

NOTARASSESSORIN DR. SARAH KÖNIG, KÖLN

Das Aufgebotsverfahren nach dem FamFG

Inhaltsübersicht

A. Einleitung

B. Definition und Zweck

C. Historische Entwicklung

D. Übersicht

- I. Im FamFG geregelte Verfahren
 1. Landesrechtliche Sondervorschriften
 2. Bundesrechtliche Sondervorschriften
- II. Abgrenzung zu anderen Instituten

E. Verfahren

- I. Zuständigkeit
 1. Sachliche Zuständigkeit
 2. Örtliche Zuständigkeit
 3. Funktionelle Zuständigkeit
- II. Ablauf
 1. Antrag
 2. Aufgebot
 3. Öffentliche Bekanntmachung
 4. Aufgebotsfrist
 5. Anmeldung von Rechten
 6. Entscheidung
- III. Rechtsbehelfe
 1. Beschwerde
 2. Wiedereinsetzung
 3. Wiederaufnahme

F. Aufgebot zur Kraftloserklärung von Urkunden

- I. Einleitung
- II. Örtliche Zuständigkeit
- III. Antragsberechtigung
- IV. Antragsbegründung
 1. Individualisierung
 2. Urkundenverlust und Antragsberechtigung
 - a) Abhandenkommen
 - b) Vernichtung

- c) Glaubhaftmachung, insbesondere bei Grundpfandrechtsbriefen
 - aa) Briefverlust
 - bb) Rechtsnachfolge
 - cc) Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB?

3. Aufgebot
4. Ausschließungsbeschluss
5. Notarkosten
- V. Aufgebot von Aktien
 1. Wirksame Begebung
 2. Materielle Wirkung des Ausschließungsbeschlusses?
 3. Kraftloserklärung durch die Gesellschaft

G. Aufgebot zum Ausschluss unbekannter Gläubiger

- I. Einleitung
- II. „Von Person“ unbekannt
- III. Verstorbene Berechtigte
- IV. Bestellung eines Nachlasspflegers
- V. Formale Mängel
- VI. Briefgrundpfandrechte
- VII. Juristische Personen
- VIII. Rechtsnachfolge

H. Aufgebot der Nachlassgläubiger

- I. Einleitung
- II. Örtliche Zuständigkeit
- III. Antragsberechtigung
- IV. Aufgebot
- V. Wirkungen
 1. Aufgebotseinrede
 2. Erschöpfungseinrede
 3. Eingeschränkte Haftung
 4. Pro-rata Haftung der Miterben
- VI. Verhältnis zu Verschweigungseinrede, § 1974 BGB

A. Einleitung

Wohl bekannt in der notariellen Praxis ist der „verlorene Grundschuldbrief“, der etwa beim beabsichtigten Verkauf eines Grundstücks virulent wird – nicht selten ist es dann auch nicht der ursprüngliche Eigentümer, sondern es sind die Erben, die ein zum Nachlass gehörendes Grundstück veräußern wollen und mit dem Problem der unauffindbaren Urkunde konfrontiert sind. Der verlorene Brief droht das Rechtsgeschäft erheblich zu verzögern, wenn nicht gar zu vereiteln.

Im Falle des verlorenen Grundschuldbriefs kommt das Aufgebotsverfahren ins Spiel – für die notarielle Praxis der wohl praktisch bedeutsamste Fall dieses Verfahrens. Daneben gibt es aber einige weitere Anwendungsfälle; häufig ist mit dem Aufgebot in diesen sonstigen Fällen ein tieferer Eingriff in Rechte verbunden als mit dem Aufgebot von Grundpfandrechtsbriefen. So können mittels Aufgebotsverfahren Grundstückseigentümer aufgeboten oder unbekannte Gläubiger mit ihrer Rechtsposition ausgeschlossen

werden. Das Gesetz normiert abschließend, in welchen Fällen ein Aufgebotsverfahren durchgeführt werden kann. So bleibt der mit dem Erlass des Ausschließungsbeschlusses verbundene Eingriff in (eventuell) bestehende Rechte auf besonders gelagerte Ausnahmefälle beschränkt.

All diesen Fällen ist gemeinsam, dass die Rechtsordnung dem praktischen Bedürfnis nach Rechtsklarheit eine den Eingriff in bestehende Rechtspositionen rechtfertigende Bedeutung beimisst. Mit dem Aufgebotsverfahren ermöglicht das Gesetz die verbindliche und grundsätzlich abschließende Klärung der Rechtslage, und zwar gegenüber jedermann. Im Mittelpunkt dieses Verfahrens steht das Aufgebot: die Aufforderung an den Inhaber der betroffenen Rechtsposition, Rechte bis zu einem bestimmten Zeitpunkt gegenüber dem Gericht anzumelden. Wer die Anmeldung unterlässt, wird durch gerichtlichen Beschluss mit seinem Recht ausgeschlossen oder in seinem Recht beschränkt.

Der Beitrag befasst sich zunächst allgemein mit dem Aufgebotsverfahren und geht näher auf dessen Zweck, die his-

torische Entwicklung und Einzelheiten des Verfahrens ein. Wegen der hohen praktischen Bedeutung bildet das Aufgebot zur Kraftloserklärung von Grundpfandrechtsbriefen einen Schwerpunkt des Beitrags. Daneben werden die Aufgebote von Aktien und Nachlassgläubigern sowie das Aufgebotsverfahren zum Ausschluss von unbekanntem Gläubigern ausführlich behandelt.

B. Definition und Zweck

„Aufgebotssachen“ sind gemäß der Legaldefinition in § 433 FamFG Verfahren, in denen das Gericht öffentlich zur Anmeldung von Ansprüchen oder Rechten auffordert – mit der Wirkung, dass die Unterlassung der Anmeldung einen Rechtsnachteil zur Folge hat; nach § 433 Hs. 2 FamFG finden Aufgebotsverfahren nur in den durch Gesetz bestimmten Fällen statt.

