur Möglichkeit gesellschaftsvertraglicher Pflichten im GmbH-Recht, für die Ausübung des Stimmrechts einen Bevollmächtigten zu benennen, wenn die Aktie oder der Geschäftsanteil mehreren Personen zusteht.

Unter Verweis auf eine frühere Entscheidung (KG BeckRS 2018, 278) sieht das KG allerdings in einer anderen Regelung in der Gemeinschaftsordnung eine unzulässige Einschränkung des Stimmrechts, nach der nur derjenige teil-

nahme- und damit auch stimmberechtigt ist, der zum Zeitpunkt der Ladung im Grundbuch eingetragener Eigentümer ist.

Für die notarielle Praxis ruft dieser Beschluss in Erinnerung, dass die Regelungen in § 25 WEG zur Beschlussfassung in Eigentümerversammlungen zwar abdingbar sind, bei abweichenden Regelungen in der Gemeinschaftsordnung oder durch Vereinbarung im Hinblick auf eine unzulässige Einschränkung dieses zum Kernbereich gehörenden Mitgliedschaftsrechts aber Vorsicht geboten ist.

Die Schriftleitung (IK)

Aus den Gründen:

[1] 1. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO, und führt in der Sache zu einem vorläufigen Erfolg.

Wird ein Eintragungshindernis nach einer Zwischenverfügung nicht nachweislich behoben, ist der Antrag zurückzuweisen

[2] a) Hat das Grundbuchamt durch Zwischenverfügung Gelegenheit zur Hebung eines einer beantragten Eintragung entgegenstehenden Hindernisses gegeben, ist der Antrag nach Ablauf der von dem Grundbuchamt gesetzten Frist zurückzuweisen, wenn nicht inzwischen die Hebung des Hindernisses nachgewiesen ist, § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, S. 2 GBO. Vorliegend hatte das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 19. August 2016 auf zahlreiche Eintragungshindernisse hingewiesen, deren Hebung die Beteiligte auch nach wiederholter Fristverlängerung nicht nachgewiesen hatte. Danach war die Zurückweisung des Antrags vom 5. August 2016 zunächst nicht zu beanstanden.

Das vom Grundbuchamt aufgeführte Eintragungshindernis besteht nicht

[3] b) Die Beschwerde kann auf neue Tatsachen und Beweise gestützt werden, § 74 GBO. Auch dies hat das Grundbuchamt im Rahmen der von ihm geprüften Abhilfe gem. § 75 GBO zutreffend erkannt und wegen der mit der Beschwerde eingereichten Unterlagen die Beanstandungen aus der Zwischenverfügung vom 19. August 2016 weitgehend für erledigt erachtet. Gleichwohl hat es sich an der Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und dem Vollzug des Antrags auf Aufteilung des Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentumsrechte im Grundbuch gehindert gesehen, weil die Beteiligte – was zutrifft – das unter Ziffer 8 der Zwischenverfügung aufgeführte Eintragungshindernis nicht beseitigt hat. Dies beanstandet die Beteiligte zu Recht, weil die Zwischenverfügung insoweit nicht veranlasst war. Das zu Ziffer 8 aufgeführte Eintragungshindernis besteht nicht.

Das Grundbuchamt darf eine Gemeinschaftsordnung nur beanstanden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass das Grundbuch durch deren Eintragung unrichtig würde

[4] aa) Das Grundbuchamt darf eine gem. §§ 19 GBO, 8, 5 Abs. 4 WEG zur Eintragung bewilligte Bestimmung der Gemeinschaftsordnung nur beanstanden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig würde, weil die Bestimmung unwirksam oder unbeachtlich ist (Senat, Beschluss vom 20. September 2016 – 1 W 93/16 – ZWE 2017, 403 = NotBZ 2017, 338; OLG Hamm, MittBayNot 2018, 22 = RNotZ 2017, 309 m. Einordn. d. Schrifrtl.; Hügel/Elzer, WEG, 2. Aufl.,

§ 7, Rn. 55; Demharter, GBO, 30. Aufl., Anhang zu § 3, Rn. 25). Als Prüfungsmaßstab kommen dabei die §§ 134, 138 BGB sowie § 242 BGB in Betracht (BGH, NJW 2011, 679, 680 = DStR 2011, 635). Ob die Regelungen in § 17 Ziff. 17.1 der zur Eintragung beantragten Gemeinschaftsordnung hiergegen verstoßen, ist nicht offensichtlich.

Die hier beanstandete Regelung betrifft das Stimmrecht eines Wohnungseigentümers, das zum Kernbereich elementarer Mitgliedschaftsrechte gehört

[5] bb) Allerdings gehört das Stimmrecht der Wohnungseigentümer zum Kernbereich elementarer Mitgliedschaftsrechte, das nur ausnahmsweise und lediglich unter eng begrenzten Voraussetzungen eingeschränkt werden darf (BGH, NZM 2014, 275, 276 = NZG 2014, 417; NJW 2011, 679, 681). Ein allgemeiner Ausschluss des Wohnungseigentümers vom Stimmrecht verbietet sich ohnehin (BGH, NJW 2002, 1647, 1651 = ZEV 2002, 240; BGHZ 99, 90, 95 = DNotZ 1988, 24).

[6] Dieses Stimmrecht wird durch die von dem Grundbuchamt beanstandete Regelung betroffen. Sie verpflichtet diejenigen, denen ein Miteigentumsanteil gemeinschaftlich zusteht, zur Bestellung eines Bevollmächtigten und ordnet das Ruhen des Stimmrechts bis dahin an. Das ist aber nicht ohne weiteres zu beanstanden. Das Stimmrecht von Mitberechtigten an einem Wohnungseigentum unterscheidet sich schon von Gesetzes wegen von dem eines Alleinberechtigten.

Steht das Wohnungseigentum mehreren Personen gemeinschaftlich zu, können sie das Stimmrecht nur einheitlich ausüben

[7] (1) Steht ein Wohnungseigentum mehreren gemeinschaftlich zu, so können Sie das Stimmrecht nur einheitlich ausüben, § 25 Abs. 2 S. 2 WEG. Der Vorschrift liegt der Gedanke zu Grunde, dass bei mitberechtigten Eigentümern an einem Wohnungseigentum eine übereinstimmende Interessenlage besteht und deshalb eine einheitliche Stimmausübung sachgerecht ist (BGH, NJW 2002, 1647, 1650). Infolgedessen entfällt das Stimmrecht von Mitberechtigten, wenn sie sich nicht über die Ausübung ihrer gemeinsamen Stimme einigen können (OLG Rostock, Beschluss vom 12. September 2005 – 7 W 43/03 – juris = BeckRS 2005, 12220; Hügel/Elzer, a.a.O., § 25, Rn. 8; Schultzy, in: Jennißen, WEG, 5. Aufl. 2017, § 25, Rn. 31). Darüber hinaus sollen die anderen Wohnungseigentümer durch § 25 Abs. 2 S. 1 WEG vor divergierenden Stimmabgaben geschützt und im Interesse der Rechtsklarheit ein problemloser Versammlungsablauf gewährleistet werden (Merle, in: Bärmann, WEG, 13. Aufl. § 25, Rn. 47; Hügel/Elzer, a.a.O., § 25, Rn. 6; Schultzy, in: Jennißen, WEG, 5. Aufl. 2017, § 25, Rn. 26).

Die beanstandete Regelung betrifft den vorübergehenden Ausschluss des Stimmrechts bis zur Benennung eines hierzu Bevollmächtigten

[8] (2) Diesen Vorgaben dienen die von dem Grundbuchamt beanstandeten Regelungen der Gemeinschaftsordnung. Das Stimmrecht der mitberechtigten Wohnungseigentümer wird nicht auf Dauer ausgeschlossen, sondern nur so lange, bis eine einheitliche Stimmabgabe durch die Benennung eines hierzu Bevollmächtigten gewährleistet ist. Ihre Willensbildung zu einem von der Eigentümerversammlung zu beschließenden Gegenstand wird hiervon nicht unmittelbar berührt. Die Verständigung auf eine ein-

heitliche Stimmabgabe erfolgt nach Maßgabe der für das jeweilige Innenverhältnis geltenden Vorschriften (Hügel/Elzer, a.a.O., Rn. 8) und wird regelmäßig ohnehin vor der Abstimmung in der Eigentümerversammlung zu erfolgen haben. Hieran werden die Mitberechtigten durch die beanstandeten Regelungen in der Gemeinschaftsordnung nicht gehindert (vgl. auch BGHZ 46, 291, 296 = NJW 1967, 826).

[9] In der Vergangenheit sind in der obergerichtlichen Rechtsprechung Klauseln in Gemeinschaftsordnungen, die Mitberechtigte an einem Wohnungseigentum verpflichten, einen von ihnen zur Ausübung des Stimmrechts zu ermächtigen, nicht nur gebilligt, sondern sogar dahin ausgelegt worden, dass nur dieser in der Eigentümerversammlung stimmberechtigt sei (BayObLG, Beschluss vom 20. Februar 2003 – 2Z BR 136/02 – juris = ZWE 2003, 394). In etwas abgeschwächter Form wird empfohlen, dem Verwalter die Befugnis einzuräumen, die Mitberechtigten zur Bestellung eines geeigneten Vertreters zu verpflichten (Weber, in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl., Teil 2 Kap. 4, Rn. 4; vgl. auch OLG Köln, Beschluss vom 24. November 2000 – 16 Wx 123/00 – juris = NJW-RR 2002, 519).

Für die Stimmabgabe in Gesellschafterversammlungen gibt es vergleichbare Regelungen

[10] Darüber hinaus weist die Beschwerde zutreffend auf § 18 Abs. 1 GmbHG hin, wonach Rechte aus einem mehreren Mitberechtigten ungeteilt zustehenden Geschäftsanteil nur gemeinschaftlich ausgeübt werden können. Zielsetzung und Zweck dieser Vorschrift sind mit denen des § 25 Abs. 2 S. 2 WEG vergleichbar (vgl. Schmidt, NZG 2015, 1049). Insoweit sollen Satzungsbestimmungen zulässig sein, die die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte durch einen gemeinsamen Vertreter anordnen (Seibt in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl., § 18, Rn. 19). In diesem Zusammenhang wird auch die Aufnahme einer Bestimmung über das Ruhen des Stimmrechts bis zur Bestellung eines solchen Vertreters in der Satzung vorgeschlagen (vgl. Lorz/Pfisterer/Gerber, Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, 3. Satzung einer größeren, mehrgliedrigen GmbH).

[11] Bei der Aktiengesellschaft gelten entsprechende Regelungen von Gesetzes wegen, vgl. § 69 Abs. 1 GmbHG [Anm. d. Schriftl.: gemeint ist wohl § 69 Abs. 1 AktG]. Die an einer Aktie Mitberechtigten können ohne die Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters ihre Mitgliedschaftsrechte nicht ausüben (Bezenberger, in: Schmidt, K./Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 69 AktG, Rn. 7). Vergleichbare Vertreterklauseln in der Satzung einer Kommanditgesellschaft sind in der Vergangenheit höchstrichterlich nicht beanstandet worden (BGHZ 49, 291 = NJW 1967, 826).

Eine Anweisung des Grundbuchamts scheidet jedoch aufgrund eines weiteren, vom Grundbuchamt bislang übersehenen Eintragungshindernisses aus

[12] c) Richtet sich die Beschwerde nicht gegen eine Zwischenverfügung, sondern hat das Grundbuchamt wie vorliegend einen Antrag auf Eintrag insgesamt zurückgewiesen, ist der Antrag selbst Gegenstand des Beschwerdeverfahrens und infolgedessen von dem Beschwerdegericht umfassend zu prüfen und zu bescheiden (Demharter, a.a.O., § 77, Rn. 17). Danach ist der Senat hier gehindert, das Grundbuchamt zum Vollzug des Antrags vom 5. August 2016 anzuweisen. Ihm steht ein weiteres, von dem Grundbuchamt bislang übersehenes Hindernis entgegen.

Dies erfordert jedoch nicht die Zurückweisung des Antrags. Vielmehr hat das Grundbuchamt der Beteiligten durch Zwischenverfügung Gelegenheit zu geben, die Beseitigung des Hindernisses nachzuweisen. Hierzu dient die im Beschlusstenor ausgesprochene Anweisung durch den Senat (vgl. Demharter, a.a.O.).

Ein Eintragungshindernis besteht in der Regelung über die Abstimmungs- und Teilnahmeberechtigung

[13] Zu beanstanden ist § 20 Ziff. 20.4 der Gemeinschaftsordnung. Soweit dort geregelt ist, dass "abstimmungs- und teilnahmeberechtigt an einer Eigentümerversammlung (...) der jeweils im Zeitpunkt der Einladung im Grundbuch eingetragene Eigentümer" ist, wird in bestimmten Fallkonstellationen entgegen § 25 Abs. 2 WEG das Stimmrecht des zum Zeitpunkt der Eigentümerversammlung eingetragenen Eigentümers beschränkt. Insofern hat der Senat mit Beschluss vom 30. November 2017 im Verfahren 1 W 172/17 (= 47 NK 9 Amtsgericht Neukölln) auf die Beschwerde der hiesigen Beteiligten ausgeführt:

„Teilnahmeberechtigung steht bei lebensnaher Auslegung der beanstandeten Formulierung der Stimmberechtigung gleich. Nur wer teilnahmeberechtigt ist, kann nach dem Sinngehalt der Regelung von seinem Stimmrecht wirksam Gebrauch machen. Da in der Regelung die Teilnahmemöglichkeit von der Empfangsberechtigung für die Ladung im Zeitpunkt von deren Absendung abhängig gemacht wird, besteht die konkrete Gefahr, dass ein zum Zeitpunkt der mindestens zwei Wochen (§ 24 Abs. 4 S. [2] WEG) später stattfindenden Eigentümerversammlung (neu) eingetragener (1.) oder im Wege der Berichtigung einzutragender (2.) Eigentümer in seinem gesetzlichen Stimmrecht aus § 25 Abs. 2 S. 1 WEG zumindest eingeschränkt wird:

1. Im Falle der Veräußerung geht das Wohnungseigentum erst mit Auflassung und Eigentumsumschreibung im Grundbuch auf den Erwerber über. Der Veräußerer bleibt stimmberechtigt, solange das Eigentum noch nicht im Grundbuch umgeschrieben ist. Wird der Erwerber zwischen Ladung und Eigentümerversammlung eingetragen, wäre dieser nach dem Gesetz als Eigentümer abstimmungs- und teilnahmeberechtigt, während die Regelung in der Gemeinschaftsordnung das Abstimmungsrecht für den Veräußerer vorsieht, weil dieser „im Zeitpunkt der Ladung“ noch eingetragen war.

Der Veräußerer kann den Erwerber ermächtigen, das Stimmrecht vor der Eigentumsumschreibung im Grundbuch auszuüben. Dann ist der Erwerber abstimmungs- und teilnahmebefugt an der Eigentümerversammlung; er wäre nach der vorgeschlagenen Regelung ebenfalls nicht zu laden, weil für die Ladungsempfangszuständigkeit die Eintragung im Grundbuch zum Zeitpunkt der Ladung maßgebend wäre.

2. Vollzieht sich der Erwerb von Wohnungseigentum außerhalb des Grundbuchs, z.B. durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung (§ 90 Abs. 1 ZVG), so wird das Grundbuch unrichtig. Stimm- und teilnahmeberechtigt ist der wahre Eigentümer, nicht der Buchberechtigte als Scheineigentümer, der im Zeitpunkt der Ladung noch im Grundbuch eingetragen ist.“

2. Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, § 78 Abs. 2 S. 1 GBO, besteht nicht. ■

3. Liegenschaftsrecht – Zur Bestandteilszuschreibung des mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstück zum Erbbaurecht

(*OLG Jena*, Beschluss vom 6.11.2017 – 3 W 344/17)

GBO §§ 6, 16 Abs. 2, 71, 78 Abs. 2, 143 Abs. 3
BGB §§ 873, 890 Abs. 2, 925, 927, 928, 1131, 1192,
1199

ErbbauRG §§ 1, 11 Abs. 1, 12

Die Bestandteilszuschreibung des mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks zu dem Erbbaurecht ist zulässig (entgegen KG DNotZ 2011, 283 ff.).

Zur Einordnung

Bei Aufhebung eines Erbbaurechts wird in der Praxis zur Vermeidung einer Aufhebung und Übertragung der auf dem Erbbaurecht lastenden Grundpfandrechte auf das Grundstück für zweckmäßig erachtet, als Vorstufe das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück dem Erbbaurecht zuzuschreiben und dadurch die automatische Erstreckung der Grundpfandrechte auf das Grundstück gem. § 1131 BGB zu erreichen. Das OLG Jena befasst sich in der nachstehend abgedruckten Entscheidung mit der Frage, ob das mit einem Erbbaurecht belastete Grundstück dem Erbbaurecht zugeschrieben werden kann.

Gem. § 890 BGB können mehrere Grundstücke desselben Eigentümers durch Vereinigung (Abs. 1) oder Zuschreibung (Abs. 2) zu einem einzigen neuen Grundbuchgrundstück unter einer neuen Nummer des Bestandsverzeichnisses zusammengefasst werden (Palandt/*Herrler*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 890 Rn. 1). Die Grundstücke werden dabei im Gegensatz zur Verschmelzung von Flurstücken als katasterrechtlichem Vorgang nicht zu einem einzigen Flurstück zusammengeführt (MüKoBGB/*Kohlert*, 7. Aufl. 2017, § 890 Rn. 1). Die Buchung im Grundbuch erfolgt gem. §§ 4-6 GBO, allerdings nur wenn eine Verwirrung nicht zu besorgen ist.

Bei der Zuschreibung wird ein Grundstück (Bestandteilsgrundstück) dem anderen Grundstück (Haupt- oder Stammgrundstück) in der Weise zugeschrieben, dass das zugeschriebene Grundstück unwesentlicher Bestandteil des Stammgrundstücks wird (MüKoBGB/*Kohlert*, 7. Aufl. 2017, § 890 Rn. 2, 13). Wie eingangs erwähnt, ist eine besondere Folge der Zuschreibung gem. § 1131 BGB (analog), dass sich die am Stammgrundstück bestehenden Hypotheken, Grund- und Rentenschulden auf das zugeschriebene Grundstück erstrecken (DNotI-Report 2006, 111 [112]).

Aber nicht nur Grundstücke können Gegenstand einer solchen Zuschreibung sein. Auch die Verbindung gleichartiger grundstücksgleicher Rechte wie zweier Erbbaurechte ist grundsätzlich zulässig (Palandt/*Herrler*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 890 Rn. 2; MüKoBGB/*Kohlert*, 7. Aufl. 2017, § 890 Rn. 6; DNotI-Report 2006, 111 [112] mwN; Übersicht über mögliche Konstellationen bei BeckOK BGB/*Eckert*, 44. Ed., Stand 1.11.2017, § 890 Rn. 4). Nicht zulässig ist allerdings die Zuschreibung des grundstücksgleichen Rechts zu dem Grundstück, auf dem es lastet (BeckOK BGB/*Maaß*, 44. Ed., Stand 1.11.2017, § 11 ErbbauRG Rn. 17; DNotI-Report 2006, 111 [112] zum Erb-

baurecht). Denn das grundstücksgleiche Rechte würde durch die Zuschreibung untergehen, was seinem selbständigen Charakter und seiner wirtschaftlichen Bedeutung widerspricht (DNotI-Report 2006, 111 [112]).

Umstritten in der Literatur und der Rechtsprechung ist, ob ein Grundstück auch dem Erbbaurecht zugeschrieben, also unwesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts werden kann. Die herrschende Meinung im Schrifttum und das Kammergericht sprechen sich gegen die Zulässigkeit einer solchen Zuschreibung aus (KG DNotZ 2011, 283; Staudinger/*Gursky*, BGB, Neubearb. 2013, § 890 Rn. 19; MüKoBGB/*Heinemann*, 7. Aufl. 2017, § 11 ErbbauRG Rn. 33; Schöner/Stöber, GrundbuchR, 15. Aufl. 2012, Rn. 1845 mwN; aA Keller/*Munzig/Keller*, GBO, 7. Aufl. 2015, § 6 Rn. 8; Staudinger/*Rapp*, BGB, Neubearb. 2016, § 11 ErbbauRG Rn. 14; BeckOK BGB/*Maaß*, 44. Ed., Stand 1.11.2017, § 11 ErbbauRG Rn. 17). Es bestehe schon kein Praxisbedürfnis, die Konstruktion sei zudem zweckwidrig (KG DNotZ 2011, 283 [285 f.]; offen gelassen: BayObLG MittRhNotK 1999, 243). Denn das Erbbaurecht benötige ein Grundstück, auf dem es lastet (KG DNotZ 2011, 283 [285]). Auch in der Literatur wird die Wesensverschiedenheit von Grundstück und dinglichem Recht an einem Grundstück vorgetragen (Schöner/Stöber, GrundbuchR, 15. Aufl. 2012, Rn. 1845). Das Grundstück als Belastungsgegenstand des Erbbaurechts könne bereits dogmatisch nicht unwesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts sein (Schöner/Stöber, GrundbuchR, 15. Aufl. 2012, Rn. 1845). Ferner wird auf die Unterschiede der rechtlichen Behandlung des Grundstücks und des Erbbaurechts hingewiesen (MüKoBGB/*Kohlert*, 7. Aufl. 2017, § 890 Rn. 6). Die Zuschreibung nach § 890 Abs. 2 BGB bezwecke die Bildung einer dauerhaften rechtlichen Einheit, was aufgrund der unterschiedlichen Vorschriften für die Übertragung nicht möglich ist (MüKoBGB/*Heinemann*, 7. Aufl. 2017, § 11 ErbbauRG Rn. 33). Denn die Veräußerung des Grundbesitzes richtet sich nach §§ 925, 927 f. BGB, die des Erbbaurechts dagegen nach § 873 BGB, § 5 Abs. 1 ErbbauRG (vgl. auch KG DNotZ 2011, 283 [284]).

Dahingegen erklärt nun das OLG Jena in seiner Entscheidung die Zuschreibung des Erbbaugrundstücks zum Erbbaurecht für zulässig. Eine auf Dauer angelegte Verbindung sei nicht erforderlich. Zudem habe der Gesetzgeber den Ausschluss der auf das Erbbaurecht anwendbaren Vorschriften des BGB trotz Kenntnis des Meinungsstreits und anderweitiger Änderung des Gesetzes nicht auf § 890 BGB erstreckt. Für die notarielle Praxis ist die mit den nun vorliegenden gegensätzlichen obergerichtlichen Entscheidungen verbundene Rechtsunsicherheit zu berücksichtigen. Das Gericht hat die grundsätzliche Bedeutung der Entscheidung zwar erkannt, die Zulassung der Rechtsbeschwerde zum BGH schied jedoch mangels Beschwer des einzigen Beteiligten aus.

Die Schriftleitung (IK)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Der Antragsteller ist seit dem 11.4.2017 als Eigentümer des in dem im Betreff bezeichneten Grundstücks, das zu seinen Gunsten mit einem Erbbaurecht, eingetragen im Erbbaugrundbuch von G Blatt 6552, belastet ist, einge-

tragen. Diese Eintragung erfolgte im Wege des Teilvollzugs der Urkunde des verfahrensbevollmächtigten Notars vom 12.7.2016 (Ur.-Nr. .../2016), mit der die damalige Eigentümerin das Grundstück an den Antragsteller veräußert hatte. In Ziff. IV.6. der Urkunde erklärte der Antragsteller – bedingt durch seine Eintragung als Eigentümer des Grundstücks – dass das Grundstück dem Erbbaurecht zugeschrieben wird. Er erklärte, bewilligte und beantragte, sodann das Erbbaurecht abzuschreiben und es im Grundbuch neu vorzutragen. Der Antragsteller bewilligte und beantragte weiter die Löschung sämtlicher in den Abteilungen II und III des Erbbaugrundbuchs eingetragener Belastungen an dem Erbbaurecht sowie in Bezug auf das Grundstück die Löschung des Erbbaurechts und des Vorkaufsrechts. Schließlich erklärte er sodann die Aufhebung des Erbbaurechts an dem Grundstück und bewilligte und beantragte, die Erbbaurechtsaufhebung im Grundbuch einzutragen und das Erbbaugrundbuch zu schließen. Wegen des genauen Wortlauts der Erklärungen des Antragstellers nimmt der Senat Bezug auf die Urkunde vom 12.7.2016. Nachdem das Grundbuchamt die Anträge in Ziff. IV.6. der Urkunde zunächst im Wege der Zwischenverfügung beanstandet hatte – diese Zwischenverfügung war Gegenstand des durch Rücknahme des Rechtsmittels beendeten Beschwerdeverfahrens 3 W 242/17 – hat es mit Beschluss vom 25.7.2017 den Antrag auf Zuschreibung des Grundstücks zum Erbbaurecht zurückgewiesen. Das Grundbuchamt hält eine solche Zuschreibung unter Verweis auf die Entscheidung des Kammergerichts vom 2.3.2010 (DNotZ 2011, 283 ff.) aus Rechtsgründen für unzulässig. Dagegen richtet sich die von dem Urkundsnotar für den Antragsteller eingelegte Beschwerde, die sich mit den Argumenten, die in Literatur und Rechtsprechung gegen die Zulässigkeit der Zuschreibung des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks zum Erbbaurecht vorgebracht werden, im einzelnen auseinandersetzt; der Senat nimmt hierauf Bezug. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 3.8.2017 nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht vorgelegt. In seiner Stellungnahme auf einen entsprechenden Hinweis des Senatsvorsitzenden hat der verfahrensbevollmächtigte Notar für den Antragsteller klargestellt, dass auch aus seiner Sicht das Grundbuchamt nur über den ersten der in Ziff. IV.6. der Urkunde enthaltenen Anträge, also über die Eintragung der Zuschreibung des Grundstücks zum Erbbaurecht, entschieden hat, so dass nur dieser Antrag den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet

[2] 1. Die Beschwerde ist nach den §§ 71 ff. GBO an sich statthaft und auch sonst zulässig. Sie hat auch in der Sache Erfolg, weil das Grundbuchamt die beantragte Eintragung zu Unrecht abgelehnt hat. Nicht zu beanstanden ist, dass das Grundbuchamt zunächst nur über den Antrag auf Zuschreibung des Grundstücks zu dem Erbbaurecht entschieden hat, obwohl der Antragsteller sämtliche in Ziff. IV.6. enthaltenen Anträge gestellt hat. § 16 Abs. 2 GBO lässt nach Auffassung des Senats eine solche Verfahrensweise zu; auch der Antragsteller hat sich hiermit einverstanden erklärt.

Ob die Zuschreibung des mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks zum Erbbaurecht nach § 890 Abs. 2 BGB zulässig ist, ist streitig

[3] 2. Nach § 890 Abs. 2 BGB kann ein Grundstück dadurch zum Bestandteil eines anderen Grundstücks gemacht werden, dass der Eigentümer es diesem im Grundbuch zuschreiben lässt. Die hier zu beurteilende Rechtsfrage, ob die Bestandteilszuschreibung auch zwischen Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten erfolgen kann, insbesondere ob die Zuschreibung des mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks zum Erbbaurecht nach dieser Vorschrift rechtlich zulässig ist, ist in der Literatur seit jeher streitig. Während früher die herrschende Meinung von der Zulässigkeit einer solchen Zuschreibung ausging, haben sich insbesondere seit dem Erlass der auch vom Grundbuchamt zitierten Entscheidung des Kammergerichts vom 2.3.2010 Teile des Schrifttums der gegenteiligen Auffassung angeschlossen, die inzwischen wohl als die überwiegende gelten muss (Staudinger/Gursky (2013) § 890 Rn. 19; MünchKommBGB/Heinemann, § 11 ErbbauRG Rn. 33; Soergel/Stürner, BGB, § 890 Rn. 7; Erman/Griwotz, BGB, Vorb vor § 1 ErbbauRG Rn. 6; Palandt/Herrler, § 890 Rn. 2; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, V, Rn. 179; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1845; Meikel/Böttcher, GBO, § 6 Rn. 10; Demharter, GBO, § 6 Rn. 6; Hügel/Kral, GBO, § 6 Rn. 9). Andere Vertreter des Schrifttums sprechen sich hingegen für die Zulässigkeit einer solchen Zuschreibung aus (Staudinger/Rapp (2017), § 11 ErbbauRG Rn. 14; RGRK/Räfle, § 11 ErbbauRVO Rn. 21; Bamberger/Roth/Eckert, BGB, § 890 Rn. 4; Bamberger/Roth/Maaß, § 11 ErbbauRG Rn. 17; jurisPK/Toussaint, § 890 BGB Rn. 34; Bauer/von Oefele, GBO, AT VI Rn. 180; § 6 Rn. 15; KEHE-Eickmann, § 6 Rn. 8; DNotI-Report 2006, 111 f.; Schulte BWNNotZ 1960, 137 ff.). Die obergerichtliche Rechtsprechung schließlich hat die Frage bis 1. 3 w 344/17 – Seite 4 zur zitierten Entscheidung des Kammergerichts offen gelassen (BayObLGZ 1999, 63 ff. = MittRhNotK 1999, 243; OLG Jena Rpfleger 1998, 195 f. für selbständiges Gebäudeeigentum).

Die Zuschreibung des Grundstücks zum Erbbaurecht ist nach Auffassung des Senats zulässig

[4] 3. Nach Auffassung des Senats ist die Zuschreibung entsprechend der früher herrschenden Meinung zulässig. Hierfür spricht zunächst der Wortlaut des Gesetzes. Nach § 11 Abs. 1 ErbbauRG finden auf das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften entsprechende Anwendung und zwar mit Ausnahme konkreter im einzelnen aufgeführter Vorschriften des BGB, nämlich der §§ 925, 927, 928 BGB sowie der für den vorliegenden Fall nicht einschlägigen Bestimmungen über die Ansprüche aus dem Eigentum. Das legt den Schluss nahe, dass der Gesetzgeber die Anwendung der übrigen Vorschriften über Grundstücke, zu denen § 890 Abs. 2 BGB unzweifelhaft gehört, auf das Erbbaurecht als mit dessen Charakter im Einklang stehend angesehen hat. Die Beschwerde weist zutreffend darauf hin, dass der Gesetzgeber eine Änderung von § 11 ErbbauRG (früher § 11 ErbbauRVO) durch die Aufnahme weiterer auf das Erbbaurecht nicht anwendbarer Vorschriften offenbar nie in Erwägung gezogen hat, obwohl ihm der Meinungsstreit im Hinblick auf die Anwendbarkeit von § 890 Abs. 2 BGB kaum entgangen sein kann. Hierzu hätte zuletzt im Zusammenhang mit der Änderung des Gesetzestitels in „Erbbaurechtsgesetz“ Gelegenheit bestanden. Zudem ergibt sich im Umkehrschluss

aus § 143 Abs. 3 GBO – danach sollen Vereinigungen und Zuschreibungen zwischen Grundstücken und auf Landesrecht beruhenden grundstücksgleichen Rechten nicht vorgenommen werden – dass der Gesetzgeber grundsätzlich von der Anwendbarkeit von § 890 Abs. 2 BGB im Verhältnis zwischen Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten ausgeht, weil es andernfalls einer solchen Regelung nicht bedurft hätte. Die Besonderheiten des Erbbaurechts rechtfertigen es nicht, die Bestandteilszuschreibung des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstück zu dem Erbbaurecht abzulehnen.

Die Bestandteilszuschreibung ist auch als Durchgangsstadium im Hinblick auf eine spätere Aufgabe des Erbbaurechts zulässig

[5] a) Ob die Bestandteilszuschreibung bzw. die Vereinigung allgemein eine auf Dauer ausgerichtete Schaffung einer Rechtseinheit verlangt, die im Falle der Vereinigung von Erbbaurecht und Erbbaugrundstück im Hinblick auf die unterschiedlichen anwendbaren Vorschriften nicht möglich sei (v. Oefele/Winkler/Schlögel, a.a.O., Staudinger/Gursky a.a.O.), kann offenbleiben. Aus dem Gesetz ergibt sich ein solches Erfordernis nicht unmittelbar; auch bei einer nur Grundstücke im klassischen Sinne betreffenden Bestandteilszuschreibung kann die hierdurch geschaffene Rechtseinheit im Wege der Teilung wieder aufgehoben werden. Der Senat neigt daher der Auffassung zu, dass Voraussetzung einer Bestandteilszuschreibung nicht die Schaffung einer dauernden Rechtseinheit ist, sondern sie auch als Durchgangsstadium zulässig ist, wenn damit die spätere Aufgabe des Erbbaurechts erleichtert werden soll (Bauer/v. Oefele, GBO, AT VI Rn. 180 m.w.N.; aA v. Oefele/Winkler/Schlögel, a.a.O.). Abgesehen davon sind aber die gegen eine Rechtseinheit vorgebrachten Einwände nicht stichhaltig. Das Argument, im Hinblick auf die unterschiedlichen anwendbaren Vorschriften könne in einem solchen Fall die einheitliche Veräußerung von Grundstück und Erbbaurecht scheitern (v. Oefele/Winkler/Schlögel, a.a.O.; Staudinger/Gursky a.a.O.) hat bereits das Kammergericht mit der überzeugenden Begründung als nicht durchgreifend erachtet, die Gefahr der fehlenden Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts bestehe nicht, weil bei der Bestandteilszuschreibung Erbbaurecht und Erbbaugrundstück notwendig derselben Person zustehen. Zudem erfordere die gemeinsame Veräußerung von Grundstück und Erbbaurecht lediglich, dass neben den Voraussetzungen des § 873 BGB zusätzlich auch diejenigen des § 925 BBG erfüllt sind (KG, a.a.O.). Dem schließt sich der Senat an.