Mit anderen Worten: Bei Aufgebotsverfahren geht es um die Aufforderung an unbestimmte oder unbekannte Beteiligte, Rechte oder Ansprüche innerhalb einer bestimmten Frist geltend zu machen; bleiben die Beteiligten untätig, führt die Nichtanmeldung zu Rechtsnachteilen.¹ Der Rechtsnachteil liegt in dem Verlust oder der Minderung des Rechts² oder in der erschwerten Rechtsverfolgung.³

Das Aufgebotsverfahren dient dazu, für bestimmte Verhältnisse eine klare Rechtslage herbeizuführen, und zwar durch unterstellten Verzicht des Berechtigten.⁴ Die rechtskräftige Feststellung, die bestimmte Personen ausschließt oder angemeldete Rechte vorbehält und im Übrigen ausschließt oder besondere Haftungsausschlüsse bzw. Haftungsbeschränkungen herbeiführt, ist gegenüber allen wirksam.⁵

Damit bezweckt das Aufgebotsverfahren eine gegenüber allen wirksame Feststellung:

- des Bestehens des Rechts des Antragstellers oder der Freiheit dieses Rechts von Rechten Dritter,
- der Nichthaftung oder der Beschränkung der Haftung einer Vermögensmasse für nicht angemeldete Forderungen, oder
- des Rechts aus einer verlorengegangenen Urkunde für den Antragsteller.⁶

Bereicherungsansprüche sind ausgeschlossen; es kommen nur Verfahrensrechte des Ausgeschlossenen bzw. Beschränkten auf Wiedereinsetzung oder Wiederaufnahme in Betracht.⁷

C. Historische Entwicklung

Seit dem 1.9.2009 – mit Einführung des FamFG – ist das Aufgebotsverfahren aus der ZPO in die freiwillige Gerichtsbarkeit überführt worden. Die meisten Normen der ZPO

(§§ 946-1024 ZPO aF) wurden bei der Überführung inhaltlich unverändert übernommen; die wichtigsten Änderungen betreffen den Fortfall des Aufgebotstermins und die Harmonisierung der Rechtsmittelvorschriften.⁸ Insbesondere durch den Wegfall des Aufgebotstermins, zu dem die Beteiligten in der Praxis regelmäßig nicht erschienen sind, ist das Aufgebotsverfahren erheblich gestrafft worden.⁹ Auch nach dem Wegfall des Aufgebotstermins steht es dem Gericht indes frei, einen Termin anzuberaumen und die Aufgebotssache mit den Beteiligten zu erörtern, wenn dies aufgrund der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage geboten scheint, § 32 Abs. 1 S. 1 FamFG.¹⁰

Die Ausgestaltung als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird der Struktur des Aufgebotsverfahrens gerecht; es handelt sich nämlich gerade nicht um ein kontradiktorisches Verfahren des Zivilprozesses, in dem die Parteien den Verfahrensgegenstand bestimmen und in dem rechtskräftig über materielle Rechte entschieden wird.¹¹ Vielmehr ist das Aufgebotsverfahren ein nichtstreitiges, rechtsgestaltendes Verfahren, das Kernelemente der freiwilligen Gerichtsbarkeit enthält: Einleitung durch Antrag, Betreibung von Amts wegen, typisierter Verfahrensgegenstand.¹² Die Wandlung in ein nichtstreitiges Verfahren ermöglichte die vollständige Übertragung auf den Rechtspfleger (vgl. § 3 Nr. 1 lit. c RPfG).¹³ Auch dem historischen Gesetzgeber war die Zugehörigkeit des Aufgebotsverfahrens zur freiwilligen Gerichtsbarkeit bekannt – das Aufgebotsverfahren wurde im Zivilprozessrecht geregelt, weil es bei Inkrafttreten der Zivilprozessordnung am 30.1.1877 schlicht an einem reichseinheitlichen Gesetz auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit fehlte.¹⁴

Historischer Vorläufer des Aufgebotsverfahrens ist die germanische Verschweigung, wonach „das langandauernde Schweigen des Berechtigten als Grund für den Rechtsverlust angesehen werden kann“.¹⁵ Während der „Schweigen-“ Berechtigte danach einen Rechtsnachteil erleidet, weil er einen Rechtsschein nicht entkräftet, erhält auf der anderen Seite der durch den Rechtsschein Begünstigte den entsprechenden Vorteil.¹⁶

D. Übersicht

§ 433 Hs. 2 FamFG statuiert einen Gesetzesvorbehalt: Das Aufgebotsverfahren ist also auf die gesetzlich bestimmten Fälle beschränkt. „Gesetz“ ist gem. § 485 FamFG iVm Art. 2 EGBGB jede Rechtsnorm.

Das 8. Buch des FamFG enthält lediglich die Vorschriften über das Verfahren von der Stellung des Antrags auf Durchführung eines Aufgebotsverfahrens bis hin zu dessen Abschluss.¹⁷ Die Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens ergibt sich grundsätzlich aus dem materiellen Recht; auch die

1 Bassenge/Roth/A. Walter, FamFG RPfG, 12. Aufl. 2009, § 433 FamFG Rn. 1, 5; MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 433 Rn. 2; Bahrenfuss/Waldner, FamFG, 3. Aufl. 2017, § 433 Rn. 2.
2 Zöller/Geimer, ZPO, 32. Aufl. 2018, vor § 433 FamFG Rn. 2.
3 Bassenge/Roth/A. Walter, FamFG RPfG, 12. Aufl. 2009, § 433 FamFG Rn. 5.
4 BGH 14.3.1980 – V ZR 68/78, NJW 1980, 2529; MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 433 Rn. 1.
5 MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 433 Rn. 1; Bumiller/Harders/Schwab/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 433 Rn. 1.
6 Prütting/Helms/Holzer, FamFG, 4. Aufl. 2018, vor §§ 433-484 Rn. 7.
7 Prütting/Helms/Holzer, FamFG, 4. Aufl. 2018, vor §§ 433-484 Rn. 7.

8 Bahrenfuss/Waldner, FamFG, 3. Aufl. 2017, § 433 Rn. 1.
9 BT-Drs. 16/6308, S. 172; Zöller/Geimer, ZPO, 32. Aufl. 2018, vor § 433 FamFG Rn. 17.
10 BT-Drs. 16/6308, S. 172.
11 BT-Drs. 16/6308, S. 171.
12 BT-Drs. 16/6308, S. 171.
13 BT-Drs. 16/6308, S. 171.
14 BT-Drs. 16/6308, S. 171.
15 Piekenbrock, Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung, 2006, S. 362.
16 Bork/Jacoby/Schwab/Dutta, FamFG, 3. Aufl. 2018, § 433 Rn. 3; Piekenbrock, Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung, 2006, S. 362 ff., 366.
17 Prütting/Helms/Holzer, FamFG, 4. Aufl. 2018, vor §§ 433-484 Rn. 10.

Rechtsfolgen eines im Aufgebotsverfahren ergangenen Ausschließungsbeschlusses richten sich nach dem materiellen Recht (vgl. etwa § 927 BGB). Nur ganz vereinzelt finden sich materiell-rechtliche Regelungen im Verfahrensrecht, so etwa beim Urkundsaufgebot in § 479 FamFG oder beim „kleinen“ Aufgebot der Nachlassgläubiger nach § 460 Abs. 2 FamFG.¹⁸ Die materiell-rechtlichen Grundlagen ergeben sich überwiegend aus Bundesgesetzen.¹⁹

Ein an sich unstatthaftes Aufgebotsverfahren ist keiner vertraglichen Vereinbarung zugänglich; umgekehrt ist es aber teilweise möglich, das Aufgebotsverfahren vertraglich auszuschließen, vgl. zB § 799 Abs. 1 S. 1 BGB.²⁰

Der Gesetzesvorbehalt führt dazu, dass etwa das Aufgebot von Anteilsscheinen für GmbH-Geschäftsanteile unstatthaft ist; Aktien können dagegen auf Grundlage von § 72 AktG aufgeboden und für kraftlos erklärt werden.²¹

I. Im FamFG geregelte Verfahren

Im FamFG finden sich Regelungen zu den folgenden Aufgebotsverfahren:

- §§ 442 bis 445 FamFG: Aufgebot und Ausschließung des Grundstückseigentümers nach § 927 BGB;
- § 446 FamFG: Aufgebot und Ausschließung des Schiffseigentümers nach § 6 Abs. 1 S. 1 SchRG;²²
- §§ 447 bis 451 FamFG: Aufgebot und Ausschließung von Grundpfandrechtgläubigern nach §§ 1170, 1171 (ggf. iVm § 1192 Abs. 1) BGB;
- § 452 FamFG: Aufgebot und Ausschließung von Schiffshypothekengläubigern nach §§ 66 Abs. 1 S. 1, 67 Abs. 1 S. 1 SchRG;
- § 453 FamFG: Aufgebot und Ausschließung sonstiger dinglicher Berechtigter bzw. Vormerkungsberechtigter nach § 887 S. 1 BGB (Vormerkungsgläubiger), § 1104 Abs. 1 S. 1 BGB (Berechtigter eines dinglichen Vorkaufsrechts), § 1112 BGB (Berechtigter einer Reallast) sowie § 13 S. 1 SchRG (Vormerkungsgläubiger);
- §§ 454 bis 463 FamFG: Aufgebot und Ausschließung von Nachlassgläubigern nach § 1970 BGB;
- § 464 FamFG: Aufgebot und Ausschließung von Gesamtgutgläubigern nach §§ 1489 Abs. 2, 1970 BGB;
- § 465 FamFG: Aufgebot und Ausschließung von Schiffsgläubigern nach § 110 BinSchG;²³
- §§ 466 bis 483 FamFG: Aufgebot zur Kraftloserklärung von Urkunden nach Bundesrecht, zB gem. §§ 799, 808 Abs. 2, 1162 BGB.

Die allgemeinen Verfahrensvorschriften für das Aufgebotsverfahren sind in §§ 433 bis 441 FamFG normiert. Ergänzend gelten die allgemeinen Vorschriften des 1. Buches des FamFG, insbesondere die allgemeinen Vorschriften der §§ 1 bis 22 FamFG, die Vorschriften betreffend das Verfahren im ersten Rechtszug (§§ 23 bis 37 FamFG), die Vorschriften über den Beschluss (§§ 38 bis 48 FamFG) sowie

die Rechtsmittelvorschriften der §§ 58 ff. FamFG,²⁴ sofern nicht spezialgesetzliche Abweichungen existieren (wie etwa gemäß § 439 Abs. 2 und 3 FamFG).²⁵ Spezialregelungen sind in §§ 442 ff. FamFG normiert, die jeweils nur bestimmte Aufgebotsarten erfassen. Soweit Aufgebotsverfahren außerhalb des FamFG geregelt sind, kommen die §§ 433 bis 441 FamFG zur Anwendung, soweit keine Sondervorschriften bestehen.²⁶ Solche Sondervorschriften finden sich sowohl im Landes- als auch im Bundesrecht:

1. Landesrechtliche Sondervorschriften

Die Länder können die Art der Veröffentlichung des Aufgebots und des Ausschließungsbeschlusses sowie die Aufgebotsfrist abweichend regeln. Die Ermächtigung hierzu enthält § 484 FamFG für die in § 484 Abs. 1 und Abs. 2 FamFG genannten Aufgebotsverfahren.²⁷ Die Länder haben von dieser Ermächtigung in unterschiedlichem Ausmaß Gebrauch gemacht. In Nordrhein-Westfalen gilt insbesondere für das Aufgebot von Grundpfandrechtsbriefen und das Aufgebot zum Ausschluss unbekannter Gläubiger eine Mindest-Aufgebotsfrist von drei Monaten, §§ 58 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 57 Abs. 1 S. 2 JustG NRW iVm § 1162 (ggf. iVm § 1192 Abs. 1) BGB; § 1170 Abs. 1 S. 1 BGB. Damit hat Nordrhein-Westfalen die bundesgesetzliche Mindestfrist von sechs Wochen (§ 437 FamFG) entsprechend verlängert.