Der Zuschreibung des Erbbaugrundstücks zum Erbbaurecht steht auch nicht das Wesen des Erbbaurechts entgegen

[6] b) Den Argumenten, die Zuschreibung des Erbbaugrundstücks zu dem Erbbaurecht sei mit dem Wesen des Erbbaurechts nicht vereinbar und durch die Zuschreibung entstehe ein unzulässiges subjektiv-dingliches Erbbaurecht ist das Kammergericht (a.a.O.) ebenfalls mit Erwägungen nicht gefolgt, denen der Senat sich anschließt. Wenngleich das Erbbaurecht eine Belastung des Erbbaugrundstücks darstellt, ist es nach seiner Bestellung rechtlich – im Einklang mit der wirtschaftlichen Situation – die Hauptsache; das in Ausübung des Erbbaurechts errichtete (bzw. bei seiner Bestellung schon vorhandene) Gebäude gilt nach § 12 Erbbaurechtsgesetz nicht etwa als Bestandteil des Grundstücks, sondern vielmehr als solcher des Erbbaurechts. Das Eigen-

tum am Grundstück tritt während des Bestehens des Erbbaurechts in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht hinter das Erbbaurecht zurück, das auch zur dinglichen Grundlage für sämtliche Belastungen wird. Dieser Situation wird mit der Bestandteilszuschreibung des Erbbaugrundstücks zum Erbbaurecht in Fällen, den wie hier der Erbbauberechtigte das Grundstück erwirbt, konsequent Rechnung getragen; das Erbbaurecht verliert nicht seinen selbständigen Charakter, sondern bleibt der wirtschaftlich und rechtlich dominierende Teil, während das Grundstück als – nicht wesentlicher – Bestandteil in dem Erbbaurecht aufgeht (Schulte, a.a.O.). Ein subjektiv-dingliches Recht entsteht zudem allenfalls „de facto“, weil die Verbindung zwischen Erbbaurecht und Grundstück – anders als diejenige eines subjektiv-dinglichen Rechts mit dem herrschenden Grundstück – jederzeit lösbar ist (KG, a.a.O.; Staudinger/Rapp, a.a.O. m.w.N.).

Die Zuschreibung ist auch nicht wegen Zweckwidrigkeit oder fehlendem praktischen Bedürfnis unzulässig

[7] c) Der Auffassung, der Zulässigkeit der Zuschreibung stehe die Zweckwidrigkeit einer solchen Konstruktion und ein fehlendes praktisches Bedürfnis entgegen (KG, a.a.O.) vermag der Senat nicht zu folgen. Das Gegenteil ist aus seiner Sicht der Fall. Die Zuschreibung des Grundstücks zum Erbbaurecht hat zur Folge, dass sich die Belastungen in Abt. III des Erbbaugrundbuchs kraft Gesetzes auf das – in der Regel bis auf das Erbbaurecht unbelastete – Grundstück erstrecken (§§ 1131, 1192, 1199 BGB), ohne dass es zusätzlicher Übertragungsakte unter Beteiligung der Gläubiger der Grundpfandrechte bedarf; das gilt auch für eingetragene Unterwerfungserklärungen (Bamberger/Roth, a.a.O., § 1131 Rn. 2 m.w.N.). Die Rechtsstellung der Grundpfandrechtsgläubiger wird nicht beeinträchtigt, sondern sogar (wenn auch geringfügig) verbessert, weil sich die Belastungen nunmehr auch auf den Erbbauzins erstrecken (Schulte, a.a.O.). Auf diese Weise wird der mit der

[8] b) Bestandteilszuschreibung in derartigen Fällen regelmäßig verfolgte Zweck, der letztlich darin besteht, das Erbbaurecht aufzugeben und das Erbbaugrundbuch zu schließen, nicht unerheblich erleichtert und kostengünstiger gestaltet. Es erscheint dem Senat daher nicht gerechtfertigt, die in der vorliegenden Urkunde gewählte Gestaltung als „Trick“ oder gar als „monströse Konstruktion“ (Staudinger/Gursky, a.a.O.) abzutun. Grundbuchrechtliche Probleme, wie sie bei der Zuschreibung im Falle eines in Wohnungserbbaurechte aufgeteilten Erbbaurechts wegen der Gefahr der Verwirrung im Sinne von § 6 GBO auftreten können (BayObLGZ 1999, 63 ff. = MittRhNotK 1999, 243) bestehen im vorliegenden Fall nicht.

[9] Eine Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren ist nicht veranlasst, weil für die erfolgreiche Beschwerde Gerichtsgebühren nicht erhoben werden und die Erstattung außergerichtlicher Kosten wegen des Fehlens anderer Beteiligten von vornherein nicht in Betracht kommt. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 78 Abs. 2 GBO) scheidet aus. Zwar hat die Sache im Hinblick auf den dargestellten Meinungsstreit grundsätzliche Bedeutung und auch der Zulassungsgrund der Sicherung der einheitlichen Rechtsprechung läge vor. Indessen ist der Antragsteller als einziger Beteiligter des Verfahrens durch die Entscheidung des Senats nicht beschwert, so dass es an einem Beteiligten fehlt, der zur Einlegung der Rechtsbeschwerde berechtigt wäre. Dieser Beschluss ist daher mit Rechtsmitteln nicht anfechtbar. ■

4. Erbrecht – Zum Nacherbenvermerk bei Veräußerung durch einen vom Vorerben Beschenkten

(*OLG München*, Beschluss vom 28.11.2017 – 34 Wx 176/17)

BGB §§ 133, 157, 182, 1913, 2136, 2139

GBO §§ 19, 22 Abs. 1 S. 1, 29, 51

GrEStG § 22

GBV § 15

1. Der im Grundbuch eingetragene Nacherbenvermerk schützt den Nacherben vor einem Rechtsverlust aufgrund gutgläubigen Dritterwerbs durch Verfügungen des Vorerben selbst, aber auch durch Weiterveräußerung des Erwerbers (Anschluss an OLG Braunschweig FamRZ 1995, 443).
2. Haben alle Nacherben, nicht aber die Ersatznacherben, ihr Anwartschaftsrecht auf den Vorerben übertragen, so scheidet das Grundstück aus dem nacherbschaftsbefangenen Nachlass aus, wenn es vom Erwerber mit Zustimmung des Vorerben als dem Inhaber aller Nacherbenanwartschaftsrechte weiterveräußert wird. Zur Löschung des Nacherbenvermerks Zug um Zug mit dem Vollzug der Auflassung bedarf es in diesem Fall nicht der Bewilligung der Ersatznacherben.

Zur Einordnung

Wird ein Grundstück veräußert, bei dem in Abt. II ein Nacherbenvermerk eingetragen ist, haben Notar und Grundbuchamt zu überprüfen, ob im Zuge der Abwicklung der Vermerk gelöscht werden kann. Das OLG München befasst sich in der nachfolgend abgedruckten Entscheidung mit der Fallgestaltung, dass nicht der Vorerbe, sondern einer der Nacherben das Grundstück verkauft.

Zum Schutz der Nacherben unterliegt der Vorerbe bei Verfügungen über das Nachlassvermögen bestimmten Beschränkungen. Wenn der Vorerbe eine Verfügung über ein Grundstück trifft, wird sie gem. § 2113 Abs. 1 BGB bei Eintreten der Nacherbfolge unwirksam, soweit sie das Nacherbenrecht beeinträchtigt. Das Gleiche gilt gem. § 2113 Abs. 2 S. 1 BGB für unentgeltliche Verfügungen. Von § 2113 Abs. 1 BGB kann der Vorerbe durch den Erblasser befreit werden, von § 2113 Abs. 2 S. 1 BGB nicht (vgl. § 2136 BGB; *MüKoBGB/Grunsky*, § 2136 Rn. 10). Verfügungen jeder Art sind allerdings wirksam, wenn sie unter Mitwirkung derjenigen Personen getroffen werden, deren Schutz das Gesetz intendiert. Eine solche Mitwirkung ist in unterschiedlicher Weise denkbar. Einerseits kann – sofern nicht durch den Erblasser ausgeschlossen (vgl. RGZ 170, 163 [168]; BeckOGK BGB/*Küpper*, Stand 1.12.2017, § 2100 Rn. 153 mwN; aA *Staudinger/Avenarius*, BGB, 2013, § 2100 Rn. 76) – das sog. Nacherbenanwartschaftsrecht auf den Vorerben übertragen werden. Dadurch wird der Vorerbe zum unbeschränkten Vollerben (*MüKoBGB/Grunsky*, § 2100 Rn. 35; *Staudinger/Avenarius*, BGB, 2013, § 2100 Rn. 85). Ohne Zustimmung aller potentiellen Ersatznacherben hat die Übertragung diesen gegenüber allerdings keine Wirkung, so dass sie im Ersatznacherbfall anstelle des Nacherben zur Erbschaft gelangen (*BayObLG NJW* 1970, 1794 (1795); *Hartmann ZEV* 2009, 107 [108 f.]). Darüber hinaus ist eine Verfügung des Vorerben wirksam, wenn sie mit Zustimmung des Nacherben vorgenommen wird

(vgl. § 2120 S. 1 BGB). Die Zustimmung der Ersatznacherben ist hier nicht erforderlich, weil deren – ohnehin schwaches – Anwartschaftsrecht sich auf den Nachlass als solchen, nicht jedoch auf die einzelnen Nachlassgegenstände bezieht (RGZ 145, 316 [318 ff.]; *Hartmann ZEV* 2009, 107 [109]; BeckOGK BGB/*Müller-Christmann*, Stand 15.1.2018, § 2113 Rn. 48.1; ohne Begründung: BGH NJW 1963, 2320 [2321]; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3519).

Grundbuchverfahrensrechtlich wird der Schutz des Nacherben durch die Eintragung eines Nacherbenvermerks im Grundbuch (§ 51 GBO) gewährleistet. Der Vermerk kann durch Bewilligung aller Nacherben, auch der Ersatznacherben, gelöscht werden (*BayObLGZ* 1970, 137 [142]; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3513). Im Wege des Unrichtigkeitsnachweises ist der Vermerk zu löschen, wenn das betreffende Grundstück durch gegenüber dem Nacherben wirksame Verfügung aus dem Nachlass ausgeschieden ist (*OLG Rostock RNotZ* 2016, 686 [687] mit Einordnung der Schriftleitung; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3516).

In dem vom OLG München entschiedenen Sachverhalt hatte zunächst der befreite Vorerbe ein Nachlassgrundstück unentgeltlich auf einen der Nacherben übertragen. Im Anschluss übertrugen die anderen Nacherben ihre Anwartschaftsrechte auf den Vorerben (wodurch die Befugnis zur Zustimmung zu Verfügungen auf diesen überging), bevor der beschenkte Nacherbe das Grundstück unter Zustimmung des Vorerben entgeltlich veräußerte. Das OLG wendet die Grundsätze für die Wirksamkeit einer Verfügung des Vorerben auch auf einen weiterveräußernden Erwerber an und hält die Löschung des Nacherbenvermerks daher für möglich.

Für die notarielle Praxis rekapituliert die Entscheidung die vom Vertragsgestalter zu klärende Frage der endgültigen Wirksamkeit des dinglichen Veräußerungsgeschäfts und der korrespondierenden Zulässigkeit der Löschung des Nacherbenvermerks.

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Beteiligte zu 2, Mutter der Beteiligten zu 1, ist gemäß Erbschein vom 27.1.2011 Alleinerbin nach J. F. L. Ihre Rechtsstellung als Vollerbin ist auflösend bedingt durch ihre Wiederverheiratung. Aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt einer Wiederverheiratung ist sie zur befreiten Vorerbin eingesetzt. Gleichzeitig mit ihrer Eintragung als Eigentümerin von Grundbesitz am 8.11.2011 wurde in Abteilung II des Grundbuchs (Spalte 3 lfd. Nr. 1) auf der Grundlage des Erbscheins ein Nacherbenvermerk folgenden Inhalts eingetragen:

[2] Bedingte Nacherbfolge ist angeordnet. Nacherben des J. F. L. sind: A. H. (= die Beteiligte zu 1), J. L., ..., M. L., und G. L., Der Nacherbfall tritt ein bei der Wiederverheiratung der Vorerbin. Die Vorerbin ist befreit. Ersatznacherbfolge ist angeordnet, Ersatznacherben sind derzeit: ...

[3] Aufgrund schenkweiser Überlassung vom 16.3.2012 ist seit dem 23.3.2012 die Beteiligte zu 1 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

[4] Die neben der Beteiligten zu 1 aufschiebend bedingt eingesetzten Nacherben übertrugen ihr jeweiliges Anwartschaftsrecht gemäß notarieller Urkunde vom 11.7.2013 nebst Genehmigungen vom 22.7.2013 und 25.7.2013 sowie gemäß Urkunde vom 2.6.2016 auf die Beteiligte zu 2 als (bedingt eingesetzte) Vorerbin; zugleich bewilligten sie die Löschung des Nacherbenvermerks. Die Beteiligte zu 1 ihrerseits übertrug ihr Anwartschaftsrecht zu Urkunde vom 13.11.2013 auf die Beteiligte zu 2. Aufgrund der jeweils erklärten Bewilligungen wurde zu dem Nacherbenvermerk am 20.9.2013, 21.11.2013 und 16.6.2016 unter gleichzeitiger Rötung des Namens des jeweils betroffenen Nacherben der Übergang des Anwartschaftsrechts auf die Vorerbin in der Veränderungsspalte (Spalte 5) vermerkt. Unverändert eingetragen blieben die Anordnung der bedingten Nacherbfolge selbst sowie die Anordnung von Ersatznacherbfolge unter namentlicher Bezeichnung der derzeitigen (neun) Ersatznacherben.

[5] Zu Urkunde vom 21.9.2016 verkaufte die Beteiligte zu 1 den Grundbesitz an die Beteiligte zu 3, eine Bauträgergesellschaft. Die Auflassung wurde erklärt. Die Beteiligte zu 2 erklärte als Inhaberin sämtlicher Nacherbenanwartschaften ihre ausdrückliche Zustimmung zur Veräußerung des Grundstücks und zu sämtlichen urkundlichen Erklärungen, insbesondere zur Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch (Ziff. I. 3. der Urkunde). Zugleich bewilligten die Beteiligten zu 1 und 2 die Löschung des Nacherbenvermerks.

[6] Den notariell am 20.3.2017 gestellten Antrag, die Auflassung Zug um Zug mit der Löschung des Nacherbenvermerks zu vollziehen, hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 24.3.2017 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt: Eine Löschung des Vermerks aufgrund Bewilligung sei nicht möglich, weil hierfür Bewilligungen auch der Ersatznacherben und eines für die noch unbekanntem Ersatznacherben zu bestellenden Pflegers nebst diesbezüglicher gerichtlicher Genehmigung erforderlich wären. Eine Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises scheidet aus, weil das Grundstück nach schenkweiser Überlassung weiterhin der Nacherbenbindung unterliege und die entgeltliche Veräußerung der Beteiligten zu 1 – anders als eine entgeltliche Veräußerung durch die Beteiligte zu 2, die hier aber nicht vorliege – nicht zum Ausscheiden des Grundstücks aus der Nacherbmasse führe. Die von der Beteiligten zu 2 erklärte Zustimmung zur Veräußerung habe nicht zur Folge, dass sich das Nacherbenrecht an dem der Beteiligten zu 1 zustehenden und nach dem Vertrag an sie zu zahlenden Veräußerungserlös fortsetze. Weil mit einer zeitnahen Behebung des Vollzugshindernisses durch Beibringen der erforderlichen Bewilligungen nicht zu rechnen sei, seien die im Verbund gestellten Anträge zurückzuweisen.

[7] Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit der notariell eingelegten Beschwerde, mit der sie unter erneuter Vorlage der Vertragsurkunde, des Negativattests nach § 5 GrdstVG sowie der Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 GrEStG beantragen, das Grundbuchamt zur Löschung des Nacherbenvermerks anzuweisen. Sie machen geltend, der mangels Bewilligungen erforderliche Unrichtigkeitsnachweis sei geführt. Die mit Zustimmung und unter mittelbarer Mitwirkung der Vorerbin erfolgende, voll-

entgeltliche Verfügung der Beteiligten zu 1 sei nicht anders zu behandeln als eine vollentgeltliche Verfügung der Vorerbin selbst. Der Verkaufserlös unterliege in diesem Fall kraft dinglicher Surrogation der Nacherbfolge.

[8] Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

[9] Die nach § 11 Abs. 1 RPfFG, § 71 Abs. 1, § 73 GBO, § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg und führt zur Aufhebung des Zurückweisungsbeschlusses. Weil die Voraussetzungen für die Löschung des Nacherbenvermerks mit dem beantragten Vollzug der Auflassung vorliegen, wird das Grundbuchamt angewiesen, die gemäß § 16 Abs. 2 GBO im Verbund gestellten Eintragungsanträge nicht aus den Gründen des Beschlusses vom 24.3.2017 zurückzuweisen. Eine Anweisung, den Antrag zu vollziehen, ergeht allerdings nicht, weil der Senat eine zwischenzeitliche Änderung der Grundbuchlage nicht ausschließen kann.

Ein Nacherbenvermerk kann durch Bewilligung aller potentiell Betroffenen oder auf Grund von Unrichtigkeit gelöscht werden

[10] 1. Richtig ist allerdings, dass ein die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben nach § 2113 BGB zum Ausdruck bringender Nacherbenvermerk vor Eintritt der Nacherbfolge (§ 2139 BGB) nur dann gelöscht werden kann, wenn entweder alle potentiell Betroffenen die Löschung bewilligt haben (§ 19 GBO) oder die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist (§ 22 Abs. 1, § 29 Abs. 1 GBO; vgl. Demharter GBO 30. Aufl. § 51 Rn. 37).

Die Löschungsbewilligung ist auch von den Ersatznacherben abzugeben

[11] Richtig ist weiter, dass zu den Betroffenen im Sinne von § 19 GBO neben den Nacherben auch die Ersatznacherben gehören, wobei für die noch unbekanntem Ersatznacherben die Bewilligung eines nach § 1913 BGB zu bestellenden Pflegers nebst gerichtlicher Genehmigung gemäß § 1915 BGB i.V.m. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB erforderlich ist (OLG Düsseldorf Rpfleger 2014, 418; OLG Hamm Rpfleger 2015, 15/16 = RNotZ 2014, 609 für den Fall der Übertragung des Anwartschaftsrechts des Nacherben). Da hier Löschungsbewilligungen der Ersatznacherben nicht eingeholt wurden, ist die Löschung des Nacherbenvermerks auf diesem Weg nicht möglich.

[12] Allerdings ist der Unrichtigkeitsnachweis – eine unveränderte Grundbuchlage vorausgesetzt – geführt. Danach ist das Grundbuch zwar richtig (dazu unter 2. a); es würde aber mit dem Vollzug der beantragten Auflassung ohne gleichzeitige Löschung des Nacherbenvermerks unrichtig (dazu unter 2. b).

Der Vermerk schützt die Nacherben vor dem gutgläubigen Erwerb Dritter

[13] 2. Der nach § 51 GBO eingetragene Vermerk schützt den Nacherben, auch den nur bedingt eingesetzten (BayObLG NJW 1960, 965/966; OLG Hamm ZEV 2011, 589), davor, dass Verfügungen des befreiten Vorerben entgegen § 2113 Abs. 2 BGB infolge gutgläubigen Erwerbs (§ 2113 Abs. 3, § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB) bei Eintritt des Nacherbfalls rechtswirksam bleiben.

Der Vermerk wird unrichtig, wenn das Grundstück mit Wirkung gegenüber den Nacherben aus dem Nachlass ausscheidet

[14] Nachträglich unrichtig wird das Grundbuch in Bezug auf den Nacherbenvermerk demgemäß dann, wenn das vom Nacherbenvermerk erfasste Grundstück oder Grundstücksrecht endgültig, also mit Wirkung gegenüber den Nacherben, aus dem Nachlass ausgeschieden ist bzw. mit dem Vollzug des Eigentumsübergangs im Grundbuch ausscheidet (BGH NJW 2014, 1593/1594 = MittBayNot 2014, 460; Schöner/Stöber Grundbuchrecht 15. Aufl. Rn. 3516; Demharter § 51 Rn. 42).

[15] a) Vor Vollzug der beantragten Auflassung ist das Grundbuch hinsichtlich des Nacherbenvermerks einschließlich der hierzu vorgenommenen Änderungseintragungen richtig.

Durch Schenkung ist das Grundstück nicht aus dem Nachlass ausgeschieden

[16] (1) Das Grundstück ist nicht infolge der schenkweisen Überlassung von der Beteiligten zu 2 als (bedingte) Vorerbin an die Beteiligte zu 1 als (bedingte) Nacherbin aus der Nacherbmasse ausgeschieden, denn es fehlt die hierfür erforderliche Zustimmung der übrigen bedingt eingesetzten Nacherben. Zumindest sind die erforderlichen Zustimmungserklärungen nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen.

Zwar genügte hierzu die Zustimmung der Nacherben zur Übertragung ohne Beteiligung der Ersatznacherben

[17] Zwar scheidet ein zum Nachlass gehörendes Grundstück endgültig und zwingend aus der der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft aus, wenn der nach § 2136 BGB befreite Vorerbe – ggf. auch unentgeltlich – mit Zustimmung aller Nacherben, auch der bedingt eingesetzten, über das Grundstück verfügt (§§ 2112, 2113 Abs. 1 und Abs. 2 BGB; BGHZ 40, 115/119 = DNotZ 1964, 623; BGH NJW 2014, 1593/1594 = MittBayNot 2014, 460; Schöner/Stöber Rn. 3477 und Rn. 3485; Palandt/Weidlich BGB 76. Aufl. § 2113 Rn. 6; Staudinger/Avenarius BGB [2013] § 2113 Rn. 17; MüKo/Grunsky BGB 7. Aufl. § 2113 Rn. 16 f.; Hartmann DNotZ 2017, 28/41 und 45), denn der Mangel der Verfügungsbefugnis des Vorerben (vgl. Staudinger/Kohler BGB [2017] § 135 Rn. 57) wird durch die Zustimmung (§ 182 BGB) der Nacherben, die auch nachträglich erteilt werden kann (Schöner/Stöber Rn. 3477), geheilt. Dabei genügt die Zustimmung der primär (hier: aufschiebend bedingt) eingesetzten Nacherben, während die der Ersatznacherben nicht erforderlich ist (BGHZ 40, 115/119 = DNotZ 1964, 623).

Eine solche Zustimmung der Nacherben liegt jedoch nicht vor

[18] Beurkundete ausdrückliche Zustimmungserklärungen der neben der Beteiligten zu 1 bedingt eingesetzten Nacherben liegen aber nicht vor.

[19] Nachträgliche Zustimmungen (§ 185 BGB) ergeben sich auch nicht durch Auslegung der beurkundeten Erklärungen betreffend die Übertragung der Nacherbenanwartschaftsrechte und der in diesem Zusammenhang erklärten Bewilligungen nach § 19 GBO. Im Grundbuchverfahren sind der Ermittlung des Parteiwillens (§§ 133, 157 BGB) mit Blick auf den verfahrensbeherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis ur-

kundlich belegter Eintragungsunterlagen Grenzen gesetzt (Senat vom 28.7.2014, 34 Wx 240/14 = FamRZ 2015, 1139 = RNotZ 2015, 160). Danach darf auf die Auslegung nur zurückgegriffen werden, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Dabei ist auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (st. Rspr.; BGHZ 47, 191/195 = DNotZ 1967, 756; BGHZ 88, 302/306; 113, 374/378 = DNotZ 1991, 888; Demharter § 19 Rn. 28).

[20] Aus der Urkunde vom 11.7.2013 ergibt sich nicht einmal, dass die Bewilligenden Kenntnis vom Verfügungsgeschäft der Beteiligten zu 2 hatten. Schon deshalb fehlt es an Anhaltspunkten für eine implizit mitenthaltene Zustimmung zu diesem Geschäft. In der Urkunde vom 13.11.2013 ist zwar aus dem wiedergegebenen Grundbuchstand die Eigentümerstellung der Beteiligten zu 1 ersichtlich; das Verfügungsgeschäft, auf dem diese Stellung beruht, ist jedoch weder inhaltlich beschrieben noch sonst angesprochen. Für einen unbefangenen Betrachter liegt es somit nicht nahe, dass über den ausdrücklich erklärten Inhalt der abgegebenen Erklärungen hinaus der zugrunde liegenden Verfügung nachträglich zugestimmt werde.

[21] (2) Aus denselben Gründen ist aus den vorliegenden Urkunden auch nichts dafür ersichtlich, dass – was grundsätzlich als zulässig angesehen wird (vgl. BGH NJW-RR 2001, 217/218 = DNotZ 2001, 392; OLG Hamm RNotZ 2016, 467/468; Heskamp RNotZ 2014, 517/518 ff.; Weidlich ZErb 2014, 325/327 f.; Weidlich MittBayNot 2017, 167 f.) – die Nacherbenbindung (nur) des gegenständlichen Grundbesitzes durch Vereinbarung zwischen Vor- und Nacherben aufgehoben und der Nachlassgegenstand in das freie Vermögen der Vorerbin überführt worden wäre.

[22] (3) Schließlich ist mit der Übertragung der Nacherbenanwartschaften auf die Vorerbin letztere zwar in die Rechtsstellung der Nacherben eingetreten. Sie ist dadurch aber nicht Vollerbin geworden, weil Ersatznacherben (§ 2096 BGB) vorhanden sind und diese weder der Übertragung der Nacherbenanwartschaften zugestimmt noch ihrerseits ihre Anwartschaftsrechte auf die Vorerbin übertragen haben (vgl. BayObLG FamRZ 1992, 728/729; Weidlich ZErb 2014, 325/326). Deren Rechte wurden von der Übertragung nicht berührt (Senat vom 25.2.2015, 34 Wx 3/15 = FGPrax 2015, 118 = RNotZ 2015, 301; BayObLGZ 1970, 137; OLG Hamm Rpfleger 2013, 530/531; Palandt/Weidlich § 2100 Rn. 13 und Rn. 16; Schöner/Stöber Rn. 3528; Weidlich ZErb 2014, 325/326). Die Übertragung der Anwartschaften selbst geht aus den Eintragungen in der Änderungsspalte in Übereinstimmung mit dem Urkundeninhalt hervor (vgl. Senat vom 25.2.2015, 34 Wx 3/15 = FGPrax 2015, 118 = RNotZ 2015, 301).

Mit der nachfolgenden entgeltlichen Veräußerung ist das Grundstück aus der Nacherbenbindung ausgeschieden

[23] b) Allerdings scheidet mit dem Vollzug der Eigentumsübertragung auf die Beteiligte zu 3 das Grundstück aus der Nacherbenbindung aus. Der Vermerk ist daher zur Vermeidung von Grundbuchunrichtigkeit mit der Eintragung der Auflassung zu löschen (BayObLGZ 1970, 137/142 = DNotZ 1970, 686; Demharter § 51 Rn. 42 mit Rn. 37; Hartmann DNotZ 2017, 28/42).

Der Nacherbenvermerk schützt auch vor einer Weiterveräußerung desjenigen, der den Nachlassgegenstand vom Vorerben erworben hat

[24] (1) Der Nacherbenvermerk nach § 51 GBO schützt den Nacherben auch vor einem Rechtsverlust infolge einer Weiterveräußerung des Nachlassgegenstands durch denjenigen, der ihn aufgrund Verfügung des Vorerben erworben hat (OLG Braunschweig FamRZ 1995, 443 Leitsatz 1; Schöner/Stöber Rn. 3495 mit Rn. 3477; Weidlich ZErB 2014, 325).

In diesem Fall können die Nacherben ihre Zustimmung wie bei der Verfügung des Vorerben erteilen

[25] (2) Eine mit Zustimmung der Nacherben vorgenommene Verfügung des Erwerbers bewirkt allerdings in gleicher Weise das Ausscheiden des Grundstücks aus dem „Sondervermögen“ der Vorerbschaft wie eine mit Zustimmung der Nacherben vorgenommene Verfügung des Vorerben selbst, denn der sich zum Schutz der Nacherben in der Person des Erwerbers fortsetzende Mangel der Verfügungsbefugnis wird durch die Zustimmung der Nacherben geheilt. Mit Blick auf die Dispositionsbefugnis der Nacherben hinsichtlich ihrer Rechte kann für Verfügungen des Erwerbers über den der Nacherbenbindung unterliegenden Gegenstand nichts anderes gelten als für Verfügungen des Vorerben selbst.

[26] Eine Mitwirkung der Ersatznacherben, insbesondere deren Zustimmung zur Verfügung des Erwerbers, ist vor Wegfall des in erster Linie eingesetzten Nacherben ebenso wenig erforderlich wie bei Verfügungen des Vorerben selbst (vgl. BGHZ 40, 115/119 = DNotZ 1964, 623; BGH NJW 2014, 1593/1594 = MittBayNot 2014, 460; MüKo/Grunsky § 2113 Rn. 17). Die vom Nacherben erteilte Zustimmung bindet vielmehr auch in diesem Fall den Ersatznacherben (vgl. BayObLGZ 1970, 137/142 = DNotZ 1970, 686; Hartmann DNotZ 2016, 899/905 f.).

[27] (3) Die von der Beteiligten zu 2 – so wörtlich – „als Inhaberin sämtlicher Nacherbenanwartschaften“ erklärte und der Beteiligten zu 3 zugegangene Zustimmung zur Verfügung der Beteiligten zu 1 genügt.

Durch die Übertragung aller Nacherbenanwartschaftsrechte auf die Vorerbin ging die Zustimmungsbefugnis auf diese über

[28] (α) Nacherben erlangen mit dem Eintritt des Erbfalls neben dem zukünftigen Erbrecht (§ 2100 BGB) ein unentziehbares und unbeschränkbares Anwartschaftsrecht an der Erbschaft (vgl. §§ 2113 bis 2115 BGB; OLG Hamm FGPrax 2017, 180; Staudinger/Avenarius § 2100 Rn. 69). Weil die Zustimmung eine Verfügung über das Anwartschaftsrecht des Nacherben in Bezug auf den betroffenen Gegenstand enthält (Staudinger/Avenarius § 2113 Rn. 18), kann nach einer Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts nur diejenige Person die Zustimmung erteilen, auf die die Anwartschaft übergegangen ist (Staudinger/Avenarius § 2100 Rn. 83; Meikel/Böhringer GBO 11. Aufl. § 51 Rn. 172). Dabei bedarf die Übertragung der Nacherbenanwartschaft zu ihrer Wirksamkeit nicht der Zustimmung der Ersatznacherben (BayObLGZ 1970, 137/142 = DNotZ 1970, 686; Palandt/Weidlich § 2100 Rn. 13; MüKo/Grunsky § 2100 Rn. 34).

Diese Befugnis entfiel nur, wenn zwischenzeitlich ein Ersatznacherbfall eingetreten wäre

[29] Nur wenn wegen Wegfalls eines der namentlich abschließend bezeichneten Nacherben der Ersatzfall eingetreten wäre (§ 2096 BGB), wäre zusätzlich die Zustimmung der dann in die Stellung des (bedingt eingesetzten) Nacherben nachgerückten Ersatznacherben erforderlich, denn deren Anwartschaftsrechte wurden weder übertragen noch von der Übertragung der Nacherbenanwartschaften berührt.

Die Zustimmung der Vorerbin zur Veräußerung ist in gehöriger Form nachgewiesen

[30] (β) Dass die Beteiligte zu 2 tatsächlich Inhaberin sämtlicher Nacherbenanwartschaften ist und daher dem Verfügungsgeschäft der Beteiligten zu 1 wirksam zustimmen kann, ist grundsätzlich durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen (§ 22 Abs. 1 Satz 1, § 29 GBO). Dies ist mit den in der Grundakte vorhandenen Urkunden zwar hinsichtlich der Übertragung der Nacherbenanwartschaften, nicht aber hinsichtlich der negativen Tatsache – Ausbleiben des Ersatzfalls – geschehen. Entbehrlich ist ein solcher Nachweis jedoch bei sogenannten gerichtskundigen Tatsachen, zu denen insbesondere das aus dem Grundbuch ersichtliche (vgl. Knothe in Bauer/von Oefele GBO 3. Aufl. § 29 Rn. 162), wie der hier in Abt. II eingetragene Nacherbenvermerk samt Änderungseinträgen, gehört (BGH NJW 2014, 1593/1594 = MittBayNot 2014, 460). Aus den darin enthaltenen zwingenden Angaben über die Berechtigten (vgl. § 10 Abs. 1 Buchst. b, Abs. 4 GBV mit § 15 GBV) ergibt sich, wer (bedingt eingesetzter) Nacherbe und wer Inhaber der Nacherbenanwartschaften ist. Die gesetzliche Vermutung gemäß § 891 BGB gilt auch für das Grundbuchamt. Für den Eintritt des Ersatzfalls und damit für das Nachrücken eines Ersatznacherben in die (bedingte) Nacherbenstellung ist danach – vorbehaltlich zwischenzeitlicher Erkenntnisse des Grundbuchamts – nichts ersichtlich.

[31] Weil die Beteiligte zu 2 infolge rechtsgeschäftlicher Übertragung der (bedingten) Anwartschaftsrechte in die Rechtsstellung der Nacherben eingetreten ist – ohne selbst Nacherbin zu werden (BayObLG FamRZ 1992, 728/729; Palandt/Weidlich § 2100 Rn. 15; Weidlich ZErB 2014, 325/326) – ist sie somit befugt, die Zustimmung (§ 182 BGB) zur Verfügung der Beteiligten zu 1 zu erklären. Als Inhaberin der Nacherbenanwartschaftsrechte ist sie zudem „Dritte“ im Sinne von § 182 BGB, denn sie ist mangels Eigentümerstellung oder sonstiger Berechtigung am Grundstück am Rechtsgeschäft nicht selbst beteiligt.

[32] (γ) Sowohl die Zustimmungserklärung selbst als auch deren Zugang bei der Beteiligten zu 3 (vgl. Staudinger/Avenarius § 2113 Rn. 17; MüKo/Grunsky § 2113 Rn. 16; Hartmann DNotZ 2016, 898/908) sind urkundlich (§ 29 GBO) belegt.