2. Bundesrechtliche Sondervorschriften

Auch im Bundesrecht finden sich Fälle, in denen die §§ 433 ff. FamFG insgesamt unanwendbar oder teilweise durch Sonderregelungen verdrängt werden. Dazu gehören bspw. in der Zwangsversteigerung das dem Vollstreckungsgericht zugewiesene Aufgebotsverfahren nach §§ 138, 140, 141 ZVG (Ausschließung des unbekanntenen Berechtigten von der Befriedigung aus dem zugeteilten Betrag) oder das Aufgebotsverfahren zur Todeserklärung nach dem Verschollenheitsgesetz (§§ 13 ff. VerschG).²⁸

II. Abgrenzung zu anderen Instituten

Aufgebotssachen iSd §§ 433 ff. FamFG setzen ein gerichtliches Verfahren voraus. Verfahren, die durch Verwaltungsbehörden oder privat durchgeführt werden, fallen also nicht unter die Bestimmungen der §§ 433 ff. FamFG – trotz der vereinzelt Bezeichnung als „Aufgebot“ oder „Aufgebotsverfahren“. Dazu gehören etwa das Privataufgebot der Nachlassgläubiger gem. § 2061 BGB, der Aufruf der Gläubiger bzw. Aktionäre nach §§ 64, 267 AktG, § 82 Abs. 2 S. 2 GenG, § 65 Abs. 2 S. 2 GmbHG und das Aufgebot der Zulassungsbescheinigung II durch das Kraftfahrt-Bundesamt nach § 12 Abs. 5 FZV. Mangels gerichtlicher Entscheidung handelt es sich auch bei der Kraftloserklärung einer Vollmacht nach § 176 Abs. 1 S. 1 BGB um kein echtes Aufgebot, sondern vielmehr um ein privates Gestaltungsgeschäft des Vollmachtgebers.²⁹ Die öffentlichen

18 Bork/Jacoby/Schwab/Dutta, FamFG, 3. Aufl. 2018, § 433 Rn. 14.

19 Bork/Jacoby/Schwab/Dutta, FamFG, 3. Aufl. 2018, § 433 Rn. 8; Ermächtigungsgrundlagen für landesrechtliche Regelungen stellen etwa Artt. 101, 102 EGBGB und § 490 FamFG dar.

20 Bork/Jacoby/Schwab/Dutta, FamFG, 3. Aufl. 2018, § 433 Rn. 8.

21 Die GmbH hat an Stelle des verlorenen Scheins – ohne Aufgebot – einen anderen auszustellen, vgl. Zöller/Geimer, ZPO, 32. Aufl. 2018, vor § 433 FamFG Rn. 4.

22 Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken.

23 Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt (Binnenschifffahrtsgesetz – BinSchG).

24 MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 433 Rn. 9; Prütting/Helms/Holzer, FamFG, 4. Aufl. 2018, vor §§ 433-484 Rn. 14.

25 Prütting/Helms/Holzer, FamFG, 4. Aufl. 2018, vor §§ 433-484 Rn. 14.

26 Prütting/Helms/Holzer, FamFG, 4. Aufl. 2018, vor §§ 433-484 Rn. 16.

27 Darüber hinaus enthalten § 483 und § 491 FamFG landesrechtliche Vorbehalte.

28 MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 433 Rn. 13 ff. (mit weiteren Beispielen).

29 MüKoBGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 176 Rn. 2.

Aufforderungen nach § 352 d FamFG und gem. § 1965 Abs. 1 S. 1 BGB unterscheiden sich von den echten Aufgebotsverfahren dadurch, dass mit ihnen keine Rechtsverluste verbunden sind.³⁰

E. Verfahren

I. Zuständigkeit

1. Sachliche Zuständigkeit

Sachlich zuständig für die Durchführung von Aufgebotsverfahren ist das Amtsgericht unabhängig von der Höhe des Streitwertes, vgl. § 23 a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 7 VVG.

2. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach der Art des Aufgebots (vgl. etwa § 442 Abs. 2 FamFG für das Aufgebot des Grundstückseigentümers; das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist; § 454 Abs. 2 FamFG für das Aufgebot des Nachlassgläubigers; das Amtsgericht, dem die Angelegenheiten des Nachlassgerichts obliegen; ist kein Amtsgericht damit befasst: das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Nachlassbehörde ihren Sitz hat).

3. Funktionelle Zuständigkeit

Funktionell zuständig ist der Rechtspfleger, § 3 Nr. 1 lit. c RPflG; der frühere teilweise Richtervorbehalt für die Wahrnehmung des damaligen Aufgebotsstermins, die Entscheidung durch Urteil und das Anfechtungsverfahren ist durch die Aufhebung von § 20 Nr. 2 RPflG entfallen. Aufgebotsurteile gibt es nicht mehr.³¹

II. Ablauf

1. Antrag

Das Aufgebotsverfahren beginnt mit dem Antrag auf Einleitung des Verfahrens, § 434 Abs. 1 FamFG (Antragsprinzip). Das begonnene Verfahren wird von Amts wegen weiterbetrieben, § 26 FamFG. Eine mündliche Verhandlung ist nicht vorgeschrieben. Eine Erörterung mit den Beteiligten in einem Termin ist aber zulässig, § 32 Abs. 1 S. 1 FamFG. Das Gericht kann sonstige nähere Ermittlungen anordnen, §§ 439 Abs. 1, 26 FamFG. Der Antrag kann entweder schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden, § 25 FamFG. Selbst wenn Verfahren nach den landesrechtlichen Vorschriften dem Landgericht zugewiesen sind, besteht kein Anwaltszwang, da Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit – mit Ausnahme der Verfahren nach § 114 FamFG und vor dem Bundesgerichtshof – ohne Anwalt geführt werden können, § 10 Abs. 1 FamFG.³²

Der Antragsinhalt bestimmt sich – neben den Vorgaben aus § 23 Abs. 1 FamFG – nach den jeweiligen materiell-rechtlichen Bestimmungen.