[33] (4) Eine Anhörung der Ersatznacherben vor einer Löschung des Nacherbenvermerks ist nicht erforderlich (Senat vom 9.2.2015, 34 Wx 416/14 = Rpfleger 2015, 475 und vom 25.2.2015, 34 Wx 3/15 = FGPrax 2015, 118 = RNotZ 2015, 301; Palandt/Weidlich § 2113 Rn. 6; Weidlich ZErB 2014, 325/328; Hartmann DNotZ 2017, 28/33).

III.

[34] Aufgrund des Erfolgs der Beschwerde ist eine Entscheidung zur Kostentragung, zum Geschäftswert sowie zur Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht veranlasst. ■

5. Familienrecht – Zur unterhaltsrechtlichen Einordnung der Kosten für eine Tagesmutter

(BGH, Beschluss vom 4.10.2017 – XII ZB 55/17)

FamFG § 70 Abs. 1

BGB §§ 1606 Abs. 3 S. 1, 1610 Abs. 2

Wird die Betreuung eines Kindes durch Dritte allein infolge der Berufstätigkeit des betreuenden Elternteils erforderlich, stellen die Betreuungskosten keinen Mehrbedarf des Kindes dar, sondern gehören zur allgemeinen Betreuung, die vom betreuenden Elternteil im Gegenzug zur Barunterhaltspflicht des anderen allein zu leisten ist. Dafür entstehende Betreuungskosten können mithin lediglich als berufsbedingte Aufwendungen des betreuenden Elternteils Berücksichtigung finden (im Anschluss an Senatsurteile vom 14. März 2007 – XII ZR 158/04 – FamRZ 2007, 882 und vom 5. März 2008 – XII ZR 150/05 – FamRZ 2008, 1152).

Zur Einordnung

Der BGH befasst sich in der nachfolgend abgedruckten Entscheidung mit der Qualifizierung der Kosten für eine Tagesmutter als Mehrbedarf im Rahmen des Kindesunterhalts.

Bei getrennt lebenden Eltern wird die beiderseitig bestehende Unterhaltspflicht gegenüber gemeinsamen Kindern in der Regel von demjenigen Elternteil, in dessen Haushalt das Kind lebt, durch Pflege und Erziehung des Kindes erbracht (§ 1606 Abs. 3 S. 2 BGB). Nur der andere Elternteil ist dem Kind gegenüber barunterhaltspflichtig (BeckOGKBGB/*Knörzer*, Stand 15.7.2017, § 1606 Rn. 7; vgl. aber zum sog. Wechselmodell: BGH NJW 2017, 1676 [1677 f.]). Betreuungsunterhalt und Barunterhalt sind daher im Regelfall als gleichwertig anzusehen (BGH NJW 1980, 2306; *Staudinger/Engler*, BGB, 2000, § 1606 Rn. 27). Im Hinblick auf die Höhe des Barunterhalts ist nach § 1610 Abs. 2 BGB der gesamte Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten – einschließlich der Kosten seiner Erziehung und Berufsbildung – zu Grunde zu legen. Bei der Ermittlung der konkreten Unterhaltsbeträge orientiert sich die Praxis an der Düsseldorfer Tabelle (www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_Tabelle/index.php), die den pauschalierten Bedarf anhand des Alters des Kindes und des Einkommens des Unterhaltspflichtigen bemisst (MüKoBGB/*Born*, 7. Aufl. 2017, § 1610 Rn. 79; *Staudinger/Engler/Kaiser*, BGB, 2000, § 1610 Rn. 158). Ein etwaiger Sonder- oder Mehrbedarf des Kindes ist allerdings nicht Gegenstand des Tabellenunterhalts und daher gesondert zu berücksichtigen (*Heiß/Born/Norpoth*, Unterhaltsrecht, Stand 01/2017, 12. Kap. Rn. 37; BeckFormularbuch FamilienR/*Hamm*, 3. Aufl. 2010, S. 161). An Sonder- und Mehrbedarf hat sich dabei auch der nicht barunterhaltspflichtige Elternteil zu beteiligen (vgl. BeckOGKBGB/*Winter*, Stand 1.11.2017, § 1613 Rn. 211 ff. mwN). Unter Sonderbedarf ist ein unregelmäßiger außergewöhnlich hoher Bedarf zu verstehen (vgl. § 1613 Abs. 2 Nr. 1 BGB), Mehrbedarf ist dagegen ein regelmäßiger außergewöhnlich hoher Bedarf (vgl. BeckOGKBGB/*Winter*, Stand 1.11.2017, § 1613 Rn. 182 ff.; ferner Rn. 220 ff. zur umfangreichen Kasuistik). Zweifelhaft kann sein, ob und inwieweit Kosten für eine von Dritten übernommene Kinderbetreuung als Mehrbedarf des Kindes einzuordnen sind. Insofern kann es sich nämlich auch lediglich um berufsbedingte Auf-

wendungen des betreuenden Ehegatten handeln, um diesem ein berufliches Fortkommen zu sichern. Denn immerhin erfüllt der betreuende Elternteil seine Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind gerade durch die Betreuung (§ 1606 Abs. 3 S. 2 BGB; vgl. hierzu *Johannsen/Henrich/Graba/Maier*, Familienrecht, 6. Aufl. 2015, § 1610 BGB Rn. 20). Jedenfalls bei einer Betreuung in staatlichen Einrichtungen soll ein Mehrbedarf des Kindes vorliegen, wenn sie primär pädagogischen Zwecken dient (vgl. etwa BGH NJW 2008, 2337 [2339] für Kindergartenkosten). Zum Teil wird ein Mehrbedarf aber auch allgemein bei Fremdbetreuung angenommen (*Palandt/Brudermüller*, BGB, 74. Aufl. 2015, § 1570 Rn. 17; *Schürmann* FamRZ 2016, 1113 [1120]; aA [kein Mehrbedarf, wenn Entlastungseffekte für den betreuenden Elternteil im Vordergrund stehen]: BeckOGKBGB/*Winter*, Stand 1.11.2017, § 1613 Rn. 236).

Der BGH sieht die Kosten für eine Tagesmutter im konkreten Fall nicht als Mehrbedarf des Kindes an. Auch wenn grundsätzlich die Betreuung durch private Träger einen Mehrbedarf begründen kann, ist die Tätigkeit der Tagesmutter nicht pädagogisch veranlasst und geht über eine übliche Kinderbetreuung auch nicht hinaus, so dass eine Einordnung als Kindesunterhalt ausgeschlossen ist.

Für die notarielle Praxis ist die Entscheidung vor allem dann relevant, wenn in einer Scheidungsfolgenvereinbarung der nacheheliche Ehegattenunterhalt ausgeschlossen oder modifiziert wird. Denn die Berücksichtigung von nicht im Rahmen des Kindesunterhalts anzusetzenden Betreuungskosten als ein die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit mindernder Aufwand (vgl. BeckOGKBGB/*Winter*, Stand 1.11.2017, § 1613 Rn. 236) kann dann ggf. nicht mehr zum Tragen kommen.

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Beteiligten streiten noch über einen Beitrag des Antragsgegners in Höhe von monatlich 150 € zu den Kosten einer von der Mutter der Antragsteller beschäftigten Tagesmutter.

[2] Die im September 2005 und November 2007 geborenen Antragsteller sind die Kinder des Antragsgegners aus seiner im Jahr 2013 geschiedenen Ehe mit der Mutter der Antragsteller. Sie leben im Haushalt ihrer Mutter.

[3] Während des Getrenntlebens schlossen die Ehegatten eine bis Dezember 2014 befristete Unterhaltsvereinbarung, in der sich der Antragsgegner neben Kindesunterhalt zur Zahlung von Trennungs- bzw. nachehelichem Unterhalt in Höhe von monatlich 1.348 € verpflichtete. Bei der Berechnung dieses Unterhalts wurden die Betreuungskosten für eine private Tagesmutter und die Kindergartenkosten beim Einkommen der Mutter der Antragsteller als Abzugsposten berücksichtigt.

[4] Die Mutter der Antragsteller hat für die Zeit ab August 2014 eine Tagesmutter zur Betreuung der im Haushalt lebenden Kinder eingestellt. Zu deren Tätigkeit gehören ausweislich des Arbeitsvertrags die Abholung der Kinder von der Schule, die Zubereitung der Speisen und die Hausaufgabenbetreuung sowie, soweit es zeitlich machbar ist,

leichte Hausarbeiten. Sie erhält hierfür eine Vergütung von monatlich 450 €. Zusätzlich fallen monatlich rund 128 € Abgaben an die Minijob-Zentrale an.

[5] Für die Zeit ab Januar 2015 hatte die Mutter der Antragsteller eine deutlich besser bezahlte Arbeitsstelle als in den vorangegangenen Jahren gefunden. Im Rahmen des Zugewinnausgleichsverfahrens schlossen die geschiedenen Ehegatten am 25. Februar 2015 vor dem Amtsgericht einen Vergleich, in dem sie für die Zeit ab Januar 2015 wechselseitig auf nahehelichen Unterhalt verzichteten. Ob dieser Vergleich der besser dotierten Arbeitsstelle der Mutter der Antragsteller oder einem Nachgeben des Antragsgegners hinsichtlich des Zugewinns geschuldet war, ist zwischen den Beteiligten umstritten.

[6] Das Amtsgericht hat den Antragsgegner neben einer Erhöhung des Barunterhalts zur Zahlung von monatlich 75 € Mehrbedarf pro Kind verpflichtet. Auf die allein gegen die Entscheidung zum Mehrbedarf gerichtete Beschwerde des Antragsgegners hat das Oberlandesgericht die Entscheidung dahingehend abgeändert, dass diese Anträge der Antragsteller insgesamt abgewiesen werden. Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Antragsteller, mit der sie die Wiederherstellung der Entscheidung des Amtsgerichts anstreben.

Aus den Gründen:

II.

[7] Die Rechtsbeschwerde ist statthaft, weil das Oberlandesgericht sie in dem angefochtenen Beschluss zugelassen hat (§ 70 Abs. 1 FamFG), und auch im Übrigen zulässig. In der Sache ist sie indessen unbegründet.

[8] 1. Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, Betreuungskosten eines Kindes, die allein wegen der Berufstätigkeit des betreuenden Elternteils anfallen, könnten entgegen der Auffassung der Antragsteller nicht als Mehrbedarf des Kindes geltend gemacht werden. Zum Mehrbedarf eines Kindes zähle grundsätzlich nur der von den pauschalierten Regelsätzen der Unterhaltsleitlinien nicht erfasste, regelmäßig anfallende Teil des angemessenen Lebensbedarfs, der dem Kind und nicht der Lebensführung des betreuenden Elternteils zuzurechnen sei. Die Kosten einer privaten Tagesmutter für eine Nachmittagsbetreuung, die es dem betreuenden Elternteil ermögliche oder erleichtere, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, begründeten keinen Mehrbedarf des Kindes, sondern stellten berufsbedingte Aufwendungen des betreuenden Elternteils dar, die dieser allenfalls im Rahmen eines eigenen Unterhaltsanspruchs einkommensmindernd geltend machen könne. Die Kosten einer Nachmittagsbetreuung, die erforderlich sei, um einer Erwerbstätigkeit nachgehen zu können, seien als erhöhter Erwerbsaufwand nicht beim Kindesunterhalt zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seien zwar Aufwendungen für den Kindergartenbesuch zum Bedarf des Kindes zu rechnen, weil die erzieherischen Aufgaben des Kindergartens derart im Vordergrund stünden, dass dem Gesichtspunkt der Ermöglichung einer Erwerbstätigkeit des betreffenden Elternteils nur untergeordnete Bedeutung zukomme. Ein derartig im Vordergrund stehender pädagogischer Aspekt fehle jedoch bei den von den Antragstellern geltend gemachten Kosten für eine Tagesmutter, die allein anfielen, um ihrer Mutter die Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu ermöglichen bzw. zu erleichtern. Die Betreuungskosten

könnten deswegen nicht als Mehrbedarf der Antragsteller anerkannt werden, auch wenn dies zur Folge habe, dass eine Beteiligung des Antragsgegners an diesen Kosten ausscheide, weil die Mutter der Antragsteller wegen des Vergleichs keinen nahehelichen Unterhaltsanspruch mehr geltend machen könne. Dieses Ergebnis sei auch nicht unangemessen, da sich die Mutter der Antragsteller freiwillig auf den im Vergleich vereinbarten wechselseitigen Unterhaltsverzicht eingelassen habe.

[9] 2. Dies hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

[10] Das Oberlandesgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die für die Tagesmutter anfallenden Kosten nicht als Mehrbedarf den Unterhaltsbedarf der Antragsteller erhöhen.

Eine Einigung über die Kinderbetreuungskosten liegt zwischen den Beteiligten nicht vor

[11] a) In der bis Dezember 2014 befristeten Unterhaltsvereinbarung hatten der Antragsgegner und die Mutter der Antragsteller die Kinderbetreuungskosten nicht beim Bedarf der Kinder berücksichtigt, sondern geregelt, dass die Kosten im Rahmen des Ehegattenunterhalts als Abzugsposten berücksichtigt werden sollten. Daraus lässt sich für die hier relevante Zeit ab Januar 2015 allerdings keine bindende Vereinbarung zum Kindesunterhalt entnehmen. Eine solche ergibt sich auch nicht aus dem gerichtlichen Vergleich der geschiedenen Ehegatten vom 25. Februar 2015, in dem die Mutter der Antragsteller für die Zeit ab Januar 2015 auf nahehelichen Unterhalt verzichtet hat. Denn ungeachtet der widerstreitenden Behauptungen der Beteiligten zum Grund des Unterhaltsverzichts folgt aus dem Vergleich jedenfalls keine Einigung über die künftige Berücksichtigung der Betreuungskosten als Mehrbedarf beim Kindesunterhalt.

[12] b) Auch von Gesetzes wegen sind die hier anfallenden Betreuungskosten kein Mehrbedarf der Antragsteller.

Ein Mehrbedarf besteht jedenfalls bei pädagogisch veranlasster Betreuung in staatlichen Einrichtungen (Kindergärten, Schulen, Horte)

[13] aa) Nach § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB erfüllt der Elternteil, der ein minderjähriges Kind betreut, durch die Pflege und die Erziehung des Kindes seine Verpflichtung, zum Unterhalt des Kindes beizutragen. Im sogenannten Residenzmodell schuldet danach ein Elternteil den Barunterhalt der Kinder (zum Umfang der Barunterhaltspflicht vgl. Senatsbeschlüsse vom 15. Februar 2017 – XII ZB 201/16 – FamRZ 2017, 711 Rn. 11 ff. und vom 11. Januar 2017 – XII ZB 565/15 – FamRZ 2017, 437 Rn. 23 ff.), während der andere deren Betreuung übernimmt (vgl. Senatsbeschluss vom 5. November 2014 – XII ZB 599/13 – FamRZ 2015, 236 Rn. 17 ff. = DNotZ 2015, 141). Nur ausnahmsweise gehen die Kosten einer Fremdbetreuung über die einem Elternteil obliegende Betreuung hinaus und sind dann Mehrbedarf des Kindes, für den die Eltern nach § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB anteilig nach ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen aufzukommen haben (vgl. Senatsbeschluss vom 11. Januar 2017 – XII ZB 565/15 – FamRZ 2017, 437 Rn. 34 mwN). Ein solcher weitergehender Bedarf der Kinder liegt nach der Rechtsprechung des Senats hinsichtlich der üblichen pädagogisch veranlassten Betreuung in staatlichen Einrichtungen wie etwa Kindergärten, Schulen und Horten vor (vgl.

insoweit Senatsurteile vom 5. März 2008 – XII ZR 150/05 – FamRZ 2008, 1152 Rn. 19 ff. und vom 1. Juni 2011 – XII ZR 45/09 – FamRZ 2011, 1209 Rn. 36 und Senatsbeschluss vom 11. Januar 2017 – XII ZB 565/15 – FamRZ 2017, 437 Rn. 37).

Ob ein Mehrbedarf auch vorliegt, wenn die Betreuung dem betreuenden Elternteil eine Erwerbstätigkeit ermöglicht, ist umstritten

[14] bb) Ob ein – von den Eltern anteilig zu tragender – Betreuungsmehrbedarf auch dann vorliegt, wenn die Fremdbetreuung nicht über die allgemeine Kinderbetreuung hinausgeht, sondern nur erfolgt, um dem betreuenden Elternteil eine Erwerbstätigkeit zu ermöglichen, wird nicht einheitlich beurteilt.

[15] (1) Der Gesetzgeber ist bei der Änderung der Unterhaltstatbestände davon ausgegangen, dass die Kosten der Kinderbetreuung bei der Unterhaltsberechnung im Rahmen des Betreuungsunterhalts nach § 1570 BGB angemessen zu berücksichtigen sind (BT-Drucks. 16/1830 S. 17). Allerdings hat der Senat bereits darauf hingewiesen, dass dies über den Unterhaltsanspruch des betreuenden Elternteils nicht in allen Fällen angemessen möglich ist (vgl. Senatsurteil vom 5. März 2008 – XII ZR 150/05 – FamRZ 2008, 1152 Rn. 23 mwN). In der Literatur wird deswegen teilweise vertreten, die Betreuungskosten seien allgemein als Mehrbedarf des Kindes zu berücksichtigen (Schürmann FamRZ 2016, 1113, 1120; Palandt/Götz BGB 76. Aufl. § 1570 Rn. 17; Menne FamRB 2008, 110, 115). Andere Stimmen nehmen einen Mehrbedarf nur in den Fällen an, in denen ein Anspruch auf Ehegattenunterhalt, etwa wegen Zusammenlebens mit einem neuen Partner oder bei Wiederverheiratung, nicht besteht (Wendl/Gerhardt Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 9. Aufl. § 1 Rn. 1055).

Grundsätzlich erfüllt ein Elternteil seine Unterhaltspflicht durch Betreuung, der andere durch Zahlung von Barunterhalt

[16] (2) Eine solche generelle Qualifizierung der Kosten einer Fremdbetreuung als Mehrbedarf des Kindes widerspricht dem Gesetz. Denn grundsätzlich obliegt nach § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB die Barunterhaltspflicht für ein minderjähriges Kind einem Elternteil allein (vgl. insoweit Senatsbeschlüsse vom 15. Februar 2017 – XII ZB 201/16 – FamRZ 2017, 711 Rn. 11 ff. und vom 11. Januar 2017 – XII ZB 565/15 – FamRZ 2017, 437 Rn. 23 ff.), weil der andere Elternteil im Gegenzug dessen Betreuung übernommen hat. Dieser gesetzlichen Regelung würde es widersprechen, wenn im Falle einer Fremdbetreuung stets dieser Teil der eigentlich dem betreuenden Elternteil obliegenden Elternverpflichtung generell als Mehrbedarf nach § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB auf beide Eltern verlagert würde, während der andere Elternteil allein barunterhaltspflichtig bliebe. Veranlasst der betreuende Elternteil für die Kinder eine Fremdbetreuung, erfüllt er damit regelmäßig lediglich die ihm obliegende Betreuungspflicht und hat deswegen auch die dafür erforderlichen Kosten zu tragen.

Eine Doppelzuordnung des Betreuungsaufwandes (Abzugsposten beim Ehegattenunterhalt, Mehrbedarf beim Kindesunterhalt) wäre systemwidrig

[17] Dass die Kosten einer Fremdbetreuung bei der Bemessung eines Ehegattenunterhalts einkommensmindernd berücksichtigt werden können, steht dieser Aufteilung der

Elternverantwortung nicht entgegen. Denn wenn im Rahmen der Bemessung des Ehegattenunterhalts bei dem betreuenden Elternteil die Kosten der Fremdbetreuung einkommensmindernd berücksichtigt werden, erfolgt dies im Gegenzug auch bei dem barunterhaltspflichtigen Elternteil hinsichtlich dessen Zahlungen auf den Barunterhalt. Bei der Bemessung des Ehegattenunterhalts ist zudem stets zu prüfen, ob und in welchem Umfang der verbleibende Anteil an der Betreuung neben der ausgeübten Erwerbstätigkeit den betreuenden Ehegatten überobligatorisch belastet (vgl. Senatsurteile BGHZ 193, 78 = FamRZ 2012, 1040 Rn. 24; vom 17. Juni 2009 – XII ZR 102/08 – FamRZ 2009, 1391 Rn. 18, 33 = MittBayNot 2009, 469 und BGHZ 162, 384 = FamRZ 2005, 1154, 1156). Entfällt der Ehegattenunterhalt, führt dies dazu, dass beide Eltern ihren Teil der Unterhaltsverantwortung allein und ohne Berücksichtigung gegenüber dem anderen Elternteil tragen müssen. Zwar werden sich die Kosten der Eltern durch Barunterhalt einerseits und Fremdbetreuung andererseits in der Regel nicht entsprechen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass bei jüngeren Kindern oft der Betreuungsanteil überwiegt und sich im Falle einer Fremdbetreuung auch monetär ausdrückt, während mit zunehmendem Alter der Kinder der nach Altersstufen gestaffelte Barunterhalt ein anteilig stärkeres Gewicht bekommt. Hinzu kommt, dass die Kosten einer Fremdbetreuung grundsätzlich nur entweder als Belastung der Eltern einen Abzugsposten im Rahmen des Ehegattenunterhalts oder als Mehrbedarf einen Unterhaltsbedarf des Kindes begründen können. Eine Einordnung als abzugsfähige Belastung des betreuenden Elternteils einerseits oder als Mehrbedarf des Kindes andererseits allein danach, ob ein Ausgleich über den Ehegattenunterhalt möglich ist, wäre systemwidrig.

Betreuungsaufwand zur Förderung der Berufstätigkeit eines Ehegatten ist kein Mehrbedarf des Kindes

[18] Wird die Betreuung eines Kindes durch Dritte allein infolge der Berufstätigkeit des betreuenden Elternteils erforderlich, stellen die Betreuungskosten nach der Rechtsprechung des Senats deswegen keinen Mehrbedarf des Kindes dar, sondern gehören zur allgemeinen Betreuung, die vom betreuenden Elternteil im Gegenzug zur Barunterhaltspflicht des anderen allein zu leisten ist. Dafür entstehende Betreuungskosten können mithin lediglich als berufsbedingte Aufwendungen des betreuenden Elternteils Berücksichtigung finden (vgl. etwa Senatsurteile vom 14. März 2007 – XII ZR 158/04 – FamRZ 2007, 882, 886 Rn. 42 = DNotZ 2007, 852 und vom 5. März 2008 – XII ZR 150/05 – FamRZ 2008, 1152 Rn. 18). An diesem Grundsatz hält der Senat fest.

Mehrbedarf für besondere Förderung des Kindes kann auch bei Erbringung der Leistung in privaten Einrichtungen entstehen

[19] 3) Ein betreuungsbedingter Mehrbedarf des Kindes liegt deswegen nur dann vor, wenn es sich um einen Betreuungsbedarf handelt, der über den Umfang der von dem betreuenden Elternteil ohnehin geschuldeten Betreuung hinausgeht, etwa wenn die Kosten eine besondere Förderung im Sinne der genannten Rechtsprechung des Senats zu staatlichen Kindergärten, Kindertagesstätten oder Horten betreffen. Allerdings ist eine Qualifizierung der Betreuungskosten als Mehrbedarf nicht auf die besondere pädagogische Förderung in staatlichen Einrichtungen beschränkt. Auch die Förderung in vergleichbaren privaten Einrichtungen kann über den allgemeinen Betreuungs-

bedarf hinausgehen und damit einen Mehrbedarf des Kindes auslösen. Generell deckt eine Fremdbetreuung stets insoweit einen Mehrbedarf des Kindes ab, als sie über die üblichen Betreuungsleistungen eines Elternteils (einschließlich der üblichen Hausaufgabenbetreuung) hinausgehen oder die weitere Betreuung etwa pädagogisch veranlasst ist. Auch dann handelt es sich insoweit um Mehrbedarf des Kindes, für den beide Eltern nach § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB anteilig haften.

Die Kosten für eine Tagesmutter, deren Tätigkeit nicht über die übliche Kinderbetreuung hinausgeht, sind kein Mehrbedarf

[20] cc) Danach begründen die Kosten der Tagesmutter im vorliegenden Fall keinen Mehrbedarf.

[21] Bei der Tätigkeit einer Tagesmutter, die – wie hier – Kinder im Haushalt eines Elternteils auf 450 € – Basis stundenweise betreut, handelt es sich nicht um eine pädagogisch veranlasste Betreuung von Kindern, die der Sache nach wie in einer staatlichen oder vergleichbaren privaten Einrichtung einen Mehrbedarf des Kindes abdeckt.

[22] Auch der Umfang der Fremdbetreuung kann im vorliegenden Fall keinen Mehrbedarf der Kinder begründen. Denn der Arbeitsvertrag der Tagesmutter sieht lediglich vor, dass sie – über die Abholung der Kinder von der Schule und die Hausaufgabenbetreuung hinaus – auch die Zubereitung der Speisen übernimmt und leichte Hausarbeiten verrichtet. Soweit diese Tätigkeiten nicht der Erleichterung der Lebensführung der Mutter der Antragsteller, sondern auch der Betreuung der Kinder und damit der Ermöglichung einer Erwerbstätigkeit dienen, ist bereits nicht ersichtlich, dass sie über die übliche Betreuung (einschließlich der üblichen Hausaufgabenbetreuung) hinausgehen sollten. Die Fremdbetreuung umfasst somit lediglich Aufgaben, die dem betreuenden Elternteil persönlich obliegen, was einen Mehrbedarf der Kinder ausschließt. ■

6. Familienrecht – Zur Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleich

(BGH, Urteil vom 8.11.2017 – XII ZR 108/16)

BGB §§ 1375, 1376, 1379
ZPO § 543 Abs. 2 S. 2

1. Zur Anwendung des Ertragswertverfahrens bei der Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleich.
2. Bei der Bemessung des im Rahmen der modifizierten Ertragswertmethode von den Erträgen abzusetzenden Unternehmerlohns ist auch eine nicht unternehmensleitende Tätigkeit zu berücksichtigen, die der Unternehmer für das Unternehmen erbringt.
3. Zur sekundären Darlegungslast des Ausgleichsschuldners für in die Wertermittlung einzubeziehende Umstände, wenn der Ausgleichsgläubiger außerhalb des insoweit maßgeblichen Geschehensablaufs steht und den rechtserheblichen Sachverhalt nicht von sich aus ermitteln kann.

Zur Einordnung

Berührungspunkte mit der Bewertung eines Unternehmens im Zugewinnausgleich ergeben sich für die notarielle Beratungs- und Gestaltungspraxis bei vorsorgen-

den Eheverträgen und Scheidungsfolgenvereinbarungen, insbesondere bei der sog. Unternehmerehe.

Zur Ermittlung des Zugewinns ist ein Unternehmen bzw. eine Unternehmensbeteiligung im Endvermögen mit dem objektiven Verkehrswert, dh mit dem „vollen, wirklichen“ Wert anzusetzen (BGH NJW-RR 2005, 153; DNotZ 2008, 536 [537, Rn. 18]; BeckRS 2011, 19299 [Rn. 24]). Nach Ansicht des BGH ist das Ertragswertverfahren zur Ermittlung dieses Werts im Ausgangspunkt geeignet (BGH NJW-RR 2005, 153; BeckRS 2011, 19299 [Rn. 26-28]). Dieses Verfahren bemisst den Wert eines Unternehmens im Wesentlichen nach seinem (objektiven) Potential, zukünftig Gewinne zu erwirtschaften, was wiederum auf der Grundlage der vergangenen Erträge prognostiziert wird (ausf. *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Rn. 178 ff.). Weil bei Freiberuflerpraxen und inhabergeführten Unternehmen der Wert der persönlichen Arbeitsleistung des Unternehmers nicht bereits in der Ergebnisrechnung berücksichtigt ist, werden die Erträge insoweit aber durch Abzug eines sog. kalkulatorischen Unternehmerlohns bereinigt (*Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Rn. 193). Dabei berücksichtigt das Ertragswertverfahren in seiner „Reinform“ die persönliche Leistung des Unternehmens(mit)inhabers pauschal mit dem durchschnittlichen Arbeitslohn für eine vergleichbare Position (zzgl. des Arbeitgeberanteils zur Sozialversicherung, *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Rn. 193, 222). Für den speziellen Zweck der Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleich nimmt der BGH insofern eine Modifikation vor, indem der Unternehmerlohn entsprechend den individuellen Verhältnissen bemessen wird (BGH BeckRS 2011, 19299 [Rn. 29 ff.]; vgl. DNotZ 2008, 536 [538, Rn. 23]; *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Rn. 222; *Münch* NJW 2018, 64 mwN). Denn der Zugewinnausgleich hat lediglich die Aufteilung des vorhandenen Vermögens zum Gegenstand, während das künftige (individuelle) Einkommen des ausgleichspflichtigen Ehegatten im Rahmen des Unterhalts berücksichtigt wird (zum sog. Doppelverwertungsverbot: *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Rn. 43 ff. 218, 221 ff.).

In dem nachfolgend abgedruckten Urteil hat der BGH entschieden, dass es für die Bemessung des Unternehmerlohnes nicht auf die Art der Arbeitsleistung ankommt. Außer der (fiktiven) Vergütung eines Fremdgeschäftsführers für eine unternehmensleitende Tätigkeit (vgl. § 202 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. d) BewG) ist daher auch jede sonstige Arbeitsleistung eines Gesellschafters, die die Gesellschaft ansonsten vergüten müsste, zu berücksichtigen, und zwar für alle mitarbeitenden Gesellschafter, nicht nur für denjenigen, dessen Zugewinn zu ermitteln ist. Das Gericht stellt klar, dass auch zur Ermittlung des angemessenen kalkulatorischen Lohns für nicht-unternehmensleitende Tätigkeiten nicht auf die erfolgten Privatentnahmen der tätigen Gesellschafter abgestellt werden kann. Es stellt ferner klar, dass für die Bewertung eines Unternehmens, das im Bewertungszeitraum nur teilweise inhabergeführt war, eine zeitanteilige Modifizierung des Ertragswertverfahrens durch Abzug des Unternehmerlohns vorzunehmen ist.

Dem Notar hilft die Kenntnis der Besonderheiten bei der Bewertung eines (inhabergeführten) Unternehmens im Zugewinnausgleich, bei der Beratung eines Ehevertrages

die Vorstellungen der Beteiligten von den für den Zugewinnausgleich und den nachehelichen Unterhalt maßgeblichen Werten nachzuvollziehen und nötigenfalls zu hinterfragen. Die Vornahme der Unternehmensbewertung wird er aber tunlichst einem Sachverständigen überlassen.

Die Schriftleitung (TK)

Zum Sachverhalt:

[1] Die Parteien streiten um die Bewertung einer Unternehmensbeteiligung des Beklagten im Zugewinnausgleich.

[2] Die am 21. Oktober 1988 geschlossene Ehe der Parteien wurde auf den der Klägerin am 22. Mai 2001 zugestellten Scheidungsantrag des Beklagten durch Urteil vom 28. Oktober 2004 rechtskräftig geschieden. Mit ihrer im November 2007 zugestellten Klage hat die Klägerin den Beklagten auf Zugewinnausgleich in Anspruch genommen. Der Beklagte hat widerklagend ebenfalls Zugewinnausgleich begehrt.

[3] Der Beklagte und drei weitere gleichberechtigte Gesellschafter gründeten im Jahr 1994 die d. als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im Folgenden: GbR). Die GbR ging mit Wirkung zum 1. März 2000 im Wege der Anwachsung auf die von den vier GbR-Gesellschaftern gegründete d. GmbH über. Die GmbH wiederum wurde rückwirkend zum 1. Januar 2000 auf die zeitgleich von den vier GbR-Gesellschaftern gegründete, nicht börsennotierte d. AG (im Folgenden: AG), an der die vier Gesellschafter jeweils 25 % der Aktien übernahmen, verschmolzen. Gegenstand des Geschäftsbetriebs ist unter anderem die Entwicklung und der Vertrieb von Spracherkennungs- und Sprachlernsoftware.

[4] Die Klägerin hat in erster Instanz einen Zugewinnausgleichsanspruch von (zuletzt) rund 850.000 € geltend gemacht, der Beklagte hat widerklagend rund 34.500 € Zugewinnausgleich begehrt. Das Amtsgericht hat nach Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Wert der Unternehmensbeteiligung des Beklagten der Klage in Höhe von 136.897,11 € nebst Zinsen stattgegeben und sie im Übrigen ebenso wie die Widerklage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten, mit der dieser weiterhin die Klageabweisung sowie widerklagend 33.465,37 € nebst Zinsen begehrt hat, ist erfolglos geblieben.

[5] Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seine zweitinstanzlichen Anträge weiter.

Aus den Gründen:

[6] Die Revision, an deren Zulassung der Senat gemäß § 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO gebunden ist, hat keinen Erfolg.

[7] Auf das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-RG noch das bis Ende August 2009 geltende Prozessrecht anwendbar, weil der Rechtsstreit vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 3. November 2010 – XII ZB 197/10 – FamRZ 2011, 100 Rn. 8 ff.).

I.

[8] Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

[9] Auszugehen sei von dem vom Sachverständigen ermittelten BruttoUnternehmenswert des Unternehmensanteils des Beklagten von 777.391 €. Die hiergegen vom Beklagten erhobenen Einwendungen griffen nicht durch. Das gelte auch für die Rüge, der sogenannte kalkulatorische Unternehmerlohn, um den das Ergebnis der GbR für die Jahre 1997 bis 1999 zu mindern sei, habe nicht mit lediglich 110.000 € pro Jahr angesetzt werden dürfen, sondern sei – weil die Gesellschaft stets vier Gesellschafter gehabt habe – auf 440.000 € pro Jahr festzusetzen. Es sei sachgerecht, sich am Aufwand der AG für ihre beiden Vorstandsmitglieder im Jahr 2000 zu orientieren, weil sich die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft unmittelbar vor und nach der Verschmelzung nicht wesentlich geändert habe. Angesichts von 14 Mitarbeitern der GbR im Jahr 1999 sei es nicht plausibel, dass der Einsatz von vier (Vollzeit-)Gesellschafter-Geschäftsführern erforderlich gewesen sein sollte. Der Aufwand der GbR für Löhne und Gehälter habe 1999 lediglich 536.224,26 € betragen, der der AG im Jahr 2000 mit am Jahresende 28 Mitarbeitern hingegen rund 1.300.000 €. Die vier Gründungsgesellschafter seien für zusammen etwa 325.000 € Jahresgehalt angestellt worden. Die zu Zeiten der GbR vorgenommenen Gewinnausschüttungen könnten nicht mit dem kalkulatorischen Unternehmerlohn gleichgesetzt werden.