Das Gericht prüft die Zulässigkeit des Antrags von Amts wegen. Zur Zulässigkeit gehört jedenfalls die Zuständigkeit des Gerichts, die gesetzliche Zulassung der gewählten Aufgebotsart, die Antragsberechtigung, der notwendige Inhalt des Antrags und ggf. die Vorlage bestimmter Unterlagen sowie die Glaubhaftmachung.³³ Da die gerichtliche Ermittlung und Glaubhaftmachung durch Versicherung an Eides statt bereits aufgrund der §§ 26, 31 Abs. 1 FamFG zulässig ist, wird teilweise vertreten, dass aus § 439 Abs. 1 FamFG die Pflicht des Gerichts folge, die Versicherung an Eides statt anzuordnen; die Norm also eine Ermessensreduzierung bewirke, sodass von der Glaubhaftmachung nur in Ausnahmefällen abgesehen werden könne.³⁴ Diese Auffassung kann bereits ob des Wortlauts von § 439 Abs. 1 FamFG („kann“) nicht überzeugen.³⁵ In der Praxis verlangt das Gericht aber regelmäßig eine eidesstattliche Versicherung, um das Verfahren auf eine tragfähige Grundlage zu stellen.³⁶

Die eidesstattliche Versicherung kann mündlich vor dem Gericht oder schriftlich durch Einreichung des Originals oder einer notariell beglaubigten Abschrift abgegeben werden.³⁷ Erfolgt die eidesstattliche Versicherung per Telefax, muss das Original vom Erklärenden unterschrieben und mit seinem Wissen und Wollen an das Telefaxgerät des Gerichts übermittelt werden.³⁸

Eine besondere Form ist für die eidesstattliche Versicherung im Rahmen des Aufgebotsverfahrens nicht vorgeschrieben,³⁹ insbesondere bedarf es also keiner notariellen Beurkundung. Das folgt auch aus einem Umkehrschluss zu § 2356 Abs. 2 BGB, weil es im Aufgebotsverfahren an einer entsprechenden Vorschrift fehlt. Auch aus § 22 Abs. 2 und § 38 BeurkG folgt kein anderes Ergebnis.⁴⁰

Sofern einzelne Gerichte in der Praxis die notarielle Beurkundung der eidesstattlichen Versicherung fordern sollten, gibt es für dieses Verlangen keine gesetzliche Grundlage.⁴¹

Die Antragsberechtigung ist bei den einzelnen Aufgebotsarten geregelt.⁴²

2. Aufgebot

Ist der Antrag zulässig, hat das Gericht das Aufgebot zu erlassen, § 434 Abs. 2 S. 1 FamFG.

30 Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 352 d Rn. 4, 6; BeckOK FamFG/Schlögel, 34. Ed., Stand 1.4.2020, § 352 d Rn. 1 f.; BeckOK BGB/Siegmann/Höger, 53. Ed., Stand 1.2.2020, § 1965 Rn. 1.

31 Keidel/Zimmermann, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 433 Rn. 10.

32 Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 10 Rn. 14 f., § 440 Rn. 2.

33 Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 434 Rn. 3.

34 MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 439 Rn. 2.

35 Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 12. Auflage 2019, § 439 Rn. 2; Haußleiter/Haußleiter, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 439 Rn. 3; Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 439 Rn. 2; BeckOK FamFG/Schlögel, 34. Ed., Stand 1.4.2020, § 439 Rn. 1.

36 Wilsch FGPrax 2012, 231 (232).

37 Gutachten des Deutschen Notarinstituts v. 10.8.2015, Abruf-Nummer 142000 (Rn. 3).

38 BayObLG 23.2.1995 – 5 St RR 79/94, NJW 1996, 406; BeckOK FamFG/Burschel, 35. Ed., Stand 1.7.2020, § 31 Rn. 8; Gutachten des Deutschen Notarinstituts v. 10.8.2015, Abruf-Nummer 142000 (Rn. 3).

39 Gutachten des Deutschen Notarinstituts v. 10.8.2015, Abruf-Nummer 142000 (Rn. 3); Keidel/Sternal, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 31 Rn. 11; aA (ohne Begründung): BeckOF Vertrag/Keith, 53. Ed. 2020, Stand 1.6.2020, 8.4.27.2 (Anm. 4).

40 Gutachten des Deutschen Notarinstituts v. 10.8.2015, Abruf-Nummer 142000 (Rn. 3).

41 Gutachten des Deutschen Notarinstituts v. 10.8.2015, Abruf-Nummer 142000 (Rn. 5).

42 Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 434 Rn. 4.

Es ist umstritten, ob es sich bei dem Aufgebot um eine gerichtliche Verfügung⁴³ oder um einen Beschluss⁴⁴ handelt. Auch wenn in der Gesetzesbegründung von „Verfügung“ die Rede ist⁴⁵ und durch das Aufgebot der Verfahrensgegenstand nicht ganz oder teilweise erledigt wird,⁴⁶ ist mit der wohl überwiegenden Ansicht von einem Beschluss auszugehen. Dafür sprechen zum einen die vielfachen materiellrechtlichen Wirkungen, die mit der Einleitung des Aufgebotsverfahrens einhergehen; zum anderen stellt das Aufgebot keine Zwischenentscheidung dar, sondern beendet das Verfahren auf Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen und eröffnet einen neuen Verfahrensabschnitt, der durch die Aufforderung zur Anmeldung von Rechten gekennzeichnet ist. Außerdem führt dies zur Einheitlichkeit der Entscheidungsformen und verhindert das ansonsten widersprüchliche Ergebnis, dass die Zurückweisung des Antrages einen Beschluss darstellt, der Erlass des Aufgebots dagegen eine Verfügung.⁴⁷

Der Beschluss kann nicht mit der Beschwerde angefochten werden, weil es sich ausweislich der Gesetzesbegründung bei dem Aufgebot um keine Endentscheidung iSd § 38 Abs. 1 FamFG handelt.⁴⁸

Der Mindestinhalt des Aufgebots ist in § 434 Abs. 2 S. 2 Nrn. 1 bis 3 FamFG normiert:

1. die Bezeichnung des Antragstellers;
2. die Aufforderung, die Ansprüche und Rechte bis zu einem bestimmten Zeitpunkt bei Gericht anzumelden (Anmeldezeitpunkt);
3. die Bezeichnung der Rechtsnachteile, die eintreten, wenn die Anmeldung unterbleibt.