[10] Die Position „kalkulatorischer Unternehmerlohn“ sei auch nicht deshalb zu vervierfachen, weil die GbR vier Gesellschafter-Geschäftsführer gehabt habe. Es sei für die unternehmensleitende Tätigkeit lediglich ein angemessener Lohn anzusetzen, nämlich derjenige anhand der individuellen unternehmerischen Verhältnisse zu bemessende Betrag, den ein außenstehender Dritter für die Unternehmensleitung aufzuwenden hätte. Auf die Anzahl der leitenden Kräfte komme es nicht an. Der Beklagte habe auch angegeben, bei der GbR nur teilweise mit Geschäftsführeraufgaben befasst gewesen zu sein. Er habe sich weniger der Unternehmensleitung gewidmet, sondern in erster Linie programmiert. Entsprechendes gelte für die anderen drei Geschäftsführer-Gesellschafter.

[11] Die nicht unternehmensleitende Tätigkeit der vier Gesellschafter für das Unternehmen wirke sich nicht wertmindernd aus. Dies träfe nur zu, soweit die Tätigkeit mit der Person des Gesellschafter-Geschäftsführers verbunden und nicht ersetzbar sei, was hier nicht der Fall sei. Der Wert der sonstigen Arbeitsleistung schlage sich daher nicht in der Erhöhung des kalkulatorischen Unternehmerlohns nieder, sondern habe zu erhöhten Ausschüttungen der GbR an die Gesellschafter geführt. Hinzu komme, dass der Beklagte nicht konkret zu erläutern vermocht habe, welche – und in welchem zeitlichen Umfang – Tätigkeiten er und seine drei Mitgesellschafter entfaltet hätten. Er habe auch keine Anhaltspunkte aufgezeigt, die eine Schätzung ermöglichten.

[12] Ohne Erfolg rüge der Beklagte, der Bewertung sei zu Unrecht der Zeitraum bis Ende 2001 zugrunde gelegt worden. Der zum maßgeblichen Stichtag zu ermittelnde Unternehmenswert bestehe auch aus der Ertragskraft, die mathematisch nicht genau zu bestimmen sei. Deshalb sei anerkannt, dass die während des Bewertungszeitraums erkennbar gewordene Entwicklung des Unternehmens zu berücksichtigen sei und lediglich Entwicklungen, deren Wurzeln in der Zeit nach dem Bewertungsstichtag lägen, außer Betracht zu bleiben hätten. Das vom Beklagten monierte Geschäft mit L. sei zum Stichtag 22. Mai 2001 aber

bereits angelegt gewesen. Der Sachverständige habe erläutert, dass durch die Berücksichtigung von Geschäftsvorfällen aus der zweiten Jahreshälfte 2001 die den Anteilswert beeinflussende Umwandlung der Personen in eine Kapitalgesellschaft besser abgebildet werde. Im Übrigen führe ein Verzicht auf die Einbeziehung des Jahres 2001 in die Wertermittlung zu einem deutlich höheren Unternehmenswert.

[13] Der Wert des 25 %igen Unternehmensanteils sei um die latente Steuerlast zu bereinigen, so dass man letztlich zu einem einzusetzenden Wert von 612.290 € gelange.

II.

[14] Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung jedenfalls im Ergebnis stand.

Das Ertragswertverfahren ist in der Regel zur Ermittlung des objektiven Verkehrswerts der Unternehmensbeteiligung im Endvermögen eines Ehegatten geeignet

[15] 1. Für die Bewertung des Endvermögens nach § 1376 Abs. 2 BGB ist der objektive (Verkehrs-)Wert der Vermögensgegenstände maßgebend. Ziel der Wertermittlung ist es deshalb, die Unternehmensbeteiligung des Ehegatten mit ihrem „vollen, wirklichen“ Wert anzusetzen. Grundsätze darüber, nach welcher Methode das zu geschehen hat, enthält das Gesetz nicht. Die sachverhaltspezifische Auswahl aus der Vielzahl der zur Verfügung stehenden Methoden und deren Anwendung ist Aufgabe des – sachverständig beratenen – Tatrichters. Seine Entscheidung kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder sonst auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht (Senatsbeschluss vom 6. November 2013 – XII ZB 434/12 – FamRZ 2014, 98 Rn. 34 mwN und Senatsurteil BGHZ 188, 249 = FamRZ 2011, 1367 Rn. 24 mwN).

[16] 2. Nach diesen Maßstäben ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass das sachverständig beratene Berufungsgericht den Wert der in das Endvermögen des Beklagten fallenden 25 %igen Beteiligung an der AG nach der Ertragswertmethode ermittelt hat. Die Auswahl der Bewertungsmethode zieht auch die Revision nicht in Zweifel.

[17] a) Das hier angewandte und von den Parteien akzeptierte Ertragswertverfahren ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats im Regelfall geeignet, um zur Bemessungsgrundlage für den Wert einer Unternehmensbeteiligung zu gelangen (vgl. Senatsbeschluss vom 6. November 2013 – XII ZB 434/12 – FamRZ 2014, 98 Rn. 35 mwN). Im Rahmen der Ertragswertmethode wird die Summe aller zukünftigen Erträge des fortgeführten Unternehmens ermittelt (Zukunftserfolgswert), und zwar durch eine Rückschau auf die Erträge des Unternehmens in den letzten Jahren. Auf dieser Grundlage wird eine Prognose zur Ertragslage der nächsten Jahre erstellt. Damit wird das Unternehmen in seiner Gesamtheit bewertet. Der Wert der einzelnen Gegenstände ist insoweit ohne Bedeutung. Der Ertragswert eines Unternehmens ist nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen allein aus seiner Eigenschaft abzuleiten, nachhaltig ausschüttbare Überschüsse zu produzieren. Diese werden kapitalisiert und auf den Bewertungsstichtag bezogen (Senatsbeschluss vom 13. April 2016 – XII ZB 578/14 – FamRZ 2016, 1044 Rn. 34). Verbindliche Regelungen darüber, welcher Zeitraum bei der Unternehmensbewertung zugrunde zu legen ist, gibt es

nicht. Der Durchschnittsertrag wird in der Regel auf Basis der letzten drei bis fünf Jahre ermittelt, wobei die jüngeren Erträge stärker gewichtet werden können als die älteren (Senatsbeschluss vom 13. April 2016 – XII ZB 578/14 – FamRZ 2016, 1044 Rn. 42 mwN).

Zur Bewertung freiberuflicher Praxen und inhabergeführter Unternehmen ist das Ertragswertverfahren aber zu modifizieren: Der Unternehmerlohn bemisst sich nach den individuellen Verhältnissen

[18] Bei freiberuflichen Praxen und inhabergeführten Unternehmen kann die Bewertung allerdings grundsätzlich nicht nach dem reinen Ertragswertverfahren erfolgen, weil sich die Ertragsprognose kaum von der Person des Inhabers trennen lässt und der Ertrag von ihm durch unternehmerische Entscheidungen beeinflusst werden kann. Zudem kann die Erwartung künftigen Einkommens, die der individuellen Arbeitskraft des Inhabers zuzurechnen ist, nicht maßgebend sein, weil es beim Zugewinnausgleich nur auf das am Stichtag vorhandene Vermögen ankommt. Daher hat der Senat für solche Fälle eine modifizierte Ertragswertmethode gebilligt, die sich an den durchschnittlichen Erträgen orientiert und davon einen Unternehmerlohn des Inhabers absetzt (Senatsurteil BGHZ 188, 282 = FamRZ 2011, 622 Rn. 19 f., 27 mwN). Die Bestimmung dieses Unternehmerlohns muss sich an den individuellen Verhältnissen des Inhabers orientieren. Denn nur auf diese Weise kann der auf den derzeitigen Inhaber bezogene Wert ausgeschieden werden, der auf dessen persönlichem Einsatz beruht und nicht auf den potenziellen Erwerb übertragbar ist (Senatsurteile BGHZ 188, 249 = FamRZ 2011, 1367 Rn. 29 und BGHZ 188, 282 = FamRZ 2011, 622 Rn. 28).

[19] b) Diesen Vorgaben entspricht die vom Berufungsgericht gewählte Bewertungsmethode.

War das Unternehmen im Bewertungszeitraum nur teilweise inhabergeführt, ist eine zeitanteilige Modifizierung des Ertragswertverfahrens vorzunehmen

[20] Der Beklagte hielt zum Stichtag eine 25 %ige Beteiligung an der AG. Eine Inhaberbezogenheit dieses Unternehmens, die der Anwendung der (reinen) Ertragswertmethode entgegenstehen würde, ist für diesen Zeitpunkt weder ersichtlich noch geltend gemacht. Allerdings ist die AG aus der inhabergeführten, bis Ende 1999 bestehenden GbR hervorgegangen und hat deren Geschäftsbetrieb fortgeführt. Um einen belastbaren Ausgangswert für den durchschnittlich in Zukunft zu erwartenden Reinertrag zu erhalten, hat der Sachverständige – und ihm folgend das Berufungsgericht – in die Wertermittlung auch die letzten drei GbR-Geschäftsjahre einbezogen. Hiergegen erinnert die Revision nichts.

[21] Dieses Vorgehen bedingt jedoch, den Wert der von den vier Gesellschaftern als den Inhabern für die GbR erbrachten Leistungen auszuscheiden, um zu Vergangenheitserträgen zu gelangen, die die Basis für die Zukunftsprognose der AG bilden können. Denn als Gesellschafter bezogen sie für ihre Tätigkeiten keine den Gesellschaftsertrag verringernden Vergütungen, sondern partizipierten über Entnahmen am Unternehmenserfolg. Um eine Vergleichbarkeit der von der GbR erzielten Betriebsergebnisse mit denen der AG herzustellen, sind die Ergebnisse der GbR daher um diejenigen Beträge zu bereinigen, die die AG aufwenden muss, um die von den Gesellschaftern ohne Vergütung erbrachten Leistungen am Markt „einzukau-

fen“, die sie also als das Betriebsergebnis reduzierende Vergütungen für Beschäftigte zu erbringen hat (vgl. auch IDWPraxishinweis 1/2014, IDW-FN 2014, 282 Rn. 32; IDW Standard 13, IDWLife 2016, 574 Rn. 31).

[22] Dem wird die vom Berufungsgericht vorgenommene Bewertung im Ansatz gerecht, indem es – dem Sachverständigen folgend – bei der Ermittlung der in die Ertragswertberechnung eingestellten Jahres-Basiswerte der GbR jeweils einen Unternehmerlohn in Abzug gebracht hat.

[23] 3. Auch die Anwendung der gewählten Bewertungsmethode begegnet keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

[24] a) Letztlich ohne Erfolg macht die Revision geltend, der für die Jahre 1997 bis 1999 angesetzte Unternehmerlohn von jeweils 110.000 € sei zu niedrig bemessen, sondern mit 440.000 € anzusetzen, weil er die gesamte Unternehmenstätigkeit aller vier Gründungsgesellschafter berücksichtigen müsse.

[25] aa) Dabei wendet sich die Revision nicht dagegen, dass das Berufungsgericht den angemessenen kalkulatorischen Wert der unternehmensleitenden Tätigkeit (vgl. hierzu etwa IDW Standard 1 idF 2008, IDW-FN 2008, 271 Rn. 40) der vier Gesellschafter mit insgesamt 110.000 € jährlich angenommen hat. Revisionsrechtlich ist diese Annahme ebenfalls nicht zu beanstanden.

Im Rahmen des Unternehmerlohns wird nicht nur eine unternehmensleitende, sondern auch jede sonstige „kostenlose“ Arbeitskraft des Unternehmers berücksichtigt

[26] bb) Die Revision rügt jedoch zu Recht, dass das Berufungsgericht bei der Bemessung des kalkulatorischen Unternehmerlohns für die Jahre 1997 bis 1999 die Berücksichtigung anderer als der unternehmensleitenden Tätigkeiten schon aus grundsätzlichen Erwägungen abgelehnt hat.

[27] Für die Ertragskraft eines Unternehmens ist ein maßgeblicher Faktor, welcher Personalaufwand betrieben wird. Soweit der Gesellschafter selbst ohne Vergütung Tätigkeiten jedweder Art für das Unternehmen erbringt und dadurch Personalkosten erspart, ist hierfür ein kalkulatorischer Unternehmerlohn anzusetzen, weil dem potenziellen Unternehmenserwerber die „kostenlose“ Arbeitskraft des Unternehmers nicht mehr zur Verfügung stünde. Nichts anderes gilt für den vorliegenden Fall, in dem eine Vergleichbarkeit der Ergebnisse von GbR und AG hergestellt werden muss (vgl. auch IDW Standard 13, IDWLife 2016, 574 Rn. 28 ff.).

[28] Mithin hat das Berufungsgericht seinen Blickwinkel in unzulässiger Weise verengt, indem es allein auf § 202 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. d BewG abgestellt und deshalb als Unternehmerlohn nur die Vergütung angesetzt hat, die eine Fremdgeschäftsführung erhalten würde (vgl. dazu etwa Eisele in Rössler/Troll BewG [Stand: April 2015] § 202 Rn. 5 ff.; Mannek in Gürsching/Stenger BewG [Stand: Juli 2017] § 202 Rn. 57 ff.). Vielmehr waren dem Grundsatz nach auch sonstige Arbeitsleistungen der vier Gesellschafter für die Gesellschaft mit einem kalkulatorischen Lohn zu berücksichtigen. Denn auch für diese Tätigkeiten müsste die AG eine Vergütung entrichten (vgl. Klenner Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleich S. 210; IDW Standard 1 idF 2008, IDW-FN 2008, 271 Rn. 40).

Der unternehmensbeteiligte Schuldner des Zugewinnausgleichsanspruchs trägt insbesondere für die Art und den Umfang der erbrachten Tätigkeiten die sekundäre Darlegungslast

[29] cc) Gleichwohl hat es das Berufungsgericht im vorliegenden Fall zu Recht abgelehnt, einen höheren als den vom Sachverständigen für die unternehmensleitende Tätigkeit in den Jahren 1997 bis 1999 als angemessen angesehenen Unternehmerlohn von 110.000 € jährlich in Ansatz zu bringen.

[30] (1) Für die Bewertung von Gegenständen des Endvermögens ist grundsätzlich der Ausgleichsgläubiger darlegungs- und beweisbelastet (Senatsurteile BGHZ 107, 236 = FamRZ 1989, 954, 956 und vom 1. Oktober 1986 – IVb ZR 69/85 – FamRZ 1986, 1196, 1197). Der ihm deshalb zustehende Auskunftsanspruch aus § 1379 BGB erstreckt sich allerdings nicht auf Gegenstand und Umfang der in den Jahresabschlüssen des Unternehmens nicht abgebildeten Unternehmertätigkeit. Insoweit hat der Ausgleichsgläubiger allenfalls einen Anspruch auf Wertfeststellung durch einen Sachverständigen entsprechend § 1377 Abs. 2 Satz 3 BGB, der auf Duldung der Ermittlungen durch den Sachverständigen gerichtet ist (BGHZ 84, 31 = FamRZ 1982, 682, 683).

[31] Macht der Ausgleichsschuldner nach erfolgter sachverständiger Wertermittlung geltend, diese sei unzutreffend, weil sie Gegebenheiten unberücksichtigt lasse, so trifft ihn jedenfalls dann nach allgemeinen Grundsätzen eine sekundäre Darlegungslast für die nach seiner Auffassung in die Wertermittlung noch einzubeziehenden Umstände, wenn der Ausgleichsgläubiger außerhalb des insoweit maßgeblichen Geschehensablaufs steht und den rechtserheblichen Sachverhalt nicht von sich aus ermitteln kann (vgl. etwa BGH Urteil vom 10. Februar 2015 – VI ZR 343/13 – NJW-RR 2015, 1279 Rn. 11 mwN).

[32] So verhält es sich mit Umfang und Gegenstand der von den vier Gesellschaftern für die GbR in den Jahren 1997 bis 1999 ausgeübten Tätigkeiten, auf deren kalkulatorischen Wert es für die Bestimmung des Unternehmerlohns und damit letztlich für den in das Endvermögen des Beklagten einzustellenden Wert seines Unternehmensanteils ankommt (vgl. auch Borth FamRZ 2017, 1739, 1743).

[33] (2) Dieser sekundären Darlegungslast hat der Beklagte nicht genügt. Daher geht es zu seinen Lasten, dass der Umfang der nicht unternehmensleitenden Tätigkeiten der vier Gesellschafter unklar geblieben ist und bei der Ermittlung des Unternehmerlohns keine Berücksichtigung finden konnte.

[34] Auf entsprechende Nachfrage des Berufungsgerichts hat der Beklagte in der Berufungsverhandlung nicht zu erläutern gewusst, welche Tätigkeiten er und seine drei Mitgesellschafter neben ihrer unternehmensleitenden Tätigkeit entfaltet haben und in welchem zeitlichen Umfang sie insoweit tätig geworden sind. Er hat zudem ausgeführt, sie seien nicht nur im Unternehmen, sondern daneben auch anderweitig tätig gewesen. Diese Angaben ermöglichen indes nicht die Ermittlung eines angemessenen kalkulatorischen Lohns für die nicht der Leitung des Unternehmens zuzuordnenden Tätigkeiten der vier Gesellschafter.

Im Bewertungszeitraum erfolgte Privatentnahmen geben keinen Aufschluss über den Betrag, der als individueller Unternehmerlohn gerechtfertigt ist

[35] Anders als die Revision meint, standen dem Berufungsgericht auch ansonsten keine Angaben zur Ver-

fügung, die eine – gegebenenfalls im Wege der Schätzung erfolgende – Ermittlung des insoweit angemessenen kalkulatorischen Lohns für die nicht unternehmensleitenden Tätigkeiten ermöglicht hätten. Zum einen vermögen die in den entsprechenden Jahren erfolgten Privatentnahmen keinen Aufschluss über den Betrag zu geben, der als individueller Unternehmerlohn gerechtfertigt ist. Ebenso wie der Gewinn eines Unternehmens sind solche Entnahmen – ganz abgesehen von der Möglichkeit von Überentnahmen – nämlich nicht allein auf die Leistungen des oder der Unternehmer zurückzuführen, sondern auch von den Mitarbeitern erwirtschaftet (vgl. Senatsurteil BGHZ 188, 249 = FamRZ 2011, 1367 Rn. 35 f.). Zum anderen erlaubt auch die im Jahr 2000 von der AG an die vier dann als Angestellte ausgezahlte Gesamtvergütung von rund 325.000 € keinen Rückschluss auf den angemessenen Lohn. Wie sich aus dem vom Berufungsgericht zitierten Lagebericht der AG für das Jahr 2000 als Erklärung für die Gehälter ergibt, entsprachen diese Vergütungen der Gewinnverteilung an die Gründungsgesellschafter in den Vorjahren. Damit sind sie ebenfalls an den Entnahmen orientiert und nicht geeignet, einen Anhaltspunkt für eine angemessene – weil marktgerechte – Entlohnung für die Angestellten-Tätigkeiten der vier Anteilseigner der AG (der früheren Gründungsgesellschafter der GbR) zu liefern.

Das güterrechtliche Stichtagsprinzip erfordert nicht unbedingt die Erstellung einer Zwischenbilanz

[36] b) Die Revision dringt auch nicht mit dem Einwand durch, das Berufungsgericht habe unter Verletzung des Stichtagsprinzips Geschäftsvorfälle aus der Zeit nach der gemäß § 1384 BGB maßgeblichen Zustellung des Scheidungsantrags in die Wertberechnung einfließen lassen.

[37] aa) Maßgeblicher Stichtag für die Berechnung des Zugewinns und für die Höhe der Ausgleichsforderung ist gemäß § 1384 BGB der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags. Wie auch das Berufungsgericht gesehen hat, folgt aus diesem Stichtagsprinzip, dass für die Bewertung eines in die Zugewinnberechnung fallenden Vermögensgegenstandes grundsätzlich auf die Erkenntnismöglichkeiten an diesem Stichtag abzustellen ist (vgl. etwa Senatsurteile vom 4. Juli 2012 – XII ZR 80/10 – FamRZ 2012, 1479 Rn. 22 ff. und vom 17. November 2010 – XII ZR 170/09 – FamRZ 2011, 183 Rn. 24 ff., letzteres auch zu Ausnahmen). Nach dem Stichtag eintretende Entwicklungen sind grundsätzlich nur zu berücksichtigen, wenn sie am Stichtag schon angelegt waren (BGHZ 207, 114 = NJW-RR 2016, 231 Rn. 40).

[38] bb) Die Revision macht zwar geltend, das Berufungsgericht habe in die Zeit nach dem Stichtag fallende Einnahmen aus Geschäften der AG mit L. in einer Gesamthöhe von rund 370.000 € unter Verstoß gegen das Stichtagsprinzip bei der Ermittlung des Betriebsergebnisses der AG für das Jahr 2001 berücksichtigt. Es kann aber dahinstehen, ob das Stichtagsprinzip trotz der Regelung des § 201 Abs. 2 Satz 2 BewG, wonach unter Umständen das gesamte Betriebsergebnis eines am Bewertungsstichtag noch nicht abgelaufenen Wirtschaftsjahres in die Bewertung einbezogen werden kann, eine derartige zeitliche Zäsur im laufenden Wirtschaftsjahr erfordert.

[39] Denn die Revision zeigt nicht auf, und es ist auch nicht ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung auf diesem behaupteten Verstoß beruhen könnte. Der gericht-

liche Sachverständige – und ihm folgend das Berufungsgericht – ist bei der Ermittlung des für das Jahr 2001 in die Unternehmensbewertung eingestellten Betriebsergebnisses nicht nur von den in diesem Jahr insgesamt erzielten Umsatzerlösen (von mehr als fünf Millionen Euro), sondern auch von sämtlichen Aufwendungen ausgegangen. Wären die von der Revision monierten Erlöse herauszurechnen, müssten im Gegenzug auch die nach dem Stichtag liegenden Aufwendungen unberücksichtigt bleiben. Wie die Revisionserwiderung zu Recht anmerkt, wäre dann letztlich die Erstellung einer Zwischenbilanz auf den Stichtag erforderlich geworden. Dass eine solche Berechnung zu einem dem Beklagten günstigeren, weil – dann auf das gesamte Jahr hochgerechnet – niedrigeren Betriebsergebnis für 2001 als dem vom Sachverständigen angesetzten geführt hätte, behauptet auch die Revision nicht. Ließe man das Jahr 2001 vollständig unberücksichtigt, so ergäbe sich, wie das auch insoweit sachverständig beratene Berufungsgericht festgestellt hat, ohnedies ein deutlich höherer Unternehmenswert. Denn der – zudem vom Sachverständigen fünffach gewichtete – Basiswert für dieses Jahr ist der zweitniedrigste der untersuchten Periode.

[40] 4. Da insbesondere die vom Berufungsgericht entsprechend der Senatsrechtsprechung berücksichtigte latente Steuerlast (vgl. dazu Senatsurteil BGHZ 188, 249 = FamRZ 2011, 1367 Rn. 46 ff.) keine dem Beklagten nachteiligen Berechnungsfehler aufweist und die angefochtene Entscheidung im Übrigen rechtlich nicht zu beanstanden ist, hat das Berufungsgericht die Berufung des Beklagten zu Recht zurückgewiesen. ■

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur formellen Legitimation und den Grundsätze der gesellschaftlichen Treuepflichten bei Mehrheitsbeschlüssen einer Personengesellschaft

(*OLG Düsseldorf*, Urteil vom 23.11.2017 – I-6 U 225/16)

ZPO § 256 Abs. 1

HGB §§ 105, 119 Abs. 1, Abs. 2, 161, 167 Abs. 3, 169 Abs. 1

AktG §§ 130 Abs. 1, 179 a, 361 Abs. 1

BGB §§ 125 S. 1, 126, 126 a, 126 b, 128, 311 b Abs. 3, 419

BeurkG §§ 8, 36, 37

GmbHG §§ 53 Abs. 2, 54

1. Ein Treugeber ist als Quasi-Gesellschafter bei Klagen gegen die Wirksamkeit eines Gesellschafterbeschlusses aktivlegitimiert, wenn die mittelbare Beteiligung noch zu werbender Anleger und damit eine Verzahnung von Gesellschaft und Treuhand im Gesellschaftsvertrag von vorneherein vorgesehen ist und im Hinblick darauf bestimmte Rechte und Pflichten der Anleger schon im Gesellschaftsvertrag geregelt sind.
2. Daraus, dass der Gesellschaftsvertrag für die Beschlussfassung über die Veräußerung des einzigen Vermögensgegenstandes der Gesellschaft keine ausdrückliche Regelung enthält, lässt sich nicht darauf schließen, dass der Beschluss dem gesetzlichen Einstimmigkeitsprinzip oder aber der allgemeinen Mehrheitsklausel unterworfen wäre.

3. Die Feststellung, ob im konkreten Fall für die formelle Legitimation eines Beschlusses eine Mehrheitsentscheidung genügt, erfolgt durch Auslegung nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, wobei sich die Mehrheitsbefugnis aus jeder Vereinbarung der Gesellschafter ergeben kann, die einer dahingehenden Auslegung zugänglich ist, also von der ausdrücklichen Anführung des betreffenden Beschlussgegenstands in einem Katalog von Beschlussgegenständen über eine umfassende oder auslegungsfähige Mehrheitsklausel im (schriftlichen) Gesellschaftsvertrag bis hin zu einer konkludenten Vereinbarung der Mehrheitszuständigkeit.
4. Eine analoge Anwendung von § 179 a AktG auf Personengesellschaften kommt jedenfalls dann in Betracht, wenn der Gesellschaftsvertrag zu den Mehrheitserfordernissen für den in Rede stehenden Beschlussgegenstand keine Regelung enthält.
5. Aus seiner gesellschaftlichen Treuepflicht kann auch den nur beschränkt haftenden Kommanditisten gegenüber den persönlich haftenden Mitgesellschaftern in besonders gelagerten Ausnahmefällen die Verpflichtung treffen, an der Ergreifung der notwendigen Maßnahmen mitzuwirken. Besteht im konkreten Fall eine Zustimmungspflicht, ist dem die Zustimmung verweigerten Gesellschafter die Berufung auf die Unwirksamkeit des Beschlusses verwehrt und werden die nicht oder pflichtwidrig abgegebenen Stimmen so behandelt, als ob sie entsprechend der bestehenden Verpflichtung abgegeben worden wären.
6. Für eine analoge Anwendung der Formvorschrift in § 130 Abs. 1 AktG bzw. § 53 Abs. 2 GmbHG auf Beschlüsse der Personengesellschaft fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke.
(RNotZ-Leitsätze)

Zur Einordnung

Bei Beurkundung der Veräußerung des einzigen Vermögensgegenstandes einer Gesellschaft stellt sich dem Notar regelmäßig die Frage, welche Zustimmungsbeschlüsse auf Gesellschafterebene hierzu zu fassen sind. Gegenstand dieses Urteils des OLG Düsseldorf sind die Anforderungen an einen Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter einer Publikums-Kommanditgesellschaft über die Veräußerung des einzigen Fondsobjektes der Gesellschaft. Der Gesellschaftsvertrag sah eine einfache Mehrheit für allgemeine Beschlussgegenstände vor, für einige besondere Beschlussgegenstände wie die Auflösung der Gesellschaft oder die Veräußerung des Unternehmens als Ganzes eine Dreiviertelmehrheit. Der vorliegende Beschlussgegenstand der Veräußerung des einzigen Fondsobjektes war im Gesellschaftsvertrag nicht ausdrücklich geregelt.

Als gesetzlich verankerter Minderheitenschutz gilt für alle Beschlussgegenstände einer Personengesellschaft gem § 119 Abs. 1 HGB bzw. § 709 Abs. 1 2. Hs. BGB das Einstimmigkeitsprinzip (*Heckschen/Bachmann* NZG 2015, 531). Gem. § 119 Abs. 2 HGB, § 709 Abs. 2 BGB können die Gesellschafter im Hinblick auf eine aus dem Einstimmigkeitsprinzip resultierende Handlungsunfähigkeit abweichend hiervon eine Mehrheitsbeschlussfassung durch Regelung im Gesellschaftsvertrag vorsehen, nach hM und ständiger Rechtsprechung aber auch generell oder für einen Einzelfall durch nachträglichen einstimmigen Gesellschafter-

beschluss (BGH DNotZ 2015, 65 [67]; Henssler/Strohn/*Finckh*, GesR, 3. Aufl. 2016, § 119 HGB Rn. 37 mwN).

Solche Mehrheitsklauseln und die darauf beruhenden Gesellschafterbeschlüsse waren bereits häufig Gegenstand der Rechtsprechung. Lange Zeit wurde bei der Überprüfung von Beschlüssen eine zweistufige Prüfung anhand des Bestimmtheitsgrundsatzes (1. Stufe) und der Kernbereichslehre (2. Stufe) vorgenommen (Überblick zum früheren Prüfungsumfang bei *Heckschen/Bachmann* NZG 2015, 531). In seiner Entscheidung vom 21.10.2014 sprach sich der BGH ausdrücklich gegen diese Prüfungsschritte aus (BGH DNotZ 2015, 65 [68, 71]; umfassend hierzu *Altmeppen* NJW 2015, 2065; *Heckschen/Bachmann* NZG 2015, 531). Nunmehr ist ein Mehrheitsbeschluss in einem ersten Schritt auf seine formelle Legitimation zu prüfen, im zweiten Schritt sodann auf seine materielle Wirksamkeit (BGH DNotZ 2015, 65 [68, 71]; sa schon BGH NZG 2013, 63 [64]). Die formelle Legitimation der Mehrheitsentscheidung liegt vor, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag eindeutig ergibt, dass der betreffende Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen wurde (BGH DNotZ 2015, 65 [68 f.]; NZG 2013, 63 [64]). Die formelle Legitimation kann sich nicht nur aus ausdrücklichen Aufzählungen im Gesellschaftsvertrag ergeben, sondern auch aus einer Auslegung des Gesellschaftsvertrags oder sonstigen konkludenten Vereinbarungen der Gesellschafter (BGH DNotZ 2015, 65 [68]). Bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags ist grundsätzlich ein subjektiver Maßstab gem. §§ 133, 157 BGB anzuwenden, bei Publikumsgesellschaften ist jedoch eine objektive Auslegung vorzunehmen (BGH DNotZ 2015, 65 [69]; so auch schon BGH DStR 2012, 808 [810]; DStR 2007, 865 [867]). Diese Grundsätze gelten für alle Beschlussgegenstände (BGH DNotZ 2015, 65 [69]).

Bei Prüfung der materiellen Wirksamkeit des Beschlusses auf der zweiten Stufe geht es nicht mehr um die Frage, ob der Beschluss in den Kernbereich eines Gesellschafters eingreift (BGH DNotZ 2015, 65 [71]). Der BGH verlangt nun eine Abwägung, ob der Beschluss einen Eingriff in die Rechtspositionen eines Gesellschafters in der Gesellschaft beinhaltet, der „im Interesse der Gesellschaft geboten und dem betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar ist“ (BGH DNotZ 2015, 65 [71]; s. aber krit. hierzu *Priester* NZG 2015, 529).

Das OLG Düsseldorf wendet diese neue Prüfungsfolge des BGH in seiner Entscheidung an. Es kommt zu dem Ergebnis, dass die Zustimmung zur Veräußerung des einzigen Fondsobjektes zwar nicht ausdrücklich der Beschlussfassung durch qualifizierte Mehrheit unterworfen wurde, die Beschlussfassung aber zum einen aufgrund einer Auslegung des Gesellschaftsvertrags einer Dreiviertelmehrheit bedarf. Zum anderen spricht sich das OLG Düsseldorf ausdrücklich für eine analoge Anwendung des § 179 a BGB auf Personengesellschaften aus (umfassend hierzu *Hüren* RNotZ 2014, 77 [88 f.]), weshalb auch im Hinblick auf die im Beschluss enthaltene Verpflichtung zur Veräußerung des ganzen Vermögens eine Dreiviertelmehrheit erforderlich ist. Die fehlende Mehrheit führt nach Auffassung des Gerichts allerdings nicht zur Unwirksamkeit des Beschlusses, weil die den Beschluss ablehnenden Kommanditisten aufgrund ihrer gesellschaftlichen Treuepflicht gegenüber den persönlich haf-

tenden Gesellschaftern eine Zustimmungspflicht traf. Das Gericht stellt ferner klar, dass diese Treuepflichten auch für aufgrund eines Treuhandverhältnisses mittelbar an der Gesellschaft beteiligte Kommanditisten gelten.

Das Urteil des OLG Düsseldorf veranschaulicht die vom BGH in seiner Grundsatzentscheidung vom 21.10.2014 aufgestellten Prüfungsmaßstäbe der formellen Legitimation und Interessenabwägung anhand gesellschaftlicher Treuepflichten. Für die notarielle Praxis stellt das OLG Düsseldorf ferner klar, dass eine analoge Anwendung der §§ 53 Abs. 2 GmbHG, 130 Abs. 1 AktG, die eine notarielle Beurkundung dieser Beschlussfassung vorsehen, auf solche Beschlüsse einer Personengesellschaft nicht in Betracht kommt.

Die Schriftleitung (IK)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Parteien streiten um die Wirksamkeit eines in der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13.10.2015 gefassten Beschlusses.