Der Anmeldezeitpunkt ist unter Berücksichtigung der Aufgebotsfrist von § 437 FamFG (in Nordrhein-Westfalen unter Beachtung des § 57 Abs. 1 S. 2 JustG NRW) zu bestimmen. Der im Aufgebot angedrohte Rechtsnachteil entspricht dem später im Ausschließungsbeschluss ausgesprochenen Ausschluss bzw. der Beschränkung.⁴⁹

3. Öffentliche Bekanntmachung

Das Aufgebot muss öffentlich bekannt gemacht werden, §§ 435, 436 FamFG. Gem. § 435 Abs. 1 S. 1 FamFG erfolgt die öffentliche Bekanntmachung durch Aushang des vollständigen Aufgebots an der Gerichtstafel und durch einmalige Veröffentlichung im Bundesanzeiger, wenn nicht das Gesetz für den betreffenden Fall eine abweichende Anordnung getroffen hat.⁵⁰

§ 435 Abs. 1 S. 2 FamFG normiert, dass anstelle des Aushangs an der Gerichtstafel die öffentliche Bekanntmachung in einem elektronischen Informations- und Kommunikationssystem erfolgen kann, sofern es im Gericht öffentlich zu-

gänglich ist. Die öffentliche Zugänglichkeit setzt – vergleichbar etwa mit der elektronischen Anzeige der Zugabfahrtszeiten in Bahnhofshallen – voraus, dass das Aufgebot ohne weitere Hürden einsehbar ist, dh ohne dass etwa zunächst ein Mitarbeiter des Gerichts gefragt oder ein Computer eingeschaltet werden muss.⁵¹ Sofern eine elektronische Gerichtstafel vorhanden ist, wird nicht ausgehängt, sondern die elektronische Tafel verwendet;⁵² häufig erfolgt der Aushang allerdings noch an der physischen Gerichtstafel, so etwa beim Amtsgericht Köln und Amtsgericht Düsseldorf.

Das Gericht kann nach § 435 Abs. 2 FamFG anordnen, das Aufgebot zusätzlich auf andere Weise zu veröffentlichen, bspw. in Tageszeitungen oder aber mehrfach im elektronischen Bundesanzeiger. Diese Ermessensentscheidung ist vom Rechtspfleger pflichtgemäß zu treffen. In Anbetracht der Tatsache, dass die Veröffentlichung im Bundesanzeiger kaum jemals zur Kenntnis genommen wird, kann es je nach Sachverhalt – zB bei Aufgebots des Grundstückseigentümers nach § 927 BGB – zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zwingend geboten sein, das Aufgebot zusätzlich in der Tageszeitung zu veröffentlichen.⁵³

Das Aufgebot ist dem Antragsteller und sonstigen Beteiligten formlos bekannt zu machen (§ 41 Abs. 1 S. 1 FamFG). Hat der Antragsteller Nachlassgläubiger nach § 456 FamFG mitgeteilt, sollte das Aufgebot im Hinblick auf die Anmeldefrist zugestellt werden.⁵⁴

Wird die vorgeschriebene Form der Veröffentlichung nicht eingehalten, darf der Ausschließungsbeschluss nicht ergehen. Wird der Ausschließungsbeschluss trotzdem erlassen, kommt Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Anmeldefrist bzw. Wiederaufnahme des Verfahrens in Frage.⁵⁵

4. Aufgebotsfrist

Gem. § 437 FamFG müssen zwischen der Veröffentlichung des Aufgebots und dem Anmeldezeitpunkt mindestens sechs Wochen – bzw. in Nordrhein-Westfalen drei Monate in den nach §§ 57 Abs. 1 S. 1, 2, 58 JustG NRW bestimmten Fällen – liegen („Aufgebotsfrist“). Die Vorgängernorm des § 1015 S. 1 ZPO aF sah noch eine Mindestfrist von sechs Monaten vor. In Ergänzung zu § 437 FamFG regeln die §§ 471 bis 474 FamFG für das Aufgebot von Wertpapieren, für die Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine ausgegeben werden, besondere Aufgebotsfristen. Damit ist insbesondere gem. § 471 Abs. 1 FamFG bei Aktien die sechsmonatige Mindestfrist zu beachten, sofern nicht ein Fall des § 473 FamFG gegeben ist (etwa für den Fall, dass nur die Stammurkunde, also der Mantel, verloren gegangen ist⁵⁶).⁵⁷

Die Mindestfrist soll die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass die Beteiligten Kenntnis vom Aufgebot erlangen.⁵⁸ Maßgeblich für den Fristbeginn ist die erste Veröffentlichung im Bundesanzeiger bzw. in einem elektronischen Informations- und Kommunikationssystem iSv § 435 Abs. 1 S. 2 FamFG. Der körperliche Aushang an der Gerichtstafel spielt für den Fristbeginn keine Rolle, ebensowenig etwa die Veröffentlichung in einer Tageszeitung. Gem. § 436

43 Bork/Jacoby/Schwab/Dutta, FamFG, 3. Aufl. 2018, § 434 Rn. 10; Zöller/Geimer, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 434 FamFG Rn. 3.

44 MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 434 Rn. 16; Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 434 Rn. 4; Holzer ZEV 2014, 583 (587); Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 434 Rn. 9.