[2] Die Klägerin gehört zur A-Unternehmensgruppe, einer Initiatorin von zahlreichen Zweitmarktfonds, deren Geschäftsmodell darin besteht, auf dem sog. Zweitmarkt Anteile an geschlossenen Fonds von Ersterwerbern zu erwerben und am Ende der Laufzeit gewinnbringend zu veräußern. Die Klägerin ist als Zweitmarktfonds an zahlreichen sog. Zielfonds beteiligt, u. a. an der Beklagten.

[3] Die Beklagte ist ein von der zur B Unternehmensgruppe gehörenden C AG konzipierter geschlossener Immobilienfonds in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft. Gegenstand des Unternehmens der Beklagten ist nach § 2 Abs. 1 ihres Gesellschaftsvertrages (Anlage K 4) unter anderem der Erwerb und die Veräußerung von Grundbesitz sowie der Erwerb und die Errichtung von Gebäuden, deren Vermietung, Verwaltung und Veräußerung. Einziges Anlageobjekt der Beklagten ist der Grundbesitz „...“, welcher seit dem 1.3.1999 für die Dauer von zwanzig Jahren an die B1 AG verpachtet ist, die dort ein Hotel und den angrenzenden Golf Platz betreibt. Persönlich haftende Gesellschafter der Beklagten sind Herr B3 sen., die Objekt D UG und die E Gesellschaft für Immobilienfonds mbH (Handelsregisterauszug der Beklagten, Anlage K 2). Die als Kommanditistin in das Handelsregister eingetragene C1 GmbH fungiert als Treuhandkommanditistin. Die Anleger konnten sich an der Beklagten entweder als Direktkommanditisten oder mittelbar über die Treuhandkommanditistin beteiligen. Die meisten der knapp 400 Anleger der Beklagten wählten die letztgenannte Variante. Auch die Klägerin ist nicht unmittelbar, sondern über die Registertreuhandlerin als Treugeberin an der Beklagten beteiligt und zwar mit einem Kapitalanteil von nominal 10.225,84 EUR. Der Gesellschaftsvertrag der Beklagten (im Folgenden: GV) enthält u. a. die folgenden Regelungen:

„§ 5 Rechtsstellung der treuhänderisch beteiligten Gesellschafter

1. Der Treuhandkommanditist erwirbt, hält und verwaltet seine Gesellschaftsbeteiligung treuhänderisch für die Treugeber, mit denen er Treuhandverträge geschlossen hat. Der Treuhandkommanditist wird seine Gesellschafter-

rechte im Interesse der Treugeber ausüben. Er wird dabei den Weisungen der Treugeber Folge leisten.

2. Im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander werden die Treugeber, für die der Treuhandkommanditist seine Gesellschaftsbeteiligung treuhänderisch hält, wie unmittelbar beteiligte Gesellschafter behandelt. Dies gilt insbesondere für die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, am Gewinn und Verlust, an einem Auseinandersetzungsguthaben, einem Liquidationserlös sowie für die Ausübung mitgliedschaftlicher Rechte.

3. Die Treugeber haben das Recht, an den Gesellschafterversammlungen teilzunehmen und das ihnen vom Treuhandkommanditisten durch Vollmacht überlassene Stimmrecht auszuüben.

§ 9 Informations- und Kontrollrechte

Die Kommanditisten/Treugeber haben das Recht, jederzeit die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft selbst oder durch einen Beauftragten, der von Berufts wegen zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, einzusehen sowie von den geschäftsführenden Gesellschaftern oder von den mit der Geschäftsführung beauftragten Dritten alle ihnen erforderlich erscheinenden Auskünfte zu verlangen. Entstehende Kosten trägt der Kommanditist/Treugeber.

§ 11 Gesellschafterversammlung

5. Die Gesellschafterversammlung wird durch den Vorsitzenden des Beirats, bei dessen Verhinderung durch ein anderes Beiratsmitglied geleitet. Der Leiter der Gesellschafterversammlung hat eine Versammlungsniederschrift zu bewirken und diese zu unterschreiben.

7. Die Gesellschafterversammlung beschließt über alle durch diesen Vertrag oder vom Gesetz zugewiesenen Aufgaben. Hierzu gehören insbesondere:

- g. Änderung des Gesellschaftsvertrages;
- h. Änderung der Rechtsform des Unternehmens;
- i. Übertragung des Unternehmens im Ganzen;
- k. Auflösung des Unternehmens;

l. Ausschluss von Gesellschaftern aus wichtigen Gründen.

9. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung werden mit einfacher Mehrheit der anwesenden bzw. vertretenen Stimmen gefasst.... Die in Ziffer 7 Buchstabe g, h, i, k und l geregelten Maßnahmen können nur mit einer Mehrheit von drei Vierteln aller anwesenden bzw. vertretenen Stimmen gefasst werden und bedürfen außerdem der Zustimmung der Komplementäre.

§ 19 Auflösung der Gesellschaft

1. Die Gesellschaft kann mit Zustimmung der Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen der Gesellschafterversammlung zum Ende eines Geschäftsjahres aufgelöst werden, frühestens jedoch zum 31.12.2015. Im Falle einer Auflösung ist die Gesellschaft durch die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter abzuwickeln und das Gesellschaftsvermögen zu verwerten. Dabei ist der Beirat vor dem Abschluss von Verträgen über die Veräußerung von Grundbesitz darüber zu hören, ob der in Aussicht genommene Kaufpreis angemessen und das Interesse der Gesellschafter insgesamt gewahrt ist....

2. Der Erlös aus der Verwertung des Gesellschaftsvermögens wird nach Begleichung der Verbindlichkeiten den

Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft ihrem Kapitalkonto II gutgeschrieben. Jeder Gesellschafter erhält sodann den Saldo seiner Kapitalkonten ausgezahlt.“

[4] Auch nach § 7 Ziffern 1. und 2. des Treuhandvertrages (Anlage K 3) war der Treugeber berechtigt, an den Gesellschafterversammlungen teilzunehmen und das auf seine treuhänderische Gesellschaftsbeteiligung entfallende Stimmrecht selbst auszuüben.

[5] Die Beklagte finanzierte den Erwerb des Anlageobjekts u. a. mit Währungs-Hypothekendarlehen im Gegenwert von DM 25.000.000,00 auf Basis des Schweizer Franken. Wegen der diesbezüglichen Einzelheiten wird auf die Darstellung auf den Seiten 25 bis 26 in dem Verkaufsprospekt der Beklagten (Anlage K 1) verwiesen. Bei Auslaufen der vereinbarten Zinsbindung im Jahre 2008 konnte mit der Kreditgeberin (Landesbank X1) zunächst eine Prolongation mit einer Endfälligkeit bis 2009 erreicht werden. Eine Ablösung der bestehenden Darlehensverbindlichkeiten durch andere Kreditinstitute oder eine erneute Prolongation kamen aber nicht zustande. Die Landesbank X1 erklärte daraufhin die Kündigung des Darlehensvertrages. Die Darlehensverbindlichkeiten der Beklagten erhöhten sich durch eine Verschlechterung des Wechselkurses EUR/SFR nochmals um rund 15 % auf ca. 13 Mio. EUR. Die Kreditgeberin forderte die Beklagte und ihre persönlich haftenden Gesellschafter mit Schreiben vom 9.9.2015 (Bl. 63/64 GA) auf, das seit dem 12.5.2014 fällige Darlehen bis zum 23.9.2015 zurückzuzahlen. Ihre Forderung bezifferte die Kreditgeberin in diesem Schreiben auf 12.871.750,52 € zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über Basiszinssatz seit dem 10.6.2015. Das Anlageobjekt steht auf Antrag der Kreditgeberin unter Zwangsverwaltung. Der Geschäftsführung der Beklagten gelang es einen Investor zu finden, der bereit war, das Anlageobjekt zu einem Kaufpreis von 13 Mio. EUR zu erwerben.

[6] Mit Schreiben vom 21.9.2015 (Anlage K 5), auf das im Einzelnen verwiesen wird, lud die Treuhandkommanditistin die Anleger zu einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten am 13.10.2013 [*Anm. d. Schriftl.: gemeint ist wohl der 13.10.2015*] ein. Sie teilte darin unter anderem mit, dass weder eine Umfinanzierung des Objekts noch eine Einigung mit der finanzierenden Bank habe erreicht werden können und zur Vermeidung der Insolvenz entweder das Objekt verkauft oder das Bankdarlehen durch Gesellschafterdarlehen abgelöst werden müsse. Für den letztgenannten Fall habe die B1 AG einen neuen Pachtvertrag angeboten, eine entsprechende Modellrechnung war beigelegt. Die Darlehensverbindlichkeiten beliefen sich aktuell auf rund 13 Mio. EUR. Es liege ein bis zum 7.11.2015 befristetes notarielles Kaufangebot in Höhe von 13.000.000,00 EUR vor. Nach Verkauf und Ausgleich aller Verbindlichkeiten werde die verbleibende Liquidität an die Gesellschafter ausgeschüttet. Die in dem Einladungsschreiben angekündigten Tagesordnungspunkte waren:

„1. Gesellschafterdarlehen

2. Beschluss über den Verkauf des Fondsobjekts“.

[7] Der Einladung war ein Antwortbogen (Anlage K 6) beigelegt, auf dem Vollmachten und Weisungen zur Abstimmung hinsichtlich der Beschlussfassung erteilt werden konnten und der jeweilige Gesellschafter sich dazu erklären sollte, ob er bereit sei, der Beklagten ein Gesellschafter-

darlehen in Höhe von mindestens 130 % der gehaltenen Nominalbeteiligung zur Ablösung der bestehenden Dauerfinanzierung zur Verfügung zu stellen. In der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten am 13.10.2015 stimmten ausweislich des Protokolls (Anlage K 7) 66,61 % der Gesellschafter gegen die Gewährung von Gesellschafterdarlehen und 8,29 % dafür. Die Zustimmung zum Objektverkauf erteilten 48,16 % der Gesellschafter, 47,17 % stimmten mit „Nein“, 4,67 % der Gesellschafter enthielten sich.

[8] Die Beklagte verkaufte das Anlageobjekt in der Folgezeit an den erwähnten Investor, der sich jedoch mit der Kaufpreiszahlung in Verzug befindet. Das Darlehen ist von der Kreditgeberin nochmals gestundet worden.

[9] Wegen des Sachverhalts im Übrigen wird auf die Feststellungen in dem angefochtenen Urteil verwiesen, soweit diese den in diesem Urteil getroffenen Feststellungen nicht widersprechen, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

[10] Die Klägerin hat sich mit ihrer am 14.1.2016 bei Gericht eingegangenen Klage gegen den im Antrag näher bezeichneten Beschluss der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13.10.2015 gewandt und ausgeführt, dieser sei formal und inhaltlich unwirksam. Sie hat im Wesentlichen geltend gemacht, aufgrund der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages als Treugeberin wie ein Gesellschafter zur Klage berechtigt zu sein. Die Beklagte habe ihr keine vollständige Einsicht in die Unterlagen gewährt. Da die Anlegerliste nicht vorgelegt worden sei, habe nicht überprüft werden können, ob alle Gesellschafter ordnungsgemäß geladen worden seien. Mit dem angegriffenen Beschluss würden die Vorschriften zur Liquidation der Gesellschaft, für die eine qualifizierte Mehrheit erforderlich sei, umgangen. Die Übertragung der Fondsanteile entspreche wirtschaftlich betrachtet einer Übertragung des Unternehmens als Ganzes. Wegen des Verkaufs des gesamten Gesellschaftsvermögens sei entsprechend § 179 a AktG die einfache Mehrheit nicht ausreichend. Der Beschluss sei auch beurkundungsbedürftig gewesen. Dem Verkauf sei zudem keine ordnungsgemäße Wertermittlung vorangegangen; es liege weder ein Wertgutachten vor noch sei eine Ausschreibung erfolgt. Der Verkauf sei auch nicht alternativlos gewesen. Die Gesellschafter hätten vielmehr die Rückforderung von Ausschüttungen/Entnahmen beschließen können und müssen. Den Gesellschaftern hätte die Zustimmung zum Verkauf nicht durch die Verweisung auf ein Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1959 abverlangt werden dürfen. Den Anwesenden sei der Eindruck vermittelt worden, sie würden sich persönlich schadenersatzpflichtig machen, wenn sie nicht so abstimmen wie die Geschäftsführung vorschläge. Das habe dazu geführt, dass Anleger mit Vollmachten von anderen Anlegern sich reihum unterbevollmächtigt hätten, weil niemand die Verantwortung und die persönliche Schadenersatzpflicht für vermeintliche Fehlentscheidungen habe übernehmen wollen.

[11] Die Klägerin hat beantragt,

festzustellen, dass folgender zu Tagesordnungspunkt 2 in der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13.10.2015 gefasste Beschluss nichtig ist:

„Die Geschäftsführung der F KG wird hiermit ermächtigt und angewiesen, das Fondsobjekt in X2 zu veräußern.“;

hilfsweise den oben bezeichneten, zu dem Tagesordnungspunkt 2 in der außerordentlichen Gesellschafterversammlung vom 13.10.2015 gefassten Beschluss für nichtig zu erklären.

[12] Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

[13] Die Beklagte hat im Wesentlichen geltend gemacht, die Klage sei unzulässig. Da die Klägerin nicht Gesellschafter sei, habe sie kein Klagerecht. Eine fehlerhafte Ladung zur Gesellschafterversammlung sei nicht dargelegt worden. Der Beschluss sei auch inhaltlich nicht zu beanstanden. Die einfache Mehrheit sei ausreichend gewesen, weil über den Beschluss nicht mittelbar über die Liquidation der Beklagten entschieden worden sei. Der Verkauf von Grundstücken entspreche ausdrücklich dem Gesellschaftszweck. Aus der analogen Anwendung von § 179 a AktG folge lediglich die Notwendigkeit einer Entscheidung der Gesellschafterversammlung und keine qualifizierte Mehrheit. Jedenfalls seien die Nein-Stimmen nicht zu berücksichtigen, weil sie angesichts des aktuellen Liquiditätsbedarfs treuwidrig gewesen seien. Die Rückforderung von Einlagen hätte das Liquiditätsproblem nicht gelöst, weil die Entnahmen 13.000.000,00 € nicht erreicht hätten.

[14] Das Landgericht hat die Feststellungsklage als zulässig, aber unbegründet abgewiesen und – soweit für das Berufungsverfahren von Bedeutung – ausgeführt, der Gesellschafterbeschluss vom 13.10.2015 sei weder formell noch materiell fehlerhaft. Ladungsmängel lägen nicht vor. Der Beschluss sei mit der erforderlichen Mehrheit gefasst worden. Er habe nicht mit einer Mehrheit von 3/4 aller anwesenden oder vertretenen Stimmen gefasst werden müssen, weil die Gesellschafter keinen Beschluss über die Auflösung der Gesellschaft im Sinne des § 11 Ziffer 7. k. gefasst hätten. Die Gesellschafter hätten weder über die Auflösung der Gesellschaft noch über die Verteilung des Liquidationserlöses abgestimmt. Beschlossen worden sei lediglich die Ermächtigung und Anweisung der Geschäftsführung zum Verkauf des Fondsobjekts. Beschlüsse über die Verteilung des Erlöses seien nicht gefasst worden. Die Geschäftsführung habe in der Ladung lediglich angekündigt, die nach Verkauf des Anlageobjekts und Ausgleich aller Verbindlichkeiten verbleibende Liquidität an die Gesellschafter auszuschütten, ohne dass dies zur Abstimmung gestellt worden sei. Der Verkauf der einzigen Fondsimmoblie sei weder rechtlich noch tatsächlich einer Auflösung der Gesellschaft oder einer Übertragung des Unternehmens im Ganzen gleich zu stellen, hierzu seien noch weitere Beschlüsse erforderlich. Aus § 8 Ziffer 4. in Verbindung mit § 11 Ziffer 9. GV sei zu schließen, dass der Beschluss über die Veräußerung der Fondsimmoblie mit einfacher Mehrheit möglich sein solle, da er ansonsten in die Aufzählung der Beschlüsse, die einer qualifizierten Mehrheit bedürfen, hätte aufgenommen werden müssen. Nach dem Verkaufsprospekt (Anlage K 1) habe die Beklagte trotz des weitergefassten Gesellschaftszwecks lediglich ein Anlageobjekt finanzieren und verwalten sollen, so dass auch nur der Verkauf dieses einen Objekts zu erwarten gewesen sei. Wenn für die Entscheidung hierüber eine qualifizierte Mehrheit gewünscht gewesen wäre, hätte es nahegelegen, dies in § 11 Ziffer 7. und 9. GV aufzunehmen. Das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit ergebe sich auch nicht aus der entsprechenden Anwendung von § 179 a AktG. Dieser sei zwar auf Personengesellschaften wie eine KG anwendbar, hieraus folge aber nicht, dass der

Beschluss auch einer Dreiviertelmehrheit gemäß § 179 Abs. 2 AktienG bedürfe. Der BGH habe wegen der weitreichenden Auswirkungen einer solchen Veräußerung die Zustimmung der Gesellschafterversammlung für erforderlich gehalten, aber nicht dazu Stellung genommen, ob diese mit der Dreiviertelmehrheit des § 179 Abs. 2 AktienG zu erfolgen habe. Der BGH sei davon ausgegangen, dass die Veräußerung nicht von der Vertretungsmacht der Geschäftsführer gedeckt sei. Daraus folge aber nicht, dass über die Zustimmung der Gesellschafterversammlung hinaus eine qualifizierte Mehrheit erforderlich wäre. Bei einem geschlossenen Immobilienfonds wie der Beklagten sei keine qualifizierte Mehrheit für die Zustimmung zur Veräußerung geboten. Nach dem Gesamtzusammenhang des Gesellschaftsvertrages und des Verkaufsprospekts seien der Erwerb und die Bewirtschaftung des Hotels von vornherein der Schwerpunkt der gesellschaftlichen Betätigung gewesen. Die Beklagte habe auch mit steuerlichen Vorteilen für die Anleger geworben. Dass nach einer gewissen Zeit die steuerlichen oder sonstigen Vorteile der Anlage erschöpft sein könnten und deshalb zu entscheiden sein würde, wie weiter zu verfahren ist, sei dieser Anlageform immanent. Ebenso sei von vornherein klar gewesen, dass eine der in Betracht kommenden Handlungsmöglichkeiten die Veräußerung der einzigen Immobilie sein würde und damit die weitere Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich werden würde. Wenn dennoch keine Regelung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen worden sei, nach der die Entscheidung über die Veräußerung der Fondsimmoblie nur mit qualifizierter Mehrheit erfolgen könnte, folge daraus, dass alle Beteiligten die einfache Mehrheit für ausreichend gehalten hätten. Diese sei erreicht worden. Der Gesellschafterbeschluss habe nicht der notariellen Beurkundung bedürft. Eine dies rechtfertigende Grundlage fehle. Die von der Klägerin vorgelegten Entscheidungen enthielten keine Ausführungen dazu, dass dieser Vorgang beurkundungsbedürftig sei. Der Beschluss sei auch inhaltlich nicht zu beanstanden. Er verstoße weder gegen das Gesetz noch gegen den Gesellschaftsvertrag.

[15] Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit der sie ihre Anträge weiterverfolgt und die Verletzung materiellen Rechts rügt. Die Klägerin meint, das Landgericht habe rechtsfehlerhaft angenommen, aus der – auch von ihm bejahten – analogen Anwendbarkeit des § 179 a AktG ergebe sich nicht die Notwendigkeit einer qualifizierten Mehrheit. Die Frage, ob bei Grundlagenscheidungen von Gesellschaftern einer Publikumsgesellschaft in analoger Anwendung von § 179 a i.V.m. § 179 Abs. 2 AktG eine Mehrheit von drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Gesellschafterstimmanteils erforderlich sei, sei strittig. Die analoge Anwendung sei jedenfalls dann geboten, wenn der Gesellschaftsvertrag zur Beschlussmehrheit keine konkrete Regelung enthalte. Soweit das Landgericht seine Würdigung mit dem Gesamtzusammenhang des Gesellschaftsvertrages und des Verkaufsprospekts begründet habe, fehle es an einer Auseinandersetzung mit den konkreten gesellschaftsvertraglichen Regelungen. Nach § 11 Ziffer 7 lit. i) i.V.m. Ziffer 9 müsse die Übertragung des Unternehmens im Ganzen mit einer Mehrheit von 75 % durch die Gesellschafterversammlung beschlossen werden. Es fehle auch eine Befassung mit dem in § 2 des Gesellschaftsvertrages geregelten Unternehmensgegenstand der Beklagten. Bei zutreffender Würdigung der Regelungen wäre das Landgericht, so die Klägerin, zu dem Ergebnis gekommen, dass der einzige

Unternehmensvermögenswert mit der Gesellschafterbeschlussfassung habe veräußert werden sollen und die Beklagte nach der Veräußerung als Vermögenswert nur noch Guthaben auf dem Bankkonto haben würde. Es sei auch nicht beabsichtigt gewesen, weiteres Grundvermögen zu erwerben. Es habe der einzige Vermögenswert liquidiert werden sollen. Der vereinbarte Gesellschaftszweck habe, wovon auch das Landgericht ausgegangen sei, nach der Beschlussfassung nicht mehr verwirklicht werden können. Die Veräußerung der einzigen Fondsimmoblie stelle damit einen Fall der Übertragung eines Unternehmens im Ganzen dar wie auch eine quasi-Änderung des Unternehmensgegenstandes. Mit der Entscheidung werde in den Kernbereich der Gesellschafter eingegriffen, da mit der Veräußerung der Immobilie auch die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und somit die Gewinnerzielung entfielen.

[16] Die Klägerin ist der Auffassung, die Notwendigkeit der notariellen Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses ergebe sich aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 130 AktG und 53 Abs. 2 GmbHG. Zwar stelle die Veräußerung eines Grundstücks keine Änderung des Gesellschaftsvertrages dar. Aus § 53 Abs. 2 GmbHG folge jedoch, dass ein grundlegende Fragen betreffender Gesellschafterbeschluss notariell beurkundet werden müsse. Dies lasse sich auf Grundlagengeschäfte übertragen. Eine Gesellschaft sei unabhängig von ihrer konkreten Rechtsform vor solchen Grundlagengeschäften zu schützen, die ihren Bestand betreffen.

[17] Unter Bezugnahme auf die mit Beschluss vom 23.10.2017 (Bl. 203 ff. GA) erteilten rechtlichen Hinweise führt die Klägerin ergänzend aus, die angebliche Alternativlosigkeit habe sich deswegen ergeben, weil die Fondsgeschäftsführung sich „schlafwandelnd“ in diese Situation begeben habe. In der Praxis sei festzustellen, dass Fondsgeschäftsführungen gerne auf Alternativlosigkeit der jeweiligen zur Entscheidung gestellten Abstimmungspunkte verwiesen und die Anleger zur Zustimmung „zwängen“. In der Rechtsprechung seien jedoch sehr wohl alternative Sanierungsmöglichkeiten wie das Ergreifen von Eigenkapitalmaßnahmen anerkannt, bevor über den Objektverkauf zugleich die Auflösung des Fonds betrieben werde. Auch wenn der Gesellschaftsvertrag keine ausdrückliche Regelung dazu enthalte, so sei doch bei dessen verständiger Auslegung zur Regelung über die Beschlussfassung zur Ausschüttungsrückforderung ein gegenläufiger Beschluss als sog. *actus contrarius* möglich. Eine Rückforderungsmöglichkeit für die Fondsgesellschaft könne sich auch aus der Bilanzierung einer Forderung gegenüber dem Gesellschafter ergeben. Schließlich könne sich eine Sanierungsmöglichkeit aus den anerkannten Rechtsprechungsgrundsätzen zu „Sanieren oder Ausscheiden“ ergeben. Für eine Sanierungsverpflichtung und eine anteilige Fehlbetragshaftung des Kommanditisten habe sich etwa das OLG Karlsruhe (Urt. v. 22.4.2016 – 4 U 226/15) ausgesprochen. Nach Auffassung des Kammergerichts (Urt. v. 6.12.2016 – 21 U 110/14) sei der Gesellschafter nicht aus gesellschaftlicher Treue verpflichtet, dem „Sanieren oder Ausscheiden“ zuzustimmen, sondern greife die Treuepflicht erst ein, wenn dies durch satzungsändernde Mehrheit eingeführt sei. Auch sei zu berücksichtigen, dass ein Liquidator weitreichende Handlungsmöglichkeiten hätte, einen Verkauf optimal für die Gesellschaft zu gestalten. Nach alledem könne der dringende Kapitalbedarf anders als durch eine alsbaldige Veräußerung des Fondsobjekts an den In-

vestor befriedigt werden. Die vergangenen zwei Jahre hätten mit den genannten alternativen Sanierungskonzepten erfolgreicher gestaltet werden können. Die Wahl der Geschäftsführung, den Verkauf (ohne Transparenz, ohne Ausschreibungsverfahren) zu betreiben, dies im Nachhinein als alternativlos darzustellen und von den Anlegern genehmigen zu lassen, sei wohl nicht die beste aller Möglichkeiten und jedenfalls nicht alternativlos gewesen.

[18] Die Klägerin beantragt (sinngemäß), unter Abänderung des am 11.11.2016 verkündeten Urteils des Landgerichts Düsseldorf (39 O 3/16) festzustellen, dass folgender zu Tagesordnungspunkt 2 in der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13.10.2015 gefasste Beschluss nichtig ist:

„Die Geschäftsführung der F KG wird hiermit ermächtigt und angewiesen, das Fondsobjekt in X2 zu veräußern.“;

hilfswise den oben bezeichneten, zu dem Tagesordnungspunkt 2 in der außerordentlichen Gesellschafterversammlung vom 13.10.2015 gefassten Beschluss für nichtig zu erklären.

[19] Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

[20] Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Sie nimmt Bezug auf ihr erstinstanzliches Vorbringen und wiederholt ihre Auffassungen, wonach die Klage mangels Gesellschafterstellung der Klägerin bereits unzulässig sei und der Beschluss einstimmig gefasst worden sei, da die Nein-Stimmen wegen der Treuwidrigkeit dieser Stimmabgabe nicht zu zählen seien. Die Beklagte meint, es gebe keinen Beleg dafür, dass es „streitig“ sei, dass dann, wenn Regelungen in der Satzung der Personengesellschaft fehlten, automatisch eine $\frac{3}{4}$ Mehrheit erforderlich sei. Zum anderen enthalte ihre Satzung eine Regelung, nach welcher Beschlüsse mit einfacher Mehrheit gefasst würden, sofern nicht besondere Beschlussgegenstände betroffen seien. Die Veräußerung der Immobilie falle nicht unter diese Beschlussgegenstände. Soweit die Klägerin rüge, das Landgericht habe die Satzung in § 2 nicht hinreichend gewürdigt, ergebe sich aus einer Würdigung, dass die Veräußerung der einzigen Immobilie vom Geschäftszweck mit umfasst sei. Die Auffassung der Klägerin zu der Notwendigkeit einer notariellen Beurkundung habe das Landgericht zu Recht in sieben Zeilen zurückgewiesen. Es gebe soweit ersichtlich niemanden außer der Klägerin, der die Auffassung vertrete, ein solcher Beschluss müsse notariell beurkundet werden.

[21] Zur Vervollständigung des Vorbringens der Parteien zum Sach- und Streitstand wird auf die gewechselten Schriftsätze samt Anlagen, den Inhalt des Sitzungsprotokolls vom 26.10.2017 und die in diesem Urteil getroffenen Feststellungen verwiesen.

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung ist unbegründet; die Klage ist zulässig, aber unbegründet

[22] Die Berufung ist nicht begründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch darauf, dass die Nichtigkeit des zu Top 2 (Zustimmung zum Objektverkauf) gefassten Beschlusses der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Be-

klagten vom 13.10.2015 festgestellt wird. Die Klage ist zulässig (dazu unter 1.), aber unbegründet. Der Beschluss unterlag zwar nicht der allgemeinen gesellschaftsvertraglichen Mehrheitsklausel, sondern hätte einer Dreiviertelmehrheit bedurft (dazu unter 2.). Der Klägerin ist aber die Berufung auf die Unwirksamkeit des Beschlusses verwehrt, weil sie aufgrund ihrer gesellschaftlichen Treupflicht verpflichtet gewesen wäre, für die Veräußerung des Fondsobjekts zu stimmen (dazu unter 3.). Der Beschluss ist auch nicht deshalb nichtig, weil er nicht notariell beurkundet worden ist (dazu unter 4.).

[23] 1. Die Berufung ist nicht schon deshalb unbegründet, weil die Klage unzulässig wäre.

Die Klägerin ist als Quasi-Gesellschafterin aktivlegitimiert, da eine Verzahnung von Gesellschaft und Treuhand bereits im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist

[24] a) Die Klägerin ist als sog. Quasi-Gesellschafterin aktivlegitimiert. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können im Falle einer offenen oder qualifizierten Treuhand gerade bei der treuhänderischen Zusammenfassung zahlreicher Geldgeber die an der Gesellschaft Beteiligten ihr gesellschaftliches Innenverhältnis so gestalten, als ob die Treugeber selbst Gesellschafter wären. Ein solches Vertragsverhältnis ist regelmäßig anzunehmen, wenn die mittelbare Beteiligung noch zu werbender Anleger und damit eine Verzahnung von Gesellschaft und Treuhand im Gesellschaftsvertrag von vorneherein vorgesehen ist und im Hinblick darauf bestimmte Rechte und Pflichten der Anleger schon im Gesellschaftsvertrag geregelt sind (BGH, Urt. v. 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 ff., Tz. 16 m.w.N. = NZG 2011, 1432). Aufgrund der Verzahnung von Gesellschafts- und Treuhandvertrag hat auch die Klägerin im Innenverhältnis zur Beklagten die Stellung einer unmittelbaren Gesellschafterin inne. Es handelt sich bei der Beziehung zwischen den Treugebern und der Gesellschaft nicht um ein einfaches Treuhandverhältnis, sondern um eine von gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagerte Treuhandbeziehung. Dem Fondsprospekt (Anlage K 1) ist zu entnehmen, dass sich die Anleger mittelbar über die Treuhandkommanditistin oder unmittelbar als Direktkommanditist beteiligen können (Seite 9 des Prospekts unter „Rechtsstellung des Anlegers“). Dort wird auch darauf hingewiesen, dass die Treugeber im Innenverhältnis wie Direktkommanditisten behandelt werden und jederzeit die Eintragung in das Handelsregister verlangen können. Dem entsprechen die diesbezüglichen Bestimmungen im Gesellschafts- und im Treuhandvertrag. Nach § 5 Ziffer 2. GV (Anlage K 4) werden die Treugeber im Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander wie unmittelbar beteiligte Gesellschafter behandelt, was insbesondere für die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, am Gewinn und Verlust, an einem Auseinandersetzungsguthaben, einem Liquidationserlös sowie für die Ausübung mitgliederschaftlicher Rechte gilt. Demgemäß wird im Gesellschaftsvertrag insoweit nicht zwischen Treugebern und Direktkommanditisten differenziert. So können Kommanditisten oder Treugeber, die insgesamt mehr als 10 % des eingezahlten Kapitalkapitals repräsentieren, nach § 11 Ziffer 2. GV die Einberufung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung verlangen und erfolgen etwa die auf treuhänderisch gehaltene Beteiligungen entfallenden Ausschüttungen gemäß § 14 Ziffer 5. GV in Abstimmung mit dem Treuhandkommanditisten unmittelbar an den Treu-

geber. Dieser hat auch gemäß § 18 Ziffer 1. des GV im Falle des Ausscheidens das Auseinandersetzungsguthaben zu beanspruchen. Hinzu tritt, dass die Pflicht zur Einzahlung der Einlage gegenüber der Gesellschaft nach § 4 Ziffer 1. des Treuhandvertrages (Anlage K 3) den Treugeber unmittelbar trifft und dass die Treugeber nach den Regelungen unter § 7 des Treuhandvertrages berechtigt sind, ihre Rechte in der Gesellschafterversammlung selbst auszuüben.

Das erforderliche Feststellungsinteresse der Klägerin als Quasi-Gesellschafterin ist gegeben

[25] b) Der Gesellschafter einer Personengesellschaft hat grundsätzlich ein Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit eines Gesellschafterbeschlusses (vgl. nur BGH, Urt. v. 9.4.2013 – II ZR 3/12, ZIP 2013, 1021 = NZG 2013, 664), sodass auch für die von der Klägerin als sog. Quasi-Gesellschafterin erhobene Klage das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse gegeben ist.

Die Beklagte als Gesellschaft, für die der umstrittene Beschluss gefasst wurde, ist auch passivlegitimiert

[26] c) Das Landgericht ist zutreffend auch von der Passivlegitimation der Beklagten, die ihren diesbezüglichen Einwand im Berufungsverfahren nicht wiederholt hat, ausgegangen. Die Nichtigkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung einer Personengesellschaft wird zwar grundsätzlich durch Feststellungsklage gegen die Mitgesellschafter geltend gemacht. Anderes gilt aber dann, wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass der Streit mit der Gesellschaft auszutragen ist (kapitalgesellschaftsrechtliches System). Zwar enthält der objektiv auszulegende Gesellschaftsvertrag der Beklagten keine Regelung, die ausdrücklich besagt, dass eine Klage zur Überprüfung der Wirksamkeit eines Beschlusses gegen die Gesellschaft zu richten ist. Den Willen der Gesellschafter, einen solchen Streit nicht untereinander, sondern unmittelbar mit der Beklagten auszutragen, hat das Landgericht allerdings mit Recht dem Umstand entnommen, dass nach § 15 Ziffer 3. des Gesellschaftsvertrages auch eine Kündigung unmittelbar an die Gesellschaft und nicht etwa an die Mitgesellschafter zu richten ist. Angesichts des gleichzeitigen Fehlens von Bestimmungen zur Überprüfbarkeit von Beschlüssen und der Vielzahl von einander persönlich unbekanntem knapp 400 Gesellschaftern dürfte dies für die Feststellung der Übernahme des kapitalgesellschaftsrechtlichen Systems ausreichen (vgl. dazu etwa BGH, Urt. v. 19.7.2011 – II ZR 153/09, ZIP 2011, 1906 = NZG 2011, 1142; Urt. v. 1.3.2011 – II ZR 83/09, ZIP 2011, 806 = NZG 2011, 544 = NJW 2011, 2578).

Der Beschluss konnte nicht wirksam mit einfacher Mehrheit gefasst werden, sondern hätte einer qualifizierten Mehrheit bedurft

[27] 2. Der Beschluss der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13.10.2015 zu Top 2 konnte nicht wirksam mit einfacher Mehrheit gefasst werden, §§ 161, 119 Abs. 2 HGB i.V.m. § 11 des Gesellschaftsvertrages der Beklagten. Der Beschluss betraf keine der allgemeinen Mehrheitsklausel unterfallende Maßnahme [dazu unter a)], sondern hätte einer qualifizierten Mehrheit von drei Vierteln der anwesenden oder vertretenen Stimmen bedurft [dazu unter b)].

Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag vom gesetzlich vorgesehenen Einstimmigkeitsprinzip zugunsten eines Mehrheitsprinzips abweichen

[28] a) Grundsätzlich gilt für alle Beschlussgegenstände, da das gesetzliche Einstimmigkeitsprinzip (§ 119 Abs. 1 HGB) – auch für Vertragsänderungen und ähnliche die Grundlagen der Gesellschaft berührende oder in Rechtspositionen der Gesellschafter eingreifende Maßnahmen – grundsätzlich dispositiv ist (§ 119 Abs. 2 HGB), dass es den Gesellschaftern im Rahmen der Privatautonomie freisteht, sich dahin zu einigen, ob und in welchem Umfang das starre, praktischen Erfordernissen oftmals nicht gerecht werdende Einstimmigkeitsprinzip durch das Mehrheitsprinzip ersetzt wird (BGH, Urt. v. 21.10.2014 – II ZR 84/13 BGHZ 203, 77 Tz. 16 = DNotZ 2015, 65). Entscheidend für das wirksame Fassen des Beschlusses ist demnach, ob im Gesellschaftsvertrag für den Beschlussgegenstand „Veräußerung des Fondsobjekts“ eine Entscheidung durch die Mehrheit vorgesehen ist. Dabei kommt dem sogenannten Bestimmtheitsgrundsatz für die formelle Legitimation einer Mehrheitsentscheidung keine Bedeutung mehr zu, wie der Bundesgerichtshof in der soeben zitierten Entscheidung vom 21.10.2014 ausdrücklich und ausführlich klargestellt hat (BGH a.a.O. Tz. 14 unter Hinweis auf sein Urt. v. 16.10.2012 – II ZR 239/11, ZIP 2013, 65 Rn. 15 = NZG 2013, 63). Bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags ist der frühere Bestimmtheitsgrundsatz auch nicht in Gestalt einer Auslegungsregel des Inhalts zu berücksichtigen, dass allgemeine Mehrheitsklauseln restriktiv auszulegen sind oder Beschlussgegenstände, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen oder ungewöhnliche Geschäfte beinhalten, jedenfalls von allgemeinen Mehrheitsklauseln, die außerhalb eines konkreten Anlasses vereinbart wurden, regelmäßig nicht erfasst werden. Eine solche Auslegungsregel findet im Gesetz keine Stütze (BGH a.a.O.). Da sich die durch Auslegung des Gesellschaftsvertrags vorzunehmende Feststellung, ob im konkreten Fall für die formelle Legitimation eines Beschlusses eine Mehrheitsentscheidung genügt, nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen richtet, kann sich die Mehrheitsbefugnis aus jeder Vereinbarung der Gesellschafter ergeben, die einer dahingehenden Auslegung zugänglich ist, also von der ausdrücklichen Anführung des betreffenden Beschlussgegenstands in einem Katalog von Beschlussgegenständen über eine umfassende oder auslegungsfähige Mehrheitsklausel im (schriftlichen) Gesellschaftsvertrag bis hin zu einer konkludenten Vereinbarung der Mehrheitszuständigkeit (BGH a.a.O.).

Die Beklagte ist eine Publikumsgesellschaft

[29] aa) Die Beklagte ist eine Publikumsgesellschaft, da sie auf den (mittelbaren) Beitritt einer Vielzahl erst noch zuwerbender Geldanleger aufgrund eines vorformulierten Gesellschaftsvertrages angelegt ist und die schon geworbenen Anleger bei der Auswahl der weiteren Anleger nicht mitwirken. Die Auslegung ihres Gesellschaftsvertrages hat objektiv zu erfolgen (st. Rspr., vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 9.6.2015 – II ZR 420/13, NZG 2015, 995 Tz. 25).

Das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit ergibt sich aus einer objektiven Auslegung des Gesellschaftsvertrags und einer analogen Anwendung des § 179 a AktG

[30] bb) Nach dem bei der objektiven Auslegung des Gesellschaftsvertrags der Beklagten zugrunde zu legenden Sachverhalt bedurfte der Beschluss nicht der einfachen,

sondern der qualifizierten Mehrheit. Zwar unterfällt der Beschlussgegenstand keinem der Katalogtatbestände des § 11 Ziffern 7. und 9. [dazu unter aaa)]. Nach dem Verständnis eines rechtlich nicht vorgebildeten Anlegers ist der Wortlaut des Gesellschaftsvertrages von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise aber so zu verstehen, dass eine Entscheidung über die Veräußerung des Fondsobjekts nicht unter die allgemeine Mehrheitsklausel fällt, sondern einer qualifizierten Mehrheit bedarf [dazu unter bbb)]. Jedenfalls ergibt sich dieses Mehrheitserfordernis aus einer analogen Anwendung von § 179 a AktG [dazu unter ccc)].

Der Gesellschaftsvertrag enthält Regelungen zu Beschlussfassungen, die nicht der einfachen, sondern der qualifizierten Mehrheit bedürfen

[31] aaa) Nach dem Wortlaut der Mehrheitsklausel (§ 11 Ziffer 9. S. 1 und S. 3 GV), von dem bei der Auslegung auszugehen ist, erfolgen die Beschlussfassungen der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit der anwesenden bzw. vertretenen Stimmen, wenn der Beschluss keine der in Ziffer 7. aufgeführten Maßnahmen betrifft. Das dispositive gesetzliche Einstimmigkeitsprinzip soll demnach in dem gesetzlich zulässigen Rahmen und – vorbehaltlich ausdrücklich abweichender Regelungen im Gesellschaftsvertrag – grundsätzlich durch das Mehrheitsprinzip ersetzt werden. Der Gesellschaftsvertrag enthält neben der allgemeinen Regelung in § 11 Ziffer 9. S. 1 aber auch Regelungen, die für eine Beschlussfassung ausdrücklich eine andere als die einfache Mehrheit verlangen, nämlich in § 11 Ziffer 9. S. 4 für die „in Ziffer 7. Buchstabe g, h, i, k und l geregelten Maßnahmen“. Danach bedürfen Beschlüsse zur Änderung des Gesellschaftsvertrags oder der Rechtsform des Unternehmens einer Mehrheit von drei Vierteln aller anwesenden bzw. vertretenen Stimmen. Gleiches gilt für Beschlüsse zur Übertragung des Unternehmens im Ganzen, die Auflösung des Unternehmens und den Ausschluss von Gesellschaftern aus wichtigen Gründen.

Der Beschluss enthält keine Änderung des Gesellschaftsvertrags, da die Veräußerung des Fondsobjekts nicht zwangsläufig zu einer Änderung des Gesellschaftszwecks führt

[32] Mit dem Beschluss vom 13.10.2015 wird keine Änderung des Gesellschaftsvertrages i.S.v. § 11 Ziffer 7. lit. g. GV vorgenommen. Gegenstand des Unternehmens ist nach § 2 GV ungeachtet der auf ein bestimmtes Objekt hinweisenden Firma der Beklagten nicht ausschließlich das Halten des Eigentums an dem in X2 gelegenen Grundbesitz und die Verpachtung der Fondsimmoblie an die B1 AG. Die Veräußerung des Fondsobjekts führt daher nicht zwangsläufig zu einer Änderung des Gesellschaftszwecks, die einer entsprechenden Zustimmung der Gesellschafter bedürfte. Daraus folgt auch, dass mit der Veräußerung des Fondsobjekts unabhängig davon, ob die Beklagte zur Fortführung ihrer auf das Objekt verweisenden Firma berechtigt wäre oder nicht, keine Übertragung des Unternehmens im Ganzen i.S.v. § 11 Ziffer 7 lit. i. GV verbunden ist. Anders als in der allseits in Bezug genommenen BGH-Entscheidung vom 9.1.1995 (II ZR 24/94, NJW 1995, 596), bei der es um den Betrieb eines bestimmten Nachtclubs ging, bedeutet die Veräußerung des Fondsobjekts hier (noch) nicht die Einstellung des Geschäftsbetriebs und ist auch (noch) nicht zwangsläufig mit dem Verlust der Eigen-

schaft als werbendes Unternehmen verbunden. Theoretisch könnten die Gesellschafter beschließen, eine andere Immobilie oder, was ebenfalls satzungskonform wäre, Wertpapiere zu erwerben. Mit Recht hat das Landgericht auch angenommen, dass der Beschluss vom 13.10.2015 formal nicht die Auflösung der Gesellschaft i.S.v. § 11 Ziffer 7. lit. k. betrifft. Dass die Veräußerung des Fondsobjekts der Sache nach zwar mehr oder weniger zwangsläufig auf eine spätere Auflösung hinausläuft, hat zutreffend schon das Landgericht erkannt. Dies ändert aber nichts daran, dass die beabsichtigte Veräußerung weder rechtlich noch tatsächlich einer Auflösung der Beklagten gleichzustellen ist.

Die fehlende Nennung der Veräußerung des Fondsobjektes führt noch nicht dazu, dass dieser Gegenstand mit einstimmigem Beschluss oder einer einfachen Beschlussmehrheit zu fassen ist; es bedarf einer Auslegung

[33] bbb) Daraus, dass der Gesellschaftsvertrag für die Beschlussfassung über die Veräußerung des Fondsobjekts – mit Ausnahme der die Auflösung der Gesellschaft betreffenden Bestimmungen in § 19 – keine ausdrückliche Regelung enthält, lässt sich mit Blick auf die neuere BGH-Rechtsprechung aber auch nicht darauf schließen, dass der Beschluss dem gesetzlichen Einstimmigkeitsprinzip oder aber der allgemeinen Mehrheitsklausel unterworfen wäre. Die Regelungen sind vielmehr, insbesondere unter Berücksichtigung des Zusammenspiels von § 19 und § 11 Ziffer 7. GV, dahin auszulegen, dass die Zustimmung zu einer Veräußerung des Fondsobjekts stets einer drei Viertel-Mehrheit bedarf. Dieses Verständnis liegt umso näher, wenn die Vergleichbarkeit der Sachverhalte und der Intensität der mit den aufgeführten Maßnahmen verbundenen Eingriffe in Gesellschafterrechte und den Bestand der Gesellschaft bedacht wird. Gegen eine Auslegung in dem von der Beklagten genannten Sinn sprechen aber auch die sich bei einem von dem des Senats abweichenden Verständnis ergebenden Umgestaltungsmöglichkeiten. Ein verständiger Gesellschafter würde bei Lektüre des Gesellschaftsvertrages nicht annehmen, dass der Beschluss über die Veräußerung des einzigen Vermögensgegenstandes der Gesellschaft dann keiner qualifizierten Mehrheit bedürfen und nur der allgemeinen Mehrheitsklausel unterfallen soll, wenn er außerhalb des Auflösungsverfahrens nach § 19 des Gesellschaftsvertrages gefasst wird. Der Senat setzt sich mit diesem Verständnis auch nicht in Widerspruch zu der Entscheidung des OLG Köln (Urt. v. 4.9.2012 – 15 U 27/12, zitiert nach juris = BeckRS 2015, 10785), dem ausweislich der Gründe eine gänzlich anderslautende gesellschaftsvertragliche Bestimmung zugrunde liegt, nach welcher der Verkauf der dort in Aussicht genommenen Fondsimmobilie ausdrücklich nur der einfachen Mehrheit der Stimmen bedurfte.

Ferner beruht das Erfordernis einer Mehrheit von drei Vierteln auch auf § 179 a AktG analog

[34] ccc) Die Berufung beruft sich aber auch mit Erfolg auf eine analoge Anwendung von § 179 a AktG, woraus sich ebenfalls das Erfordernis einer drei Viertel-Mehrheit ergibt.

Eine analoge Anwendung des § 179 a AktG kommt in Betracht, wenn der Gesellschaftsvertrag keine Regelung zu den Mehrheitserfordernissen für den getroffenen Beschlussgegenstand enthält

[35] (1) Die Voraussetzungen einer entsprechenden Anwendung sind gegeben. Nach § 11 Ziffer 7. GV entschei-

det die Gesellschafterversammlung auch über die ihr vom Gesetz zugewiesenen Aufgaben. Dass die Gesellschafter insofern eine abschließende Regelung ihrer Zuständigkeiten und der jeweils erforderlichen Mehrheiten treffen wollten, ist daher nicht anzunehmen. Eine analoge Anwendung von § 179 a AktG auf Personengesellschaften, die ganz überwiegend angenommen wird (BGH a.a.O.; Seibt in Schmidt, K./Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 179 a Rn. 4 m.w.N.; Haas in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, § 126 Rn. 4 und § 114 Rn. 5 jeweils m.w.N.; Habersack/Großkomm. HGB, 5. Aufl. 2009, § 126 Rn. 16 m.w.N.; Leitzen NZG 2012, 491 u.a.), kommt nach dem Dafürhalten des Senats jedenfalls dann in Betracht, wenn der Gesellschaftsvertrag, wie hier, zu den Mehrheitserfordernissen bei dem in Rede stehenden Beschlussgegenstand keine Regelung enthält. Der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 9.1.1995 (II ZR 24/94 = NJW 1995, 596) ist zu entnehmen, dass er den Rechtsgedanken von § 361 Abs. 1 AktG (heute § 179 a AktG) in einem Fall der Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens i.S.d. (aufgehobenen) § 419 BGB für entsprechend anwendbar gehalten und daraus gefolgert hat, die mit der Veräußerung des von der dortigen Gesellschaft betriebenen Unternehmens verbundene Umgestaltung der Gesellschaft sei von der Vertretungsmacht der geschäftsführenden Gesellschafter nicht gedeckt, es bedürfe deshalb zur Wirksamkeit des Vertrages eines Gesellschafterbeschlusses (Tz. 7). Der Entscheidung sind – ihrem Streitgegenstand geschuldet – Feststellungen zu dem Inhalt des zugrundeliegenden Gesellschaftsvertrages zwar nicht zu entnehmen. Auch hat sich der Bundesgerichtshof nicht dazu geäußert, ob die von ihm für erforderlich gehaltene Beschlussfassung der Mehrheit des § 361 AktG (jetzt § 179 a AktG) bedarf. Entgegen der Auffassung des Landgerichts, das sich insofern wohl der Ansicht des OLG Köln (Urt. v. 4.9.2012 – 15 U 27/12, Tz. 45/zitiert nach juris = BeckRS 2015, 10785) angeschlossen hat, lässt dies aber nicht mit der zu fordernden Gewissheit darauf schließen, dass für einen solchen Beschluss generell keine qualifizierte Mehrheit erforderlich wäre. Nach dem Verständnis des Senats spricht die vom Bundesgerichtshof für geboten erachtete Anwendung des Rechtsgedankens von § 361 Abs. 1 AktG a.F. auch ohne ausdrückliche Klarstellung dafür, das Mehrheitserfordernis auf das Personengesellschaftsrecht anzuwenden. Denn abgesehen davon, dass der dortige Sachverhalt eine Befassung mit Mehrheitserfordernissen nicht erforderte, weil es an einer Beschlussfassung gänzlich fehlte, lässt sich der Rechtsgedanke der Vorschrift nicht auf die bloße Befassung der Hauptversammlung beschränken. Er umfasst nach deren Sinn und Zweck vielmehr auch und gerade das darin statuierte qualifizierte Mehrheitserfordernis. Der Zweck der Vorschrift besteht im Schutz der Vermögensinteressen, der u. a. durch das Mitwirkungserfordernis verwirklicht werden soll. Daneben wird die Dispositionsfreiheit der Aktionäre geschützt, indem sie vor einer ungewollten Preisgabe des Gesellschaftsvermögens und damit der Grundlagen der unternehmerischen Tätigkeit der Gesellschaft durch deren Verwaltung bewahrt werden sollen. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es des Weiteren, die Einbindung der Hauptversammlung auch dann sicherzustellen, wenn die Vermögensübertragung nicht schon aus anderen Gründen eines Hauptversammlungsbeschlusses mit qualifizierter Mehrheit bedarf (vgl. zu alledem nur Seibt in Schmidt, K./Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 179 a AktG Rn. 2 u. 5). Da die Vermögensinteressen und die Dispositionsfreiheit der

Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften in einer vergleichbaren Situation nicht minder schutzbedürftig sind, kann nicht zweifelhaft sein, dass sich die entsprechende Anwendung des Rechtsgedankens der Vorschrift nicht auf die bloße Befassung der Gesellschafterversammlung mit der beabsichtigten Maßnahme beschränken kann. Jedenfalls ist dieses Verständnis mit Blick auf das unter bbb) Gesagte hier geboten. Denn eine Befassung der Gesellschafterversammlung der Beklagten mit der beabsichtigten Veräußerung war nach den Regelungen des GV bereits sichergestellt, sodass es eines ergänzenden Rückgriffs auf den Rechtsgedanken des § 179 a AktG hier überhaupt nur wegen der erforderlichen Zustimmungsmehrheit bedürfte.

Es handelt sich auch um eine die entsprechende Anwendung des § 179 a AktG rechtfertigende zustimmungsbedürftige Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Vermögens

[36] (2) Tatbestandlich liegt eine die entsprechende Anwendung rechtfertigende zustimmungsbedürftige Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Vermögens i.S.d. § 179 a AktG vor. Der Zustimmung bedürfen nur solche Verträge, durch die sich die Aktiengesellschaft zur Übertragung ihres ganzen Vermögens im Wege der Einzelrechtsnachfolge verpflichtet. Das ist nicht erst dann der Fall, wenn das gesamte Unternehmen veräußert werden soll, sondern die Vorschrift greift auch dann ein, wenn das Gesellschaftsvermögen nur fast vollständig übertragen werden soll, der Gesellschaft also einzelne, verhältnismäßig unbedeutende Vermögensgegenstände verbleiben. Gleiches kann im Fall der Übertragung eines einzelnen Gegenstandes gelten und zwar dann, wenn er das (nahezu) ganze Gesellschaftsvermögen ausmacht (Seibt a.a.O. Rn. 8 m.w.N.). Entscheidend ist, ob die übertragende Gesellschaft in der Lage ist, mit dem zurückgehaltenen Betriebsvermögen ihren satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand selbständig weiterzuverfolgen, wenn auch in eingeschränktem Umfang (sog. qualitative Betrachtung). Ausgehend von dem bisherigen Unternehmensgegenstand, der nicht aus Anlass oder im Vorfeld des Veräußerungsvorgangs neu gefasst wurde, kommt § 179 a AktG also auch bei Verbleib von wesentlichem Vermögen bei der Gesellschaft zur Anwendung, wenn der bisherige Unternehmensgegenstand nicht weiterverfolgt werden kann. Alternativ kann sich das Zustimmungserfordernis auch aus quantitativen Kriterien ergeben. Danach liegt eine Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens auch dann vor, wenn der Gesellschaft zwar die zur Verfolgung ihres satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes erforderlichen Vermögensgegenstände verbleiben, diese aber nur noch einen quantitativ geringfügigen Teil des gesamten Gesellschaftsvermögens ausmachen (Seibt a.a.O. Rn. 8).

Sowohl bei qualitativer als auch bei quantitativer Betrachtung liegt eine Zustimmungsbedürftigkeit vor

[37] Gemessen hieran liegt eine Zustimmungsbedürftigkeit, was nicht einmal erforderlich wäre, sowohl bei qualitativer als auch bei quantitativer Betrachtung vor. Ungeachtet der weiten Fassung des Gesellschaftszwecks in § 2 Ziffer 1. GV beschränkte sich die unternehmerische Tätigkeit der Beklagten unstreitig auf das Halten der Fondsimmoblie und deren Verpachtung an die B1 AG zum Betrieb des „B1 & B2“. Weitere unternehmerische Tätigkeiten hat die Beklagte – soweit ersichtlich – nie ent-

faltet, insbesondere hat sie keinen weiteren Grundbesitz erworben und verfügt demzufolge über kein (nennenswertes) weiteres Vermögen. Demzufolge erzielt die Beklagte nur Einkünfte aus der pachtweisen Überlassung dieses einen Objekts. Anderes war weder in der Vergangenheit geplant noch ist beispielsweise der Erwerb einer neuen Immobilie zukünftig beabsichtigt. Weder ist der Darstellung der Kapitalanlage in dem Fondsprospekt (Anlage K 1) ebenso wenig wie der Akte ein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, noch wird seitens der Beklagten geltend gemacht, dass von ihr mit dem erwarteten Veräußerungserlös oder anderen Mitteln anderweitiger Grundbesitz oder vergleichbare Vermögenswerte erworben werden soll. Der zu erwartende Veräußerungserlös wird wohl nur zur Tilgung der Darlehensverbindlichkeiten der Beklagten ausreichen. Auf welche Weise die Beklagte neue Geschäfte finanzieren will, ist nicht erkennbar. Dass der Unternehmensgegenstand nach der Veräußerung des Fondsobjekts weiterverfolgt werden könnte und auch weiterverfolgt werden soll, ist nach alledem nicht ersichtlich.

Die Gesellschafter sind aber aufgrund ihrer gesellschaftlichen Treuepflichten dazu verpflichtet, dem Verkauf zuzustimmen

[38] 3. Der Feststellungsanspruch scheidet jedoch im Ergebnis daran, dass unter Treuepflichtaspekten angesichts der wirtschaftlichen Lage der Beklagten eine Pflicht der Gesellschafter bestanden hat, dem Verkauf zuzustimmen, sodass die Klägerin eine formale Unwirksamkeit des Beschlusses nicht mit Erfolg geltend machen kann.

Die Grundsätze über die gesellschaftlichen Treuepflichten sind auch bei Publikumsgesellschaften und auf qualifizierte Treugeber anwendbar

[39] a) Anerkannt ist, dass die Grundsätze über die gesellschaftlichen Treuepflichten auch bei Publikumspersonengesellschaften in der Rechtsform der KG gelten und auf qualifizierte Treugeber dann Anwendung finden, wenn deren Rechtsstellung aufgrund der engen Verzahnung von Gesellschaftsvertrag und Treuhand auf dem Gesellschaftsvertrag und nicht bloß auf einer schuldrechtlichen Abrede mit der Gesellschaft beruht (BGH, Urt. v. 5.2.2013 – II ZR 134/11, BGHZ 196, 131 = NZG 2013, 379 Tz. 21 u. 31; Urt. v. 5.2.2013 – II ZR 136/11, ZIP 2013, 619 Tz. 23 u. 32 = BeckRS 2013, 04841). Die Treuepflicht erlegt den Gesellschaftern eine Rücksichtnahme auf die Interessen der Gesellschaft sowie auf die Belange der Mitgesellschafter auf. Grundlage solcher Treuepflichten ist die auf dem konkreten Gesellschaftsverhältnis beruhende berechnete Erwartungshaltung der übrigen Gesellschafter. Danach bildet vorrangig der Gesellschaftsvertrag die Grundlage der gesellschaftlichen Treuepflicht und bestimmt damit auch deren Inhalt und Umfang; der einzelne Gesellschafter ist nur insoweit verpflichtet, wie er es in dem Gesellschaftsvertrag versprochen hat (BGH, Urt. v. 9.6.2015 – II ZR 420/13, WM 2015, 1635 Tz. 23 = DNotZ 2016, 206; Urt. v. 25.1.2011 – II ZR 122/09, NZG 2011, 510 Tz. 21 = NJW 2011, 1667). Die Konkretisierung der Treuepflicht erfolgt stets anhand der Umstände des Einzelfalles und unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sowie der Abwägung der beteiligten Interessen einschließlich der eigenen schutzwürdigen Belange des betroffenen Gesellschafter (vgl. etwa BGH, Beschluss v. 7.7.2007 – II ZR 181/06, ZIP 2007, 1988 = DStR 2017, 2021). Eine – auch über die ausdrücklichen

vertraglichen Regelungen hinausgehende – Treuepflicht des einzelnen Gesellschafters kann auch in der Publikums-gesellschaft dadurch begründet werden, dass die Gesellschaft in eine unhaltbare wirtschaftliche Schieflage mit drohender Zahlungsunfähigkeit geraten ist, welche die Ergreifung von dringenden Maßnahmen zur Abwendung einer Insolvenzgefahr notwendig macht (BGH, Urt. v. 5.11.1984 – II ZR 111/84, WM 1985, 195 Tz. 11-12 = NJW 1985, 974). Aus seiner gesellschaftlichen Treuepflicht kann auch den nur beschränkt haftenden Kommanditisten gegenüber den persönlich haftenden Mitgesellschaftern in besonders gelagerten Ausnahmefällen die Verpflichtung treffen, an der Ergreifung der notwendigen Maßnahmen mitzuwirken (BGH, Urt. v. 17.12.1959 – II ZR 81/59, NJW 1960, 434; vgl. zum Inhalt der Treuepflichten statt anderer Haas in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, § 109 Rn. 15 a m.N.). Besteht im konkreten Fall eine Zustimmungspflicht, ist dem die Zustimmung verweigernden Gesellschafter die Berufung auf die Unwirksamkeit des Beschlusses verwehrt (u.a. BGH, Urt. v. 28.5.1979 – II ZR 172/78, DB 1979, 1836 Tz. 23) und werden die nicht oder pflichtwidrig abgegebenen Stimmen so behandelt, als ob sie entsprechend der bestehenden Verpflichtung abgegeben worden wären (BGH, Urt. v. 5.11.1984 – II ZR 111/84, WM 1985, 195 Tz. 9 = NJW 1985, 974).

Die Klägerin wäre zur Zustimmung aufgrund der gesellschaftlichen Treuepflichten verpflichtet gewesen

[40] b) Die Klägerin wäre nach diesen Grundsätzen unter Berücksichtigung der hier gegebenen besonderen Umstände gehalten gewesen, dem Beschlussantrag der Geschäftsführung bezüglich des Objektverkaufs zuzustimmen. Es spricht – auch unter Berücksichtigung der ergänzenden Ausführungen der Klägerin – alles dafür, dass die Veräußerung an den Investor „alternativlos“ und der Klägerin auch zumutbar war.

Die Beklagte befand sich in ernsthaften wirtschaftlichen Schwierigkeiten

[41] aa) Dass sich die Beklagte in ernsthaften wirtschaftlichen Schwierigkeiten befunden hat und daher dringender Handlungsbedarf bestand, steht außer Streit. Eine drohende Zahlungsunfähigkeit bestand wegen der persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten zwar nicht. Zumindest eine vergleichbare Schieflage war jedoch gegeben. Das Fondsobjekt stand bereits – und steht noch – auf Betreiben der Kreditgeberin unter Zwangsverwaltung. Der Darlehensvertrag ist gekündigt und das Darlehen war zum Zeitpunkt der in Rede stehenden Beschlussfassung seit ca. 1,5 Jahren, nämlich seit dem 12.5.2014 zur Rückzahlung fällig. Prolongationsvereinbarungen mit der Landesbank X1 sind ebenso wenig zustande gekommen wie ein neuer Darlehensvertrag. Die lediglich mit Blick auf den angekündigten Verkauf des Fondsobjekts nochmals gestundeten Darlehensverbindlichkeiten der Beklagten gegenüber der Bank beliefen sich bereits im September 2015 auf rund 13 Mio. EUR. Eine Ablösung des Darlehens mit Drittmitteln scheidet mangels entsprechender Finanzierungsangebote anderer Kreditinstitute aus. Dem Schreiben der Treuhänderkommanditistin vom 21.9.2015, welches die Klägerin als Anlage K 5 überreicht hat, ist zu entnehmen, dass eine Umfinanzierung „trotz intensiver Bemühungen“ nicht gelungen ist. Gleiches ist dem von ihr als Anlage K 7 überreichten Protokoll der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13.10.2015 zu entneh-

men, in dem es heißt, die Geschäftsführung in Person von Herrn B4 habe die Anwesenden darüber informiert, dass eine „Ablösung der Finanzierung durch andere Banken nicht erreicht werden“ konnte. Über die zur Ablösung des Kredits erforderlichen Eigenmittel verfügt die Beklagte selbstredend nicht. Sie kann sich Eigenmittel in benötigtem Umfang auch nicht kurzfristig beschaffen. Im Zusammenhang mit der Beschlussfassung über die alternativ in Betracht gezogene (freiwillige) Darlehensgewährung seitens hierzu bereiter Gesellschafter (Top 1 der außerordentlichen Gesellschafterversammlung vom 13.10.2015) stellte sich heraus, dass auf diesem Wege wohl nur rund 1,3 Mio. EUR zu beschaffen gewesen wären. Dass dieser Betrag der Beklagten gegenüber Banken Handlungsspielräume eröffnen würde, macht die Klägerin selbst nicht geltend.

[42] Ein Investor ist hingegen bereit, das Mitte bis Ende der 1990'er Jahre zu Gesamtkosten von rund 37 Mio. DM (Seite 24 des Prospekts) fertiggestellte und in Betrieb genommene Objekt für 13 Mio. EUR zu erwerben. Dass dieser Kaufpreis vollkommen unangemessen wäre, das Fondsobjekt also geradezu „verschleudert“ werde, behauptet die Klägerin nicht. Für ein „Verschleudern“ spricht angesichts der Erwerbs- und Errichtungskosten des Anlageobjekts sowie dessen Alter und Renovierungsbedarf in Höhe von ca. 3 Mio. EUR (vgl. Anlagen K 6 und K 7) auch nichts Konkretes.

Allein die fehlende Transparenz des Verkaufsprozesses steht der Zustimmungspflicht nicht entgegen

[43] Soweit die Klägerin die fehlende Transparenz des ohne Ausschreibungsverfahren betriebenen Verkaufs kritisiert, kann dies im Ergebnis nicht verfangen. Richtig ist zwar, dass § 19 GV für den Fall der Auflösung der Gesellschaft vorsieht, dass der Beirat der Beklagten vor dem Abschluss von Verträgen über die Veräußerung von Grundbesitz darüber zu hören ist, ob der in Aussicht genommene Kaufpreis angemessen und das Interesse der Gesellschafter insgesamt gewahrt ist. Ist aber schon weder vorgebracht noch ersichtlich, dass der Kaufpreis von 13 Mio. EUR unangemessen niedrig ist, noch dass der einzigen ernsthaft in Betracht kommenden Alternative, d.h. der Auflösung der Beklagten unter Einhaltung des in § 19 GV geregelten Verfahrens, unter Berücksichtigung der Gesellschafts- und der Gesellschafterinteressen der Vorrang gebühren würde, vermag der Senat nicht anzuerkennen, dass allein die fehlende Transparenz des Verkaufsprozesses einer Zustimmungspflicht entgegensteht. Dies gilt umso mehr, wenn berücksichtigt wird, dass die Klägerin selbst nicht geltend macht, dass im Rahmen eines transparenten Ausschreibungsverfahrens ein Kaufinteressent für die – wie es das Beiratsmitglied G am 13.10.2015 ausgedrückt hat (Anlage K 7, Seite 1 letzte Zeile) – „Spezialimmobilie“ hätte gefunden werden können, der bereit gewesen wäre, einen deutlich höheren Kaufpreis zu zahlen. Nach alledem war der dringende Kapitalbedarf der Beklagten kurzfristig nicht anders als durch eine alsbaldige Veräußerung des Fondsobjekts an den bereits erwähnten Investor zu befriedigen. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang nicht zuletzt auch, dass die Beklagte für die Stundung der Rückerstattungsforde- rung nach unbestritten gebliebener Darstellung der Beklagten „einen erheblichen Überziehungszins“ zahlen muss, sodass jede Verzögerung der Rückführung des Darlehens ihr noch vorhandenes Restvermögen weiter verrin-

gert. Schließlich ist die Beschlussfassung über den Objektverkauf außerhalb der Auflösung der Gesellschaft auch im Fall des Fehlens ausreichender liquider Mittel, um die Auszahlung festgestellter Auseinandersetzungsguthaben zu ermöglichen, in § 18 Ziffer 8. GV (Anlage K 4) vorgesehen, was der Annahme einer berechtigten Erwartungshaltung der Klägerin, das Verfahren nach § 19 GV sei stets einzuhalten, entgegenstehen dürfte.

Um eine Inanspruchnahme der persönlich haftenden Gesellschafter zu vermeiden, sind die Gesellschafter aufgrund ihrer Treuepflicht zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet

[44] Hinzu kommt die Treuepflicht der Klägerin als Quasi-Kommanditistin gegenüber ihren persönlich haftenden Mitgesellschaftern, d.h. insbesondere gegenüber B3, nach Maßgabe der Grundsätze aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17.12.1959 (II ZR 81/59). Lässt sich aus den genannten Gründen anders als durch eine alsbaldige Veräußerung des Fondsobjekts die dringend notwendige Rückführung der lediglich gestundeten und somit bei Widerruf der Stundung seitens der Bank wieder fälligen Verbindlichkeiten nicht realisieren und damit am Ende auch eine Inanspruchnahme der persönlich haftenden Gesellschafter nicht vermeiden, sind die Gesellschafter unter Treuepflichtgesichtspunkten zur Mitwirkung an der schnellstmöglichen Veräußerung durch Erteilung ihrer Zustimmung verpflichtet.