45 BT-Drs. 16/6308, S. 294.

46 Bork/Jacoby/Schwab/Dutta, FamFG, 3. Aufl. 2018, § 434 Rn. 10.

47 Ausführlich Wilsch FGPrax 2012, 231 (232 f.).

48 BT-Drs. 16/6308, S. 294.

49 Bork/Jacoby/Schwab/Dutta, FamFG, 3. Aufl. 2018, § 434 Rn. 12.

50 Der Wortlaut des § 57 Abs. 1 S. 1 JustG NRW unterscheidet sich von § 435 Abs. 1 S. 1 FamFG einzig durch die ausdrückliche Regelung der Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger.

51 Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 435 Rn. 3.

52 Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 435 Rn. 3.

53 Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 435 Rn. 5.

54 Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 435 Rn. 6.

55 Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 435 Rn. 7.

56 Haußleiter/Haußleiter, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 471 Rn. 1.

57 Spindler/Stilz/Cahn, Aktiengesetz, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 7.

58 Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 437 Rn. 1.

FamFG hat es auf die Gültigkeit der öffentlichen Bekanntmachung keinen Einfluss, wenn das Aufgebot zu früh von der Gerichtstafel bzw. dem elektronischen System iSd § 435 Abs. 1 S. 2 FamFG entfernt wird. Die daraus möglicherweise resultierenden nachteiligen Folgen werden durch die Rechtzeitigkeitsfiktion von § 438 FamFG – wonach eine Anmeldung als rechtzeitig anzusehen ist, die vor dem Erlass des Ausschließungsbeschlusses erfolgt – etwas nivelliert.

5. Anmeldung von Rechten

Erfolgt eine Anmeldung von Rechten, stellt § 440 FamFG zwei Möglichkeiten in das Ermessen des Gerichts: Das Gericht kann das Verfahren aussetzen oder den Ausschließungsbeschluss unter Vorbehalt erlassen. § 440 FamFG erfasst nur die rechtsbestreitende Anmeldung⁵⁹ von Rechten, dh eine Anmeldung von Rechten, die mit dem Recht des Antragstellers kollidiert.

Für den Fall, dass sich die Rechtsbehauptungen des Antragstellers und des Anmelders ausschließen, etwa wenn bei dem Aufgebot des Grundstückseigentümers nach § 927 BGB, §§ 442 ff. FamFG sowohl der Anmelder als auch der Antragsteller behaupten, Eigentümer des Grundstücks zu sein, soll nach verbreiteter Ansicht auszusetzen sein.⁶⁰ In anderen Fällen ergeht ein Ausschließungsbeschluss, in dem das angemeldete Recht vorbehalten wird; der Vorbehalt bewirkt, dass die Rechte gegenüber dem Antragsteller gewahrt werden, falls sie bestehen.⁶¹ Gemäß der Fiktion des § 438 FamFG gelten Anmeldungen, die nach dem Anmeldezeitpunkt, aber noch vor dem Erlass⁶² des Ausschließungsbeschlusses ergehen, als rechtzeitig.

Weder Aussetzung noch Vorbehalt haben materiell-rechtliche Bedeutung. Der Bestand der angemeldeten Rechte ist nicht Gegenstand des Aufgebotsverfahrens; bei Uneinigkeit zwischen Antragsteller und Anmeldendem wird über die angemeldeten Rechte im streitigen Verfahren entschieden.⁶³

6. Entscheidung

Das Gericht kann am Ende des Aufgebotsverfahrens wie folgt entscheiden:⁶⁴

1. *Ausschließungsbeschluss*: Unterbleibt die rechtzeitige Anmeldung von Rechten, erlässt das Gericht einen vorbehaltlosen und unbeschränkten Ausschließungsbeschluss.

2. *Aussetzung des Verfahrens oder Beschluss mit Vorbehalt*: Liegen Anmeldungen vor, durch die das vom Antragsteller behauptete Recht bestritten wird, kann das Gericht das Verfahren aussetzen oder einen Beschluss erlassen, der die angemeldeten Rechte vorbehält und im Übrigen ausschließt;

3. *Zurückweisung des Antrags*: Liegen die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für den Erlass des Ausschließungsbeschlusses auch nach den weiteren Ermittlungen des Gerichts nicht vor oder ist der Antrag unzulässig, weist das Gericht den Antrag durch Beschluss zurück.

Der Ausschließungsbeschluss kann bei dem Aufgebot eines Grundschuldbriefes wie folgt aussehen:⁶⁵

Amtsgericht (...)

Ausschließungsbeschluss

Aktenzeichen

In der Aufgebotsache (Name), Antragsteller

Der Grundschuldbrief über die im Grundbuch von (...), Blatt (...) in Abteilung III, laufende Nummer (...) für die Gläubigerin (...) eingetragene Grundschuld über (...) Euro nebst Zinsen in Höhe von (...) Prozent wird für kraftlos erklärt.

Ort, Datum

Amtsgericht (...)

Als Ausnahme von § 40 Abs. 1 FamFG (Wirksamkeit mit Bekanntgabe) bestimmt § 439 Abs. 2 FamFG, dass die Endentscheidung in Aufgebotsachen erst mit formeller Rechtskraft, also mit Ablauf der Frist für die Einlegung des Rechtsbehelfs (§ 45 S. 1 FamFG) wirksam wird. Ausweislich der Gesetzesbegründung trägt das der rechtsgestaltenden Wirkung des Ausschließungsbeschlusses Rechnung.⁶⁶ Der Rechtswirkungsnachweis, etwa gegenüber dem Grundbuchamt, erfolgt durch Rechtskraftzeugnis gem. § 46 FamFG.