Auch wenn die Vorgehensweise eine Umgehung der Regelungen über Auflösung darstellen sollte, sind die Vorteile einer Beschlussfassung über die Auflösung und Verwertung des Objekts nicht erkennbar

[45] bb) Es mag zwar sein, dass die Regelungen in § 19 GV umgangen worden sein könnten. Unabhängig davon, dass die Klägerin, die dies im ersten Rechtszug gerügt hat, selbst nicht behauptet, dass die sofortige Auflösung und Liquidation dem Willen und den Interessen der Gesellschafter überhaupt entsprochen hätte, ist zu erwähnen, dass die Einhaltung der Bestimmungen in § 19 GV keinen Selbstzweckcharakter haben kann. Entscheidend ist indes, dass nach dem klägerischen Vorbringen nicht ansatzweise erkennbar ist, welche Vorteile eine Beschlussfassung über die Auflösung der Beklagten und die Verwertung des Fondsobjekts gegenüber derjenigen über die alsbaldige Veräußerung geboten hätte. Immerhin eröffnet die beanstandete Vorgehensweise den Gesellschaftern die Möglichkeit, ohne Zeitdruck darüber zu entscheiden, ob die Beklagte erhalten und fortgeführt oder aber aufgelöst werden soll.

Alternative Sanierungsmöglichkeiten, insbesondere durch Rückforderung gewährter Ausschüttungen, wurden nicht schlüssig vorgetragen

[46] cc) Alternative Sanierungsmöglichkeiten hat die Klägerin nicht schlüssig vorgetragen. Ihre auf die Rückforderung der gewährten Ausschüttungen gestützte Argumentation überzeugt tatsächlich wie rechtlich nicht. Die Klägerin behauptet selbst nicht, dass an die Gesellschafter Ausschüttungen in einer Gesamthöhe von 13 Mio. EUR erfolgt sind. Betrachtet man nur die Prognoserechnung für die Jahre 1999 bis 2018 (Seiten 28-29 des Prospekts, Anlage K 1), ist eine solche Höhe bereits fraglich. Dass die Ausschüttungen tatsächlich wie prognostiziert erfolgt sind, wird seitens der Klägerin nicht vorgebracht. Berücksichtigt man, dass sich nach Lage der Akten die Fremdwährungs-

risiken (DM bzw. EUR/SFR) teilweise realisiert haben, weshalb die Beklagte höhere Zinsaufwendungen als prognostiziert gehabt haben dürfte, wodurch sich bei ansonsten gleichbleibenden Parametern wie insbesondere der Höhe der Pachteinahmen der zu verteilende Gewinn bzw. Liquiditätsüberschuss verringert haben muss, erscheint es nahezu ausgeschlossen, dass auf diese Weise überhaupt, erst recht kurzfristig, die benötigten 13 Mio. EUR zu beschaffen wären. Vor diesem Hintergrund scheidet eine Rückforderung der gewährten Ausschüttungen als alternative Sanierungsmöglichkeit schon deshalb aus, weil der akute Kapitalbedarf der Beklagten auf diesem Weg nicht zu befriedigen gewesen wäre.

Der Senat erkennt keine rechtliche Möglichkeit, die Ausschüttungen zurückzuverlangen

[47] In der demnach gebotenen Kürze gilt: Dass rechtlich eine Möglichkeit bestand, die gezahlten Ausschüttungen zurückzufordern, vermag der Senat auch unter Berücksichtigung der ergänzenden Ausführungen der Klägerin nicht zu erkennen. Hat der Gesellschafter seine Einlage in voller Höhe eingezahlt, ist seine Einlagenverpflichtung im Innenverhältnis, also gegenüber der Gesellschaft, erloschen. Wird dem Kommanditisten seine Einlage ganz oder teilweise zurück gewährt, gilt sie nur im Verhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft als nicht geleistet. Im Innenverhältnis, also der Gesellschaft gegenüber, tritt die Wirkung, wie der Senat bereits in seinem Hinweisbeschluss ausgeführt hat, nicht kraft Gesetzes ein, sondern nur über einen gesondert geregelten Rückgewähranspruch aus einem anderen Rechtsgrund, insbesondere aus dem Gesellschaftsvertrag oder aber einer entsprechenden vertraglichen Abrede. Ein solcher Rückzahlungsanspruch entsteht nicht schon dann, wenn an einen Kommanditisten auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages von § 169 Abs. 1 HGB nicht gedeckte Auszahlungen zu Lasten seines Kapitalanteils geleistet werden. Der Gesellschafter schuldet die Rückzahlung vielmehr nur, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht. Dem Gesellschaftsvertrag der Beklagten lässt sich jedoch schon kein den Anforderungen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Urteile vom 12.3.2013, II ZR 73/11 und II ZR 74/11 = VuR 2013, 276 (nur Ls.)) genügender Vorbehalt der Rückforderung der Ausschüttungen entnehmen. Die von der Klägerin in Bezug genommenen gerichtlichen Entscheidungen sind ganz überwiegend schon nicht einschlägig, da sie anders gelagerte Sachverhalte und abweichende gesellschaftsvertragliche Regelungen betreffen und noch dazu für den Rechtsstandpunkt der Klägerin nichts Entscheidendes hergeben, da auch sie – soweit ersichtlich – auf den soeben genannten BGH-Entscheidungen beruhen. Die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit eines sog. actus contrarius stellt sich im Übrigen vorliegend auch deshalb nicht, weil anhand des klägerischen Vorbringens bereits nicht erkennbar ist, dass die Kommanditisten der Beklagten alternativ zu der Veräußerung der Fondsimmoblie überhaupt bereit gewesen wären einen Beschluss zu fassen, nach welchem sie im Rahmen einer Sanierungsmaßnahme die empfangenen Ausschüttungen freiwillig zurückzuzahlen haben, zumal diese Maßnahme einen deutlich stärkeren Eingriff in ihre Mitgliedschaftsrechte dargestellt hätte und sie mehrheitlich bereits zur Gewährung von Gesellschafterdarlehen nicht bereit waren. Eine Verpflichtung der Kommanditisten, einen derartigen Beschluss zu fassen, nimmt selbst die Klägerin nicht an.

[48] Soweit die Klägerin sodann auf die Rückforderungsmöglichkeit aus einer Bilanzierung abstellen will, ist anzumerken, dass bereits nicht dazu vorgetragen worden ist, wie die in Rede stehenden Ausschüttungen bilanziert worden sind, sodass schon nicht feststellbar ist, dass auch Forderungen der Beklagten bilanziell ausgewiesen worden sind, d. h. eine Buchung als Eigenkapital erfolgt ist. Noch dazu hatte der Bundesgerichtshof in der von der Klägerin genannten Entscheidung vom 11.7.2017 (II ZR 127/16 = BeckRS 2017, 134220), wie sie selbst ausführt, die Frage der Anwendbarkeit des Rechtsgedankens auf eine Publikums-gesellschaft ausdrücklich offengelassen.

Auch im Sanierungsfall kann die Gesellschaft von Kommanditisten nur einen Betrag verlangen, der zusammen mit der geleisteten Pflichteinlage auf die Höhe der eingetragenen Haftsumme begrenzt ist

[49] Bei ihrer weiteren Argumentation betreffend die sog. „Sanieren oder Ausscheiden“-Rechtsprechung berücksichtigt die Klägerin nicht genügend, dass den Kommanditisten wegen seiner begrenzten Verlustdeckungspflicht gemäß § 167 Abs. 3 HGB ohnehin nur modifizierte Treuepflichten treffen, weswegen eine Erhebung von über die (Pflicht-)Einlage hinausgehenden Sanierungsbeiträgen problematisch ist. Vor diesem Hintergrund hat auch das OLG Karlsruhe in seinem von der Klägerin in Bezug genommenen Urteil vom 22.4.2016 – 4 U 226/15 (= NZG 2017, 260) (Bl. 488 ff. GA) angenommen, eine Kommanditgesellschaft könne von ihren Kommanditisten auch im Sanierungsfall nur einen Betrag verlangen, der zusammen mit der geleisteten Pflichteinlage auf die Höhe der eingetragenen Haftsumme begrenzt ist (Seite 3 d. Urteils, Bl. 490 GA). Ausführungen der Klägerin dazu, welche Beträge demnach von den Kommanditisten der Beklagten hätten gefordert werden können, fehlen.

[50] Ein Widerspruch zu dem Urteil des Kammergerichts vom 6.12.2016 (21 U 110/14, Bl. 495 ff. GA = BeckRS 2016, 128031) ergibt sich nicht, weil es hier anders als dort gerade nicht um eine „Sanieren oder Ausscheiden“-Maßnahme und den Ausschluss sanierungsunwilliger Gesellschafter geht, sondern, wenn man so will, eher um deren Vermeidung.

[51] Dass eine sofortige Liquidation der Beklagten vorzugswürdig gewesen wäre, ist schließlich nicht zu erkennen. Nicht unerwähnt bleiben kann allerdings, dass im Fall der Liquidation ohnehin besondere Voraussetzungen für eine positive Stimpfpflicht gelten würden. In der Phase der Abwicklung der Gesellschaft sind an die Pflicht der Gesellschafter, Beschlüssen über im Gesellschaftsvertrag nicht geregelte Zahlungen an die Gesellschaft aus gesellschafterlicher Treuepflicht zuzustimmen, nämlich höhere Anforderungen zu stellen als im Falle der werbenden Gesellschaft (vgl. etwa BGH, Beschluss v. 7.7.2007 – II ZR 181/06, ZIP 2017, 1988 = DStR 2017, 2021).

Der Beschluss ist auch nicht formnichtig

[52] 4. Der Beschluss der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13.10.2015 zu Top 2 vom 13.10.2015 ist auch nicht gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig. Die notarielle Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen ist nicht durch Gesetz vorgeschrieben [dazu unter a)]. Der Beschluss bedurfte auch nicht aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der notariellen Beurkundung [dazu unter b)].

Eine Beurkundungsbedürftigkeit des Beschlusses ergibt sich nicht aus §§ 179 a, 130 AktG oder aus § 53 Abs. 2 GmbHG, jeweils analog

[53] a) Rechtsgeschäfte bedürfen grundsätzlich keiner Form. Einschränkungen der Formfreiheit bedürfen daher, wie sich §§ 125 S. 1, 126, 126 a, 126 b und 128 BGB entnehmen lässt, einer gesetzlichen Grundlage. Der Beschluss der Gesellschafter einer Personenhandels-gesellschaft unterliegt nicht der notariellen Beurkundung nach §§ 36, 37 BeurkG, wie sich aus §§ 161, 119 HGB ergibt, die keine Formerfordernisse enthalten. Eine Beurkundungsbedürftigkeit des Beschlusses vom 13.10.2015 ergibt sich auch nicht aus §§ 179 a, 130 AktG oder aus § 53 Abs. 2 GmbHG jeweils in entsprechender Anwendung. § 179 a AktG enthält selbst keine Formvorschriften. Das Beurkundungserfordernis ergibt sich, was die Berufung nicht übersieht, vielmehr aus § 130 Abs. 1 AktG. Diese Vorschrift sieht für Aktiengesellschaften eine Beurkundungspflicht für solche Beschlüsse der Hauptversammlung vor, die nach dem AktG einer Dreiviertel- oder größeren Mehrheit bedürfen. Gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG muss eine durch Beschluss der Gesellschafter erfolgende Abänderung des Gesellschaftsvertrages notariell beurkundet werden. Für eine analoge Anwendung von § 130 Abs. 1 AktG oder § 53 Abs. 2 GmbHG fehlt es jedenfalls an einer planwidrigen Regelungslücke. Hierfür sprechende Anhaltspunkte zeigt die Berufung nicht auf. Es ist auch nichts dafür ersichtlich, dass die für die Personenhandels-gesellschaften geltenden Bestimmungen in Bezug auf die Form von Gesellschafterbeschlüssen eine solche Lücke enthalten. Hinzu kommt: Anders als der Gesellschaftsvertrag einer KG bedarf der Gesellschaftsvertrag der GmbH der notariellen Form, d. h. der notariellen Beurkundung gemäß §§ 8 ff. BeurkG. Dementsprechend muss auch eine durch Beschluss erfolgende Abänderung des Gesellschaftsvertrages gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG beurkundet werden, sei es gemäß §§ 36, 37 oder gemäß §§ 8 ff. BeurkG, und nach Maßgabe des § 54 GmbHG zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Vergleichbare Vorschriften fehlen in den §§ 105 ff., 161 ff. HGB.

[54] Eine Beurkundungspflicht ist, was aus Gründen der Vollständigkeit zu erwähnen ist, schließlich auch § 311 b Abs. 3 BGB nicht zu entnehmen. Unabhängig von dem Verständnis des Beschlussinhalts ist anerkannt, dass die Vorschrift nicht gilt, wenn der Gegenstand angeführt ist und zwar auch dann nicht, wenn der Gegenstand praktisch das gesamte Vermögen ausmacht (BGH, Urt. v. 30.10.1990 – IX ZR 9/90, ZIP 1990, 1544 Tz. 36 (= NJW 1991, 353) unter Hinweis auf BGHZ 25, 4 u. a.).

Auch dem Gesellschaftsvertrag ist kein Erfordernis der notariellen Beurkundung zu entnehmen

[55] b) Ein Formerfordernis der notariellen Beurkundung ist auch dem Gesellschaftsvertrag der Beklagten nicht zu entnehmen. Dieser sieht in § 22 Ziffer 1. für Änderungen und Ergänzungen des Gesellschaftsvertrages nur die Einhaltung der Schriftform vor. Auch Beschlüsse, die unmittelbar den Gesellschaftsvertrag berühren oder die Grundlagen der Gesellschaft konkretisieren, sind als normale Abänderungsverträge der Gesellschafter zu qualifizieren. Da schon Änderungen und Ergänzungen des Gesellschaftsvertrages der Beklagten nach § 22 Ziffer 2. nur der Schriftform bedürfen, fehlt es an Anhaltspunkten für den Willen der Gesellschafter, dass für einen Beschluss wie den im

Streit stehenden das strengere Formerfordernis der notariellen Beurkundung gelten soll.

III.

[56] Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

[57] Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

[58] Gründe, die Revision zuzulassen, § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, liegen nicht vor. Es handelt sich um eine Entscheidung, die auf der tatrichterlichen Würdigung der Einzelfallumstände und der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung, von der nicht abgewichen wird, beruht. Grundsätzliche Bedeutung kommt den entscheidungserheblichen Rechtsfragen nicht zu. Die – abstrakten – Kriterien der gesellschaftlichen Treuepflicht im Zusammenhang mit der Beschlussfassung der Gesellschafter sind geklärt. Ob der Gesellschafter, gemessen an diesen abstrakten Kriterien, aus gesellschaftlicher Treuepflicht zu einem bestimmten Abstimmungsverhalten verpflichtet ist, ist jeweils eine Frage des Einzelfalles. Der Zulassungsgrund der Divergenz liegt ebenfalls nicht vor. Abweichungen von den zitierten Entscheidungen der Instanzgerichte ergeben sich aus den jeweils genannten Gründen nicht.

[59] Streitwert des Berufungsverfahrens: 5.100,00 EUR

[60] Maßgeblich ist nach § 247 AktG analog die Bedeutung der Sache für die Parteien. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen in dem im Beschwerdeverfahren ergangenen Beschluss des Senats vom 23.10.2017 (6 W 66/16) verwiesen. ■

8. Steuerrecht – Zur Anwendung der Drei-Objekt-Grenze bei unentgeltlichem Immobilienerwerb

(BFH, Urteil vom 23.8.2017 – X R 7/15)

EStG § 15 Abs. 2

1. Die Veräußerung ererbter oder geschenkter Grundstücke ist dann als Zählobjekt der sog. Drei-Objekt-Grenze zu berücksichtigen, wenn der Steuerpflichtige erhebliche Aktivitäten zur Verbesserung der Verwertungsmöglichkeiten entfaltet hat (Bestätigung des BFH-Urteils vom 20. April 2006 III R 1/05, BFHE 214, 31, BStBl II 2007, 375).
2. Hinsichtlich der Frage des Überschreitens der sog. Drei-Objekt-Grenze kommt die Einbeziehung einer dem Ehegatten geschenkten Eigentumswohnung dann in Betracht, wenn der übertragende Steuerpflichtige – bevor er den Schenkungsentschluss fasst – die (zumindest bedingte) Absicht hatte, auch dieses Objekt am Markt zu verwerten (Bestätigung des Senatsurteils vom 18. September 2002 X R 183/96, BFHE 200, 293, BStBl II 2003, 238).

Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des BFH befasst sich mit der Anwendung der Drei-Objekt-Grenze zur Annahme gewerblichen Grundstückshandels, deren Vorliegen für den Veräußerer einer Immobilie von Relevanz sein kann.

Die Veräußerung von Grundstücken kann in zweierlei Hinsicht einkommensteuerliche Bedeutung erlangen. Einerseits ist die Spekulationsfrist des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG zu beachten. Danach ist die Veräußerung von privat gehaltenen Immobilien, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre beträgt und die nicht iSd § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 3 EStG zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurden, der Einkommensteuer unterworfen. Das Gleiche gilt für die Veräußerung von betrieblichen Grundstücken, wobei es insoweit allerdings keine steuervermeidenden Haltefristen gibt (vgl. § 4 Abs. 1 und 3 EStG). Angesichts dessen kann es für die Frage der Steuerbarkeit von entscheidender Bedeutung sein, ob sich die Grundstücksveräußerung im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung bewegt oder ob bereits ein gewerblicher Grundstückshandel begründet wird. Ein Gewerbe ist nach § 15 Abs. 2 EStG anzunehmen bei einer selbständigen nachhaltigen Betätigung, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbständige Arbeit anzusehen ist. Zur Abgrenzung von der privaten Vermögensverwaltung (vgl. GrSBFH Mitt-BayNot 2002, 217: negatives Tatbestandsmerkmal des § 15 Abs. 2 EStG) hat die Rechtsprechung die sog. Drei-Objekt-Grenze entwickelt (BFH MittRhNotK 1987, 83). Danach ist ein gewerblicher Grundstückshandel indiziert, wenn innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs von in der Regel nicht mehr als fünf Jahren zwischen Anschaffung und Veräußerung mehr als drei Objekte wieder veräußert werden (BFH DStR 1999, 1263 [1264]; Kirchhof/Reiß, EStG, 16. Aufl. 2017, § 15 Rn. 118). Es wird dann vermutet, dass schon bei Anschaffung des ersten Objekts eine bedingte Veräußerungsabsicht bestand, die zur Annahme eines gewerblichen Grundstückshandels führt (BFH BB 2000, 396 [397]; Blümich/Bode, EStG, Stand 09/2016, § 15 Rn. 174). Die Drei-Objekt-Regel ist dabei nicht starr anzuwenden: trotz ihrer Einschlägigkeit kann in Ausnahmefällen Gewerblichkeit ausscheiden (vgl. BFH X R 170/87, juris) und ebenso kann auch unterhalb der maßgeblichen Schwelle auf Grund der Umstände des Einzelfalles die private Vermögensverwaltung überschritten sein (vgl. BFH BeckRS 2009, 25015079). Umstritten ist die Behandlung von Objekten, die im Wege der Schenkung angeschafft und/oder veräußert wurden. Die Finanzverwaltung möchte geschenkte Immobilien sowohl auf Erwerbs- wie auf Veräußerungsseite ohne weiteres als vollwertige Objekte berücksichtigen (BMF DStR 2004, 632, Tz. 9). Rechtsprechung und Literatur scheiden solche Immobilien dagegen grundsätzlich aus der Betrachtung aus (BFH DStR 2006, 2209 [2211]; Schmidt/Wacker, EStG, 32. Aufl. 2013, § 15 Rn. 57; Kirchhof/Reiß, EStG, 16. Aufl. 2017, § 15 Rn. 123). Anderes soll jedoch gelten, wenn ein Fall des § 42 AO (Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten) vorliegt oder wenn etwa nach unentgeltlicher Anschaffung erhebliche Aufwendungen zur Wertverbesserung durch den Steuerpflichtigen getätigt wurden (BFH DStR 2006, 2209 [2211]; Herrmann/Heuer/Raupach/Buge, EStG, Stand 08/2017, § 15 Rn. 1132).

Die Entscheidung des BFH liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung. Wegen erheblicher Wertverbesserungen war ein vom Steuerpflichtigen unentgeltlich

erworbener hälftiger Miteigentumsanteil als Erwerbsobjekt zu zählen. Weil von Beginn an eine bedingte Veräußerungsabsicht auf Seiten des Steuerpflichtigen bestanden habe, sei es auch unerheblich, dass ein Objekt zwischenzeitlich unentgeltlich auf dessen Ehefrau übertragen wurde (vgl. zu dieser Konstellation auch BFH DStR 2003, 195 [199]).

Für die Beteiligten hat die vom Steuerberater zu klärende Frage des Erreichens der Drei-Objekt-Grenze nicht lediglich einkommensteuerrechtliche Bedeutung. Denn bei Überschreiten privater Vermögensverwaltung unterliegt der dadurch begründete Gewerbebetrieb nach § 2 Abs. 1 GewStG auch automatisch der Gewerbesteuer (vgl. BeckRS 2017, 138518).

Die Schriftleitung (TH)

Aus den Gründen:

A.

[1] Der 1940 geborene Kläger, Revisionskläger und Revisionsbeklagte (Kläger) und die 1966 geborene Klägerin, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) sind seit 2001 verheiratet. Sie haben Gütertrennung vereinbart. In den Streitjahren 2004 und 2005 wurden sie zusammen zur Einkommensteuer veranlagt.

[2] Der Kläger hatte 1992 den hälftigen Miteigentumsanteil an dem mit einem Mehrfamilienhaus bebauten Grundstück S-Straße in F (Grundstück) von seiner Tante zum Kaufpreis von 225.000 DM erworben. Im Jahr 2000 erhielt er von seiner Mutter den anderen Miteigentumsanteil unentgeltlich im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. Der Kläger begann im Jahr 2001 mit einer Generalsanierung des Gebäudes, die im Wesentlichen Anfang 2004 abgeschlossen war. Im Jahr 2003 hatte der Kläger das Gebäude in fünf Eigentumswohnungen aufgeteilt.

[3] Zunächst bemühte sich eine von ihm beauftragte Immobilienfirma um die Vermietung der Wohnungen. Nachdem ihre Bemühungen erfolglos blieben, schrieb sie dem Kläger im Juli 2004, sie könne Verständnis dafür aufbringen, dass der Kläger die Wohnungen aufgrund der getätigten Investitionen nicht zu den momentan erzielbaren Mieten abgeben wolle. Sie führte dann wörtlich aus: „Bitte lassen Sie uns deswegen nochmals ausführen – auch wenn dies gegen Ihr Gefühl um Ihr Elternhaus geht, das wir nicht verletzen wollen – dass wir Ihnen vorschlagen, zumindest die unteren 4 Wohnungen zu verkaufen.“ Daraufhin erteilte der Kläger den Auftrag zum Nachweis bzw. zur Vermittlung von Interessenten „zum Verkauf des nachfolgenden Objekts S-Straße in F“. Im Internet bot die Immobilienfirma in der Folgezeit vier hochwertig sanierte Wohnungen in der S-Straße in F an.

[4] Der Kläger veräußerte in dem Zeitraum von August 2004 bis November 2004 drei Eigentumswohnungen und schenkte der Klägerin im Januar 2005 die nicht veräußerte vierte Eigentumswohnung im Erdgeschoss. Die fünfte Eigentumswohnung im Dachgeschoss wurde und wird teilweise vom Kläger selbst genutzt. Seit 2005 hat er einen anderen Teil der Wohnung im Rahmen einer Betriebsaufspaltung an die P GmbH vermietet.

[5] Die Klägerin beauftragte einen Makler Anfang 2005 zunächst mit der Suche nach einem Mieter und ab April

2005 nach einem Käufer für die ihr geschenkte Eigentumswohnung. Im August 2005 veräußerte sie diese für 370.000 €.

[6] Im Rahmen einer Betriebsprüfung vertrat die Prüferin unter Bezugnahme auf Rz. 9 des Schreibens des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) vom 26. März 2004 IV A 6-S 2240-46/04 (BStBl I 2004, 434) die Auffassung, die von der Klägerin veräußerte Eigentumswohnung sei als Zählobjekt in den gewerblichen Grundstückshandel des Klägers einzubeziehen, da der Kläger bereits mit Erteilung des Verkaufsauftrags die unteren vier Eigentumswohnungen zum Verkauf angeboten habe. Dementsprechend änderte der Beklagte, Revisionsbeklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) die Einkommensteuerbescheide 2004 und 2005 und legte für 2004 Einkünfte des Klägers aus Gewerbebetrieb in Höhe von 448.843 € sowie für 2005 Einkünfte der Klägerin aus Gewerbebetrieb in Höhe von 135.245 € der Besteuerung zugrunde.

[7] Im Einspruchsverfahren machten die Kläger im Wesentlichen geltend, die Veräußerung der drei Wohnungen durch den Kläger und der einen Wohnung durch die Klägerin habe angesichts der vom Bundesfinanzhof (BFH) entwickelten sog. Drei-Objekt-Grenze weder zu einem gewerblichen Grundstückshandel des Klägers noch zu einem gewerblichen Grundstückshandel der Klägerin geführt. Wegen der zwischen den Beteiligten unstrittigen höheren Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung wies das FA gemäß § 367 Abs. 2 der Abgabenordnung (AO) auf eine mögliche Verböserung hin und vertrat im Hinblick auf den gewerblichen Grundstückshandel die Ansicht, in die Prüfung der sog. Drei-Objekt-Grenze seien auch Grundstücke einzubeziehen, die im Wege der vorweggenommenen Erbfolge oder durch Schenkung übertragen und vom Rechtsnachfolger in einem zeitlichen Zusammenhang veräußert würden. Es wies die Einsprüche der Kläger als unbegründet zurück und erhöhte die Einkommensteuer für 2004 auf 196.842 € und für 2005 auf 65.861 €.

[8] Die Kläger trugen zur Begründung ihrer Klage vor, es könne weder von einem ehgattenübergreifenden gewerblichen Grundstückshandel ausgegangen werden noch liege ein Missbrauch der Gestaltungsmöglichkeiten vor. Zudem sei der Veräußerungsgewinn als überhöht anzusehen, da ein zu geringer Grundstücks- und Gebäudewert der Immobilie angesetzt worden sei, wie u. a. das im Klageverfahren vorgelegte Verkehrswertgutachten aus dem Jahr 1999 zeige.

[9] Das Finanzgericht (FG) hat den Klägern mit dem in Deutsches Steuerrecht/Entscheidungsdienst 2016, 1481 veröffentlichten Urteil teilweise Recht gegeben. Es war zwar der Auffassung, in Bezug auf die vier veräußerten Eigentumswohnungen habe ein die private Vermögensverwaltung überschreitender gewerblicher Grundstückshandel vorgelegen, so dass für beide Streitjahre Einkünfte aus Gewerbebetrieb anzusetzen seien. Soweit das FA allerdings unter Hinweis auf Rz. 9 Satz 3 des BMF-Schreibens in BStBl I 2004, 434 die Ansicht vertreten habe, die Klägerin sei durch die Veräußerung der Eigentumswohnung im Streitjahr 2005 gewerbliche Grundstückshändler geworden, sei dem mangels einer Rechtsgrundlage für eine solche Zurechnung nicht zu folgen. Es sei vielmehr von einem „Vier-Objekt-Handel“ des Klägers auszugehen. In Bezug auf das vierte Objekt lägen bei ihm gewerbliche Einkünfte zum einen vor, weil sich seine bedingte Veräußerungsabsicht nach Maßgabe der Verkaufsanzeige auf die vier

veräußerten Eigentumswohnungen bezogen habe. Damit habe auch die von der Klägerin veräußerte Eigentumswohnung zu seinem Betriebsvermögen gehört und sei im Streitjahr 2005 vom Kläger aufgrund der Schenkung entnommen worden. Zum anderen stelle sich der tatsächliche Geschehensablauf in Bezug auf das vierte Objekt (Schenkungsobjekt) sowie zeitnahe Veräußerung durch die Klägerin letztlich so dar, dass der diesbezügliche Gewinn unter Anwendung des § 42 AO dem Kläger im Streitjahr 2005 zuzurechnen sei. Dennoch sei die Klage in Bezug auf beide Streitjahre teilweise begründet, weil die angesetzten Einkünfte aus Gewerbebetrieb – worüber die Beteiligten im Klageverfahren letztlich Einvernehmen erzielt hätten – überhöht gewesen seien.

[10] Die Kläger begründen ihre Revision mit der Verletzung materiellen Rechts. Das FG habe die Voraussetzungen eines gewerblichen Grundstückshandels zu Unrecht bejaht. Zwar habe es zutreffend erkannt, dass bei der Klägerin ein gewerblicher Grundstückshandel nicht angenommen werden könne. Es verbiete sich aber die Annahme eines „Vier-Objekt-Handels“ bei dem Kläger durch Einbeziehung der an die Klägerin verschenkten Eigentumswohnung.

[11] Beim Kläger sei im Hinblick auf die verschenkte Eigentumswohnung nicht von einer bedingten Veräußerungsabsicht auszugehen. Ähnlich wie in dem Sachverhalt, der dem Urteil des BFH vom 6. August 1998 III R 227/94 (BFH/NV 1999, 302) zugrunde gelegen habe, sei auch in diesem Verfahren der Schluss von etwaigen Verkaufsanzeigen bzw. Makleraufträgen auf eine bedingte Veräußerungsabsicht nicht möglich. Der streitgegenständliche Sachverhalt zeichne sich dadurch aus, dass es sich bei der Schenkung des Klägers an die Klägerin um eine ehebedingte Zuwendung zur langfristigen Absicherung der Ehefrau gehandelt habe. Über die Art und Weise der späteren Verwendung der geschenkten Eigentumswohnung habe einzig die Klägerin entschieden. Der Kläger habe damit bereits denklogisch keine Veräußerungsabsicht hinsichtlich dieser Eigentumswohnung haben können. Auch vor seinem Entschluss, die Eigentumswohnung der Klägerin zu schenken, habe sich sein Veräußerungsentschluss nur auf drei der fünf ihm gehörenden Eigentumswohnungen erstreckt. Nichts anderes folge aus dem Schreiben des von ihm beauftragten Maklerbüros aus dem Juli 2004. Zwar enthalte dieses den Vorschlag, „zumindest die unteren vier Wohnungen zu verkaufen“. Dieser Vorschlag sei indes lediglich dem Umstand geschuldet gewesen, dass der Kläger das Maklerbüro ursprünglich mit der Vermietung sämtlicher Eigentumswohnungen betraut habe. Erst nachdem die Vermietungsbemühungen fehlgeschlagen seien, habe sich der Kläger zur Veräußerung von drei Eigentumswohnungen entschlossen. Eine der Eigentumswohnungen habe in seinem Eigentum verbleiben sollen, außerdem habe er beabsichtigt, eine der Wohnungen zwecks langfristiger Absicherung seiner Ehefrau zuzuwenden. Die Entscheidung, welche drei der insgesamt fünf Eigentumswohnungen veräußert würden, habe „der Markt“ treffen sollen.

[12] Das Vorliegen einer bedingten Veräußerungsabsicht sei auch – entgegen der Auffassung des FA – revisionsrechtlich überprüfbar. Allein die Tatsachen, welche Grundlage für die rechtlichen Schlussfolgerungen seien, stünden für sich im Lichte des § 118 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) fest. Etwas anderes gelte jedoch für die an diese Tatsachen geknüpften rechtlichen Schlussfol-

gerung – Bejahung einer zumindest bedingten Veräußerungsabsicht –, die der Kontrolle des Revisionsgerichts unterliege.

[13] In Bezug auf den im Urteil ebenfalls bejahten Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten tragen die Kläger vor, das FG habe zu Unrecht angenommen, dass außer der Steuervermeidung keine anderen hinreichenden Gründe zu erkennen seien, welche die unentgeltliche Übertragung der Eigentumswohnung auf die Klägerin vor einem Weiterverkauf als sinnvoll erscheinen ließen. Es habe verkannt, dass die schenkweise Übertragung der Eigentumswohnung zuvorderst der langfristigen Absicherung der Klägerin und deren Vermögensaufbau gedient habe, da ihr bei Beendigung des Güterstandes kein Zugewinn ausgleich zustehen würde. Dabei sei insbesondere der erhebliche Altersunterschied zwischen den Klägern zu berücksichtigen.

[14] Die Kläger beantragen sinngemäß,

das angefochtene Urteil aufzuheben und den Einkommensteuerbescheid für 2004 vom 9. Juli 2009 sowie den Einkommensteuerbescheid für 2005 vom 20. Juli 2009 jeweils in der Fassung der Einspruchsentscheidungen vom 22. August 2012 dahingehend zu ändern, dass die mit der Veräußerung der Eigentumswohnungen des Objekts S-Straße in F erzielten Gewinne nicht als Einkünfte aus Gewerbebetrieb behandelt werden und die Revision des FA zurückzuweisen.

[15] Das FA beantragt,

die Revision der Kläger zurückzuweisen sowie das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

[16] Das FG habe rechtsfehlerfrei die zumindest bedingte Veräußerungsabsicht des Klägers hinsichtlich aller vier Eigentumswohnungen festgestellt. An die tatrichterliche Sachverhaltswürdigung und damit an die Bejahung der Veräußerungsabsicht als Feststellung einer (inneren) Tatsache sei der BFH als Revisionsgericht gemäß § 118 Abs. 2 FGO gebunden.

[17] Zur Begründung der eigenen Revision führt das FA aus, dass – falls der erkennende Senat die Auffassung bestätige, das Vorliegen der bedingten Veräußerungsabsicht sei als Tatsachenfeststellung wegen § 118 Abs. 2 FGO einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht zugänglich – für die Anwendung der Rz. 9 im BMF-Schreiben in BStBl I 2004, 434 kein Raum bleibe. Durch die Zuordnung der vierten Wohnung zum Umlaufvermögen des gewerblichen Grundstückshandels des Klägers komme es aufgrund der unentgeltlichen Übertragung der Eigentumswohnung zwangsläufig zu einer erfolgswirksamen Entnahme des Objekts und infolgedessen zu einer Versteuerung des Veräußerungs-/Entnahmegewinns auf der Ebene des Klägers und nicht – wie Rz. 9 des BMF-Schreibens verlange – zur Versteuerung des Veräußerungsgewinns bei der Klägerin.

[18] Folge der Senat der hier vertretenen Sichtweise in Bezug auf die Anwendung des § 118 Abs. 2 FGO, werde anheimgestellt, die Revision zurückzunehmen.

[19] Die Revision der Kläger wird als unbegründet zurückgewiesen (§ 126 Abs. 2 FGO, unter I.) und die Revision des FA als unzulässig verworfen (§ 126 Abs. 1 FGO, unter II.).

I.

[20] Das FG hat mit einer revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Begründung einen gewerblichen Grundstückshandel des Klägers bejaht. Es hat zutreffend entschieden, dass die an die Klägerin verschenkte Eigentumswohnung in die Beurteilung des gewerblichen Grundstückshandels des Klägers einzubeziehen ist, weil er – bevor er sich dazu entschlossen hatte, dieses Objekt unentgeltlich auf die Klägerin zu übertragen – die (zumindest bedingte) Absicht hatte, auch dieses Objekt am Markt zu verwerten (unter 1.). Das FG hat zudem zu Recht die Auffassung des FA abgelehnt, die Klägerin sei ihrerseits im Streitjahr 2005 gewerbliche Grundstückshändlerin gewesen (unter 2.).

[21] 1. Gewerbebetrieb i. S. des § 15 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) ist eine selbständige, nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn sie weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbständige Arbeit anzusehen ist. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung das negative Erfordernis aufgestellt, dass es sich bei der Tätigkeit nicht um private Vermögensverwaltung handeln darf.

Gewerblicher Grundstückshandel ist anzunehmen, wenn die Umschichtung von Vermögenswerten gegenüber der Fruchtziehung in den Vordergrund tritt

[22] a) Nach ständiger Rechtsprechung des BFH wird die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb überschritten, wenn (bei Vorliegen der in § 15 Abs. 2 EStG genannten Voraussetzungen) nach dem Gesamtbild der Betätigung und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung von Grundbesitz im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten (z.B. durch Selbstnutzung oder Vermietung) entscheidend in den Vordergrund tritt (Beschlüsse des Großen Senats des BFH vom 25. Juni 1984 GrS 4/82, BFHE 141, 405, BStBl II 1984, 751; vom 3. Juli 1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617; vom 10. Dezember 2001 GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl II 2002, 291 = MittBayNot 2002, 217).

Zur Konkretisierung ist die Drei-Objekt-Grenze heranzuziehen

[23] Zur Konkretisierung dieser Unterscheidung hat der BFH die sog. Drei-Objekt-Grenze eingeführt. Sie besagt, dass grundsätzlich kein gewerblicher Grundstückshandel vorliegt, sofern weniger als vier Objekte veräußert werden. Je geringer der Umfang von Anschaffungen und Veräußerungen ist, desto weniger ist anzunehmen, dass der Zweck der Vermögensmehrung durch Umschichtung (Ausnutzung substantieller Vermögenswerte) im Vordergrund steht. Eine zahlenmäßige Begrenzung auf drei Wohneinheiten trägt der gebotenen Vereinfachung Rechnung. Werden hingegen innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs – in der Regel fünf Jahre – zwischen Anschaffung bzw. Errichtung und Verkauf mindestens vier Objekte veräußert, kann von einem gewerblichen Grundstückshandel ausgegangen werden, weil die äußeren Umstände den Schluss zulassen, dass es dem Steuerpflichtigen auf die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung ankommt (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 13. August 2002 VIII R 14/99, BFHE 199, 551, BStBl II 2002, 811, unter 1.b aa, m.w.N.).

Dabei ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen

[24] Ob eine private Vermögensverwaltung oder ein gewerblicher Grundstückshandel vorliegt, ist vom FG aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden (ständige BFH-Rechtsprechung, vgl. z.B. Urteil vom 14. Januar 2004 IX R 88/00, BFH/NV 2004, 1089, unter II.2., m.w.N.).

[25] b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das FG einen gewerblichen Grundstückshandel des Klägers bejaht hat, obwohl er den hälftigen Grundstücksanteil von seiner Mutter unentgeltlich erworben, seinerseits nur drei Objekte veräußert und ein viertes Objekt verschenkt hat.

Es kann dahinstehen, ob geschenkte Immobilien beim Erwerber grundsätzlich mitzuzählen sind

[26] aa) Im Hinblick auf den Erwerb des hälftigen Grundstücksanteils von der Mutter im Wege der vorweggenommenen Erbfolge kann es der erkennende Senat im Streitfall dahingestellt sein lassen, ob die Veräußerung eines Objekts, das unentgeltlich erworben wurde, grundsätzlich als Zählobjekt angesehen werden kann (bejahend BMF-Schreiben in BStBl I 2004, 434, Rz. 9) oder grundsätzlich – vorbehaltlich des § 42 AO – unberücksichtigt zu bleiben hat (so BFH-Urteil vom 20. April 2006 III R 1/05, BFHE 214, 31, BStBl II 2007, 375, unter II.2.d; s.a. z.B. Schmidt/Wacker, EStG, 36. Aufl., § 15 Rz 57; Desens/Blischke, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 15 Rz. B 63; Reiß in Kirchhof, EStG, 16. Aufl., § 15 Rz 123; Blümich/Bode, § 15 EStG Rz. 176; Söffing, Deutsches Steuerrecht 2004, 793; Steiner, Der Erbschaft-Steuer-Berater 2006, 84; Vogelgesang, Die Steuerberatung 2005, 116).

Sie gelten jedenfalls dann als Zählobjekte, wenn der Erwerber erhebliche Aktivitäten zur Verbesserung der Verwertungsmöglichkeiten entfaltet hat

[27] Die Veräußerung ererbter oder geschenkter Grundstücke ist nämlich zumindest dann als gewerblich anzusehen und damit als Zählobjekt zu beachten, wenn erhebliche weitere Aktivitäten zur Verbesserung der Verwertungsmöglichkeiten entfaltet wurden (so auch BFH-Urteil in BFHE 214, 31, BStBl II 2007, 375, unter II.2.d). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall gegeben. Der Kläger hat das Gebäude, das er zur Hälfte im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erlangt hat, von 2001 bis Anfang 2004 umfangreich saniert und insofern erst die Voraussetzung für den Verkauf geschaffen.

[28] Für die Beurteilung des erforderlichen zeitlichen Zusammenhangs ist bei einer solchen Konstellation nicht auf den Zeitraum zwischen Eigentumserwerb und Veräußerung abzustellen; vielmehr kommt es für die Berechnung der Drei-Objekt-Grenze dann darauf an, dass – wie im Streitfall gegeben – weniger als fünf Jahre zwischen der wertsteigernden Maßnahme (Abschluss der Sanierung Anfang 2004) und der Verwertung (2004 und 2005) liegen (s.a. BFH-Urteil vom 5. Dezember 2002 IV R 57/01, BFHE 201, 169, BStBl II 2003, 291, unter II.2.b).

[29] bb) Das FG hat im Streitfall ebenfalls zu Recht die Schenkung des vierten Grundstücks an die Klägerin ausnahmsweise als Zählobjekt bei dem gewerblichen Grundstückshandel des Klägers behandelt.

Grundsätzlich sind verschenkte Immobilien beim Veräußerer nicht zu berücksichtigen

[30] (1) Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung sind zwar vom Steuerpflichtigen verschenkte Objekte bzw. solche, mit deren Weitergabe kein Gewinn erzielt werden soll, in die Betrachtung, ob die Drei-Objekt-Grenze überschritten ist, grundsätzlich nicht mit einzubeziehen (BFH-Entscheidungen vom 14. März 1989 VIII R 373/83, BFHE 158, 214, BStBl II 1990, 1053, unter 3.; vom 7. März 1996 IV R 2/92, BFHE 180, 121, BStBl II 1996, 369, unter I.3.c; vom 9. Mai 1996 IV R 74/95, BFHE 181, 19, BStBl II 1996, 599, unter II.; in BFH/NV 1999, 302, unter 1.; in BFHE 199, 551, BStBl II 2002, 811, unter 1.b bb; vom 17. Oktober 2002 X B 13/02, BFH/NV 2003, 162, unter 2.; vom 18. September 2002 X R 183/96, BFHE 200, 293, BStBl II 2003, 238, unter II.3.b dd; in BFHE 209, 320, BStBl II 2005, 817, unter B. II.2.a).

Lediglich in Ausnahmefällen kann eine abweichende Betrachtung geboten sein

[31] Von diesem Grundsatz hat die Rechtsprechung allerdings Ausnahmen gemacht. So kann in der Einschaltung naher Angehöriger in „eigene“ Grundstücksgeschäfte des Steuerpflichtigen ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts liegen (s. z.B. BFH-Urteile in BFH/NV 1999, 302, unter 2.; in BFHE 209, 320, BStBl II 2005, 817, unter B. II.2.b). Ebenso kann die Weiterveräußerung geschenkter Objekte dem Schenker zugeordnet werden, wenn dieser nach dem Gesamtbild der Verhältnisse das „Geschehen beherrscht hat“ und ihm selbst der Erlös aus den Weiterveräußerungen zugeflossen ist (s. z.B. Senatsentscheidungen in BFH/NV 2003, 162, unter 2., und in BFHE 209, 320, BStBl II 2005, 817, unter B. II.2.c und d). Auch können die unentgeltlichen Übertragungen nach den Grundsätzen über die steuerliche Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen als unbeachtlich zu qualifizieren sein oder nicht anerkannt werden, wenn sie auf sog. Strohmann-Geschäften bzw. Scheingeschäften i.S. von § 41 Abs. 2 AO beruhen (vgl. Senatsurteil in BFHE 200, 293, BStBl II 2003, 238, unter II.3.c, m.w.N.).

Das Objekt ist jedenfalls dann einzubeziehen, wenn der Veräußerer vor der Schenkung eine (zumindest bedingte) entgeltliche Veräußerungsabsicht hatte

[32] Hiervon unabhängig kommt nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats eine Einbeziehung der an Angehörige schenkweise übertragenen Objekte hinsichtlich der Frage des Überschreitens der Drei-Objekt-Grenze zudem dann in Betracht, wenn der übertragende Steuerpflichtige – bevor er sich dazu entschließt, das Objekt unentgeltlich zu übertragen – die (zumindest bedingte) Absicht besessen hat, auch diese Objekte am Markt zu verwerten (Urteil in BFHE 200, 293, BStBl II 2003, 238, unter II.3.b dd; ebenso BMF-Schreiben in BStBl I 2004, 434, Rz 11).

Eine solche bedingte Veräußerungsabsicht lag beim Schenker vor

[33] (2) Das FG hat diese höchstrichterliche Rechtsprechung zutreffend seinem Urteil zugrunde gelegt und für den Streitfall festgestellt, dass die Voraussetzungen der letztgenannten Ausnahme erfüllt sind. Die Sachverhaltswürdigung, der Kläger habe eine (zumindest bedingte) Veräußerungsabsicht auch in Bezug auf das vierte Objekt bereits vor seinem Entschluss besessen, dieses der Klägerin

zu schenken, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

[34] (a) Ob Tatsachen gegeben sind, die für eine bedingte Veräußerungsabsicht sprechen, hat das FG jeweils im Einzelfall zu prüfen. Welche Tatsachen für eine Widerlegung geeignet sind und welches Gewicht ihnen für die Entscheidung des Streitfalls beizumessen ist, ist Gegenstand der Tatsachen- und Beweiswürdigung des FG. Erscheint das vom FG aufgrund der festgestellten – und nicht mit zulässigen und begründeten Verfahrensrügen angegriffenen – Tatsachen gewonnene Ergebnis zumindest als möglich, genügt dies, um einer revisionsgerichtlichen Prüfung standzuhalten (Senatsbeschluss vom 12. September 2007 X B 192/06, BFH/NV 2008, 68, unter 2., m.w.N.). Denn die Tatsachen- und Beweiswürdigung des FG bindet nach § 118 Abs. 2 FGO den BFH, auch wenn sie nicht zwingend, sondern nur möglich ist. Das gilt nur dann nicht, wenn sie in sich widersprüchlich, lückenhaft oder unklar ist, gegen Denkgesetze oder gesichertes Erfahrungswissen verstößt oder ihr zu hohe oder zu geringe Anforderungen an die Überzeugungsbildung zu Grunde liegen (BFH-Urteil vom 30. September 2010 IV R 44/08, BFHE 233, 28, BStBl II 2011, 645, Rz. 34, m.w.N.).

[35] (b) Das FG hat seine Würdigung, der Kläger habe auch im Hinblick auf die vierte Eigentumswohnung eine zumindest bedingte Veräußerungsabsicht gehabt, aus der im Internet veröffentlichten Verkaufsanzeige in Bezug auf vier Wohnungen sowie aus dem Gegenschluss zur Aussage des Klägers in der mündlichen Verhandlung abgeleitet, er habe (nur) in Bezug auf die Dachgeschosswohnung die unbedingte Absicht gehabt, diese zu behalten. Dem Vorbringen der Kläger, der Kläger habe nur drei der vier Wohnungen verkaufen wollen, ist es mit der Begründung nicht gefolgt, diese Einschränkung des Maklervertrages sei der Aktenlage nicht zu entnehmen. Diese Gesamtwürdigung, die auf die nach außen gerichteten Verkaufsaktivitäten und nicht auf den behaupteten, für Dritte nicht erkennbaren inneren Vorbehalt des Klägers abstellt, ist möglich und nachvollziehbar, so dass im Einzelfall eine bedingte Veräußerungsabsicht des Klägers angenommen werden kann.

[36] (c) Dass die bedingte Veräußerungsabsicht des Klägers in Bezug auf die vierte Eigentumswohnung bereits zu einem Zeitpunkt gegeben war, bevor er sich entschieden hat, die vierte Eigentumswohnung zu verschenken, begründet das FG – ebenfalls gut nachvollziehbar – mit den Aussagen der Kläger in der mündlichen Verhandlung, die es zutreffend würdigt. Dort haben nämlich sowohl der Kläger als auch die Klägerin bekundet, sie könnten nicht genau zeitlich benennen, ab wann in Bezug auf die Eigentumswohnung im Erdgeschoss die Absicht bestanden habe, diese der Klägerin zu schenken. Dazu haben sie wörtlich ausgesagt: „Es dürfte aber im Zusammenhang mit der Durchführung dieser Schenkung gewesen sein, also nicht sehr viele Monate oder Jahre vorher.“

[37] Hierin liegt im Übrigen auch der entscheidende Unterschied zu dem von den Klägern angeführten BFH-Urteil in BFH/NV 1999, 302. In dem dortigen Rechtsstreit hatte das FG festgestellt, es seien keine ausreichenden Indizien gegeben, die die Behauptung des Klägers widerlegen könnten, dieser habe die Wohnung von vornherein unentgeltlich auf seine Ehefrau übertragen wollen.

[38] c) Demzufolge stellt die unentgeltliche Übertragung der vierten Eigentumswohnung auf die Klägerin im Streit-

jahr 2005 bei dem Kläger eine mit dem Teilwert zu erfassende gewinnrealisierende Entnahme dar (§ 4 Abs. 1 Satz 2, § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 EStG).

[39] Es bestehen keine Bedenken gegen die vom FG ermittelte – und zwischen den Beteiligten unstrittige – Höhe sowohl der gewerblichen Einkünfte des Jahres 2004 als auch des Entnahmegewinns 2005.

Ein gewerblicher Grundstückshandel auf Seiten der beschenkten Ehefrau liegt nicht vor

[40] 2. Das FG hat zu Recht einen gewerblichen Grundstückshandel der Klägerin verneint.

[41] a) Die Veräußerung lediglich eines Objekts kann nur dann zu einem gewerblichen Grundstückshandel führen, wenn auch ein nachhaltiges Handeln des Veräußerers gegeben ist. Zwar kann nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausnahmsweise Nachhaltigkeit selbst dann zu bejahen sein, wenn der Steuerpflichtige nur ein einziges Geschäft oder einen einzigen Vertrag abschließt und sich keine Wiederholungsabsicht feststellen lässt. Dies ist aber lediglich dann der Fall, wenn die Erfüllung dieses Geschäfts oder Vertrags eine Vielzahl von unterschiedlichen Einzeltätigkeiten erfordert, die in ihrer Gesamtheit die Würdigung rechtfertigen, der Steuerpflichtige sei nachhaltig tätig geworden (ständige BFH-Rechtsprechung, s. z.B.

Senatsurteil vom 19. Oktober 2010 X R 41/08, BFH/NV 2011, 245, Rz. 27, m.w.N.).

[42] Nach dem vom FG festgestellten Sachverhalt hat die Klägerin über ihre Verkaufsbemühungen im ersten Halbjahr 2005 hinaus keine weiteren Einzeltätigkeiten im Hinblick auf ihre Eigentumswohnung ausgeübt, so dass insoweit ein gewerblicher Grundstückshandel der Klägerin im Streitjahr 2005 ausscheidet.

[43] b) Eine Hinzurechnung der Grundstücksaktivitäten des Klägers bei der Klägerin scheidet ebenfalls aus. Eine Zusammenfassung der Grundstücksaktivitäten von Ehegatten allein aufgrund der Vermutung gleichgerichteter Interessen wegen der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft ist nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. März 1985 – 1 BvR 571/81, 1 BvR 494/82, 1 BvR 47/83 (BVerfGE 69, 188, BStBl II 1985, 475) nicht zulässig. Dies wird auch von der Finanzverwaltung anerkannt (s. z.B. BMF-Schreiben in BStBl I 2004, 434, Rz. 12). Anhaltspunkte, die Kläger könnten eine über die eheliche Lebensgemeinschaft hinausgehende, zusätzliche enge Wirtschaftsgemeinschaft eingegangen sein, sind dem streitgegenständlichen Sachverhalt nicht zu entnehmen.

[...]

RNotZ-Forum

Rechtsprechung in Leitsätzen

1. Liegenschaftsrecht – Zur vorvertraglichen Haftung wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen beim Grundstückskauf

(BGH, Urteil vom 13.10.2017 – V ZR 11/17)

BGB §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 311 b Abs. 1
ZPO §§ 97 Abs. 1, 286

1. Es stellt keine besonders schwerwiegende Treupflichtverletzung des (potentiellen) Verkäufers eines Grundstücks dar, wenn er – bei wahrheitsgemäßer Erklärung seiner Abschlussbereitschaft – dem Kaufinteressenten nicht offenbart, dass er sich vorbehält, den Kaufpreis zu erhöhen. Eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen scheidet deshalb aus.
2. (potentielle) Verkäufer haftet auch dann nicht auf Schadensersatz, wenn er zu einem Zeitpunkt Abstand von dem Abschluss eines Grundstückskaufvertrages nimmt, zu dem er weiß, dass der Kaufinteressent im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages bereits einen Finanzierungsvertrag abgeschlossen hat.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, Jurion) ■

2. Liegenschaftsrecht – Zur Eigentümerzustimmung bei Löschung einer Grundschuld nach Pfändung des Rückgewähranspruchs

(BGH, Beschluss vom 12.10.2017 – V ZB 131/16)

GBO § 27 S. 1
BGB § 1183

Die Vorlage eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, mit dem neben dem Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld das „Zustimmungsrecht“ des Grundstückseigentümers „zur Löschung der Grundschuld gemäß § 1183 BGB, § 27 Satz 1 GBO“ gepfändet worden ist, reicht nicht aus, um gegenüber dem Grundbuchamt den Nachweis zu führen, dass der Antragsteller berechtigt ist, die grundbuchrechtlich erforderliche Zustimmung des Eigentümers zur Löschung der Grundschuld an dessen Stelle zu erklären.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, Jurion) ■

3. Liegenschaftsrecht – Zur Dauer der Wirksamkeit von Auflassung und Eintragungsbewilligung

(OLG München, Beschluss vom 4.12.2017 – 34 Wx 402/17)

BGB §§ 873, 925 Abs. 1, 1922 Abs. 1
GBO §§ 13, 19, 20, 29, 53 Abs. 1 S. 1
RPflG § 11 Abs. 1, Abs. 3
GNotKG § 22 Abs. 1

Eine beim Grundbuchamt eingegangene, aber nicht vollzogene Auflassung aus dem Jahr 1966 kann auf Eintragungsantrag auch noch nach mehreren Jahrzehnten durch Eintragung der Erben der Erwerber als Eigentümer vollzogen werden, sofern die übrigen Eintragungsvoraussetzungen nachgewiesen sind.

(Fundstellen: beck-online, Bayern.Recht) ■

4. Liegenschaftsrecht – Zur Anwendbarkeit eines kommunalen Vorkaufsrechts (Thüringen) beim Verkauf eines Erbbaurechts

(OLG Jena, Beschluss vom 28.9.2017 – 3 W 321/17)

GBO §§ 15, 18, 71, 78 Abs. 2 Nr. 1 u. 2
ThürDSchG § 30 Abs. 3 S. 2
Erbbaurechtsgesetz §§ 1, 2, 11 Abs. 1 S. 1
BauGB § 24 Abs. 2
FamFG § 84
DSchG § 22
GNotKG § 36 Abs. 1 u. 3

§ 30 Abs. 3 S. 2 ThürDSchG bewirkt eine Grundbuchsperre; das Grundbuchamt darf den Grundstückserwerber daher nur als Eigentümer eintragen, wenn ihm die Nichtausübung oder das Nichtbestehen des Vorkaufsrechts nachgewiesen ist. Das gemeindliche Vorkaufsrecht nach § 30 ThürDSchG kann auch bestehen, wenn Gegenstand des Kauf- und Veräußerungsvertrages ein Erbbaurecht ist.

(Fundstellen: beck-online, Jurion, juris, Thüringer Oberlandesgericht) ■

5. Erbrecht – Zur Bestimmung eines Obmanns in einem letztwillig angeordneten Schiedsverfahren

(OLG München, Beschluss vom 13.10.2017 – 34 SchH 8/17)

ZPO §§ 92 Abs. 1, 1025 Abs. 1, 1030 Abs. 1, 1035 Abs. 4, Abs. 5, 1043 Abs. 1 S. 1, 1062 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 1062 Abs. 3, 1066
GZVJu § 7

Ein Vermächtnisanspruch ist als vermögensrechtlicher Anspruch gem. § 1030 Abs. 1 ZPO schiedsfähig. Bei Unbestimmtheit der in einer letztwilligen Verfügung enthaltenen Schiedsklausel betreffend das Verfahren zur Bestimmung eines Obmanns wird der Obmann auf Antrag gem. §§ 1066, 1035 Abs. 4 Alt. 2 ZPO von dem gem. § 1062 ZPO zuständigen Oberlandesgericht bestellt.

(RNotZ-Leitsatz)

(Fundstellen: beck-online, Bayern.Recht, Jurion, juris) ■

6. Erbrecht – Zum Nachweis der Entgeltlichkeit einer Grundstücksverfügung durch den Testamentsvollstrecker bei Insichgeschäft und Näheverhältnis zum Miterwerber

(OLG München, Beschluss vom 16.11.2017 – 34 Wx 266/17)

GBO §§ 19, 20, 29 Abs. 1, 71 Abs. 1, 73
FamFG § 10 Abs. 2 S. 1
BGB §§ 181, 2205 S. 2 u. 3, 2208, 2210, 2222, 2224 Abs. 1 S. 3, 2365, 2368 Abs. 3

Ist zum Nachweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung des Testamentsvollstreckers, der ein Insichgeschäft tätigt und in einem Näheverhältnis zum Miterwerber steht, ein Wertgutachten vorgelegt, nach dem der Verkaufspreis bestimmt wurde, ist dies vom Grundbuchamt bei der Frage zu berücksichtigen, ob der Testamentsvollstrecker eine Teilentgeltlichkeit der Verfügung kannte oder erkennen musste.

(Fundstellen: beck-online, Bayern.Recht) ■

7. Familienrecht – Zur Anerkennung der von einem geistlichen Scharia-Gericht in Syrien ausgesprochenen Privatscheidung

(EuGH, Urteil vom 20.12.2017 – C-372/16)

VO (EU) Nr. 1259/2010 Art. 1
AEUV Art. 267

Art. 1 der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts ist dahin auszulegen, dass eine durch einseitige Erklärung eines Ehegatten vor einem geistlichen Gericht bewirkte Ehescheidung wie die im Ausgangsverfahren streitige nicht in den sachlichen Anwendungsbereich dieser Verordnung fällt.

(Fundstellen: beck-online, Europäischer Gerichtshof, juris) ■

8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Anmeldung des Eintritts eines neuen Kommanditisten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge aufgrund trans-/postmortaler Vollmacht des Erblassers

(OLG München, Beschluss vom 20.6.2017 – 31 Wx 169/17)

HGB §§ 162 Abs. 2, 12 Abs. 1

Eine post- oder transmortale Vollmacht berechtigt grundsätzlich nicht zur Anmeldung des Eintritts eines neuen Kommanditisten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zum Handelsregister (Anschluss an KG FGPrax 2003, 42).

(Fundstellen: beck-online, Bayern.Recht, juris) ■

9. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Angabe von Kleinstbeteiligungen sowie zur Zulässigkeit von Rundungen bei Prozentangaben in der Gesellschafterliste

(OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.11.2017 – 12 W 1866/17)

GmbHG § 40 Abs. 1 S. 1, S. 3

1. Zur Zulässigkeit von Rundungen bei der nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG i. d. F. des Gesetzes vom 23.6.2017 (BGBl. 2017 Teil I Seiten 1822, 1864) in der Gesellschafterliste anzugebenden „durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelten jeweiligen prozentualen Beteiligung am Stammkapital“ wie auch bei dem nach § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG in der genannten Fassung anzugebenden „Gesamtumfang der Beteiligung am Stammkapital als Prozentsatz“.
2. Die bloße Angabe des Nichtüberschreitens bestimmter Erheblichkeitsschwellen bei Kleinstbeteiligungen – hier: die Formulierung „< 1 %“ – in der Gesellschafterliste zur Bezeichnung der „durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelten jeweiligen prozentualen Beteiligung am Stammkapital“ ist – jedenfalls derzeit – unzulässig.

(Fundstellen: beck-online, Bayern.Recht) ■

10. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zum Rechtsmissbrauch beim Squeeze Out

(OLG Köln, Beschluss vom 14.12.2017 – 18 AktG 1/17)

AktG §§ 147 Abs. 1 S. 2, 246 a, 319 Abs. 6, 327 e Abs. 2 UmwG § 62 Abs. 5

Wenn sich nach den Umständen der funktionswidrige Einsatz eines verschmelzungsrechtlichen Squeeze Outs zur rechtsmissbräuchlichen Schmälerung der Rechte von Minderheitsgesellschaftern aufdrängt, kann ausnahmsweise ein Verschmelzungshindernis bestehen, solange Bedenken gegen die Eignung des Spruchverfahrens zur Berücksichtigung von Schadenersatzansprüchen nach § 317 AktG bestehen und bei der Beschlussfassung auch keine andere Abhilfe zur Gewährleistung der gebotenen Rücksichtnahme auf die Interessen der opponierenden Anteilsinhaber geschaffen worden ist.

(RNotZ-Leitsatz)

(Fundstellen: beck-online, Jurion, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■

11. Steuerrecht – Keine von § 14 Abs. 1 S. 2 KStG abweichende Festsetzung aus Billigkeitsgründen bei Verzögerung der Eintragung eines Gewinnabführungsvertrages durch das Registergericht

(BFH, Urteil vom 23.8.2017 – I R 80/15)

AO § 163

KStG §§ 14 Abs. 1 S. 2, 17

Wird eine körperschaftsteuerrechtliche Organschaft infolge einer verzögerten Eintragung des Gewinnabführungs-

vertrags in das Handelsregister erst in dem auf das Jahr der Handelsregisteranmeldung folgenden Jahr steuerlich wirksam, liegt darin keine sachliche Unbilligkeit. Das gilt auch, wenn die verzögerte Eintragung auf einem Fehlverhalten einer anderen Behörde – hier: Registergericht – beruhen sollte.

(Fundstellen: beck-online, Bundesfinanzhof) ■

12. Steuerrecht – Zur Aufteilung des Werbungskostenabzugs wegen Vergütung des Testamentsvollstreckers für die Nachlassverwaltung bei verschiedenen Einkunftsarten

(BFH, Beschluss vom 8.11.2017 – IX R 32/16)

EStG §§ 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 9 Abs. 1 S. 1
BGB §§ 2209, 2216 Abs. 1

1. Kosten für eine auf Dauer angelegte Testamentsvollstreckung können bei den aus der Verwaltung des Nachlasses erzielten Einkünften aus Vermietung und Verpachtung als Werbungskosten abgezogen werden.
2. Werden aus der Verwaltung des Nachlasses noch andere Einkünfte erzielt, kommt eine Aufteilung der Kosten nach dem anteiligen Zeitaufwand des Testamentsvollstreckers nicht in Betracht, wenn sich der Anspruch des Testamentsvollstreckers nach dem Nachlasswert bemisst.
3. Für die Aufteilung der einheitlichen Kosten der Testamentsvollstreckung auf verschiedene Einkunftsarten kommt es auf die Zusammensetzung des Nachlasses im jeweiligen Veranlagungszeitraum an.

(Fundstellen: beck-online, Bundesfinanzhof) ■

13. Steuerrecht – Zu den grunderwerbsteuerlichen Auswirkungen der Erteilung einer umfassenden, unwiderruflichen Vollmacht zur Ausübung der Rechte aus einem Gesellschaftsanteil

(BFH, Urteil vom 30.8.2017 – II R 39/15)

GrEStG §§ 1 Abs. 2 a, 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 17 Abs. 3
FGO § 100 Abs. 1 S. 1 Hs. 1.

1. Gegenstand der gesonderten Feststellung nach § 17 Abs. 3 GrEStG ist auch der Zeitpunkt, auf den der Grundbesitz der Personengesellschaft nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG zu bewerten ist.
2. Die bloße Einräumung einer Vollmacht zur Ausübung der Rechte aus einem Gesellschaftsanteil sowie zur Veräußerung und Abtretung dieses Gesellschaftsanteils reicht für einen Anteilsübergang i. S. einer mittelbaren Änderung des Gesellschafterbestandes einer Personengesellschaft nach § 1 Abs. 2 a GrEStG nicht aus.

(Fundstellen: beck-online, Bundesfinanzhof) ■

14. Steuerrecht – Zur Grunderwerbsteuerlichen Behandlung der Vereinigung der Anteile an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft infolge Schenkung

(FG Düsseldorf, Urteil vom 21.8.2017 – 7 K 471/17 GE)

GrEStG §§ 1 Abs. 3 Nr. 1, 3 Nr. 2 S. 1, 3 Nr. 6 S. 1, 9

1. Die die Vermeidung der Doppelbelastung mit Schenkungsteuer und Grunderwerbsteuer bezweckende Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 GrEStG greift auch ein, wenn die zur Anteilsvereinigung i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG führende Änderung im Gesellschafterbstand einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft auf einer schenkweisen Anteilsübertragung beruht (vgl. BFH-Urteil vom 23.5.2012 II R 21/10, BFHE 237, 466, BStBl II 2012, 793).
2. Die Grunderwerbsteuerbefreiung einer früheren, der Anteilsvereinigung vorausgegangenen freigiebigen Zuwendung von Anteilen kommt nicht in Betracht, wenn das Grundstück erst nach diesem Zeitpunkt von der Kapitalgesellschaft erworben worden ist und daher der Gesellschaft Grunderwerbsteuerrechtlich noch nicht zuzurechnen war.
3. Für die Befreiung von der Grunderwerbsteuer durch den ausschließenden Vorrang der Erbschaft- und Schenkungsteuer kommt es nicht auf die Bemessungsgrundlage der Erbschaft- und Schenkungsteuer und deren tatsächlicher Höhe an.

(Fundstellen: beck-online, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■

15. Steuerrecht – Zur Erbschaftsteuerlichen Gleichstellung mit dem Vollerben auch bei Beschränkung des Vorerben

(FG Köln, Urteil vom 29.6.2017 – 7 K 2587/15)

BGB §§ 2084, 2100
ErbStG § 6 Abs. 1

1. Es bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Besteuerung des Erwerbs eines Vorerben als Vollerbe.
2. Ob der Erblasser den Begünstigten als Vorerben oder als Nießbrauchsvermächtnisnehmer eingesetzt hat, ist durch Auslegung der letztwilligen Verfügung zu klären.

(Fundstellen: beck-online, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■

16. Beurkundungsrecht – Zur Beweiswirkung eines (echten) ausländischen Passes, wenn im Heimatland des Beteiligten kein sicheres Urkundenwesen besteht

(OLG Hamm, Beschluss vom 30.5.2017 – I-15 W 317/16)

PStG §§ 21 Abs. 1 Nr. 4, 27 Abs. 1 S. 2
PStV § 33 Nr. 2
PassG § 18 Abs. 1
FamFG §§ 81 Abs. 2, 84

1. Die Beweiswirkung eines vorgelegten, echten Nationalpasses wird nicht bereits durch die allgemeine Beurteilung der deutschen Auslandsvertretung in Frage gestellt, dass in dem Heimatland des Beteiligten kein sicheres Urkundenwesen besteht und demzufolge eine Legalisation von Urkunden dieses Staates nicht mehr vorgenommen wird.
2. Die Erforderlichkeit einer inhaltlichen Überprüfung des Nationalpasses vor Ort kann sich deshalb nur aus besonderen Ansatzpunkten ergeben, die die Verlässlichkeit der Angaben in dem Nationalpass konkret in Frage stellen (bspw. widersprüchliche Urkunden oder bekannte Ausstellungspraxis ohne jede Identitätsprüfung).

(Fundstellen: beck-online, Jurion, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■