Wirksamwerden der Entscheidung bedeutet, dass die rechtlichen Wirkungen eintreten, welche der Beschluss seinem Inhalt nach herbeiführen soll. Diese Wirkung besteht beim Ausschließungsbeschluss in dem Eintritt der im Aufgebot nach § 434 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 FamFG angedrohten Rechtsnachteile. Die Rechtsnachteile richten sich nach dem materiellen Recht, das dem jeweiligen Aufgebotsverfahren zugrunde liegt, also etwa in der Kraftloserklärung der Urkunde im Falle des § 1162 BGB (ggf. iVm § 1192 Abs. 1 BGB).⁶⁷

Bewirkt der Beschluss eine Vermögensverschiebung zwischen dem Antragsteller und dem Berechtigten, stellt er den Rechtsgrund für das Behaltendürfen dar; bereicherungsrechtliche Ansprüche sind infolge der rechtsgestaltenden Wirkung des Ausschließungsbeschlusses grundsätzlich ausgeschlossen.⁶⁸

59 Im Gegensatz zur „uneigentlichen Anmeldung“ von Rechten, in der nur Verfahrensvoraussetzungen bestritten oder der Verfahrensgang gerügt wird und im Gegensatz zur „einschränkenden echten Anmeldung“, in denen die Anmeldung die Rechte des Antragstellers nicht ausschließt, sondern sich etwa im Falle des Aufgebots der Nachlassgläubiger bei Nichtanmeldung die Befriedigungschancen des Gläubigers verschlechtern: Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 440 Rn. 2 f.

60 OLG Hamm 8.2.2018 – 15 W 263/17, NJOZ 2018, 1326 (Rn. 10, 16 f.); MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 440 Rn. 8; Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 440 Rn. 4; Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 440 Rn. 7.

61 BGH 13.2.1980 – V ZR 59/78, NJW 1980, 1521; Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 440 Rn. 9.

62 Anmeldungen, die nach Erlass, aber vor Rechtskraft des Ausschließungsbeschlusses ergehen, gelten nicht als rechtzeitig: BGH 5.10.2016 – IV ZB 37/15, NJW 2016, 3664 (3665, Rn. 15 ff.); Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1162 Rn. 16.

63 Bork/Jacoby/Schwab/Dutta, FamFG, 3. Aufl. 2018, § 433 Rn. 13.

64 Bork/Jacoby/Schwab/Dutta, FamFG, 3. Aufl. 2018, § 433 Rn. 13; Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 439 Rn. 3 ff.; Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 439 Rn. 4.

65 Angelehnt an einen im elektronischen Bundesanzeiger am 3.12.2019 veröffentlichten Ausschließungsbeschluss des Amtsgerichts Düsseldorf.

66 BT-Drs. 16/6308, S. 295.

67 MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 439 Rn. 4; BeckOK FamFG/Schlögel, 34. Ed., Stand 1.4.2020, § 439 Rn. 5; Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 439 Rn. 6.

68 LG Koblenz 16.10.1962 – 6 S 202/62, NJW 1963, 254 (254 f.); BeckOK FamFG/Schlögel, 34. Ed., Stand 1.4.2020, § 439 Rn. 6.

III. Rechtsbehelfe

1. Beschwerde

Gegen den Ausschließungsbeschluss und den Zurückweisungsbeschluss ist die befristete Beschwerde das statthafte Rechtsmittel, § 58 Abs. 1 FamFG, § 11 Abs. 1 RPflG. Beschwerdeberechtigt ist jeder, der durch den Beschluss in seinen Rechten beeinträchtigt ist, § 59 Abs. 1 FamFG. In diesem Sinne beeinträchtigt sind Personen, die mit ihren Rechten ausgeschlossen oder deren angemeldete Rechte nicht vorbehalten werden.⁶⁹ Vorbehalte und Beschränkungen im Ausschließungsbeschluss, ebenso wie der Zurückweisungsbeschluss (§ 59 Abs. 2 FamFG), beschweren nur den Antragsteller.⁷⁰

Aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit⁷¹ gibt es – abweichend von § 61 Abs. 1 FamFG – keinen Mindestbeschwerdewert, § 439 Abs. 3 FamFG.

Die Beschwerdefrist beträgt einen Monat, § 63 Abs. 1 FamFG; die Frist beginnt mit der Bekanntgabe des Beschlusses an die Beteiligten, § 63 Abs. 3 S. 1 FamFG. Da der Ausschließungsbeschluss an die unbekannteten Berechtigten öffentlich zuzustellen ist, beginnt die Beschwerdefrist erst mit Eintritt der Zustellfiktion, dh einen Monat nach Aushang, § 441 FamFG iVm § 188 S. 1 ZPO. In der Regel tritt die Rechtskraft des Ausschließungsbeschlusses also etwa zwei Monate nach Erlass des Beschlusses ein.⁷²

2. Wiedereinsetzung

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist gem. §§ 17 bis 19 FamFG bei Versäumung gesetzlicher Fristen statthaft. Der von der rechtsvernichtenden Wirkung des Ausschließungsbeschlusses betroffene unbekanntete Rechtsinhaber wird davon – trotz öffentlicher Zustellung der Ausschlussentscheidung – regelmäßig keine Kenntnis erlangen. Überwiegend wird vertreten, dass auch nach Ablauf der Beschwerdefrist Beschwerde eingelegt und gegen die unverschuldete Fristversäumung Wiedereinsetzung beantragt werden kann.⁷³ Die Fristversäumung sei auch schuldlos, wenn der elektronische Bundesanzeiger oder die Aushänge an der Gerichtstafel nicht regelmäßig gelesen würden.⁷⁴ Zweifelhafte Folge davon ist, dass so die vom Gesetzgeber angestrebte Rechtssicherheit für einige Jahre nicht erreicht wird.⁷⁵

Abweichend von der Jahresfrist gem. § 18 Abs. 4 FamFG gilt für die Wiedereinsetzung eine Frist von fünf Jahren, § 439 Abs. 4 S. 1 FamFG. Auch gegen die Versäumung der Frist zur Anmeldung nach § 438 FamFG kann nach überwiegender Meinung – anderer Ansicht ist allerdings das OLG Köln⁷⁶ – im Rahmen der Entscheidung über die Beschwerde Wiedereinsetzung gewährt werden.⁷⁷

69 MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 439 Rn. 8.

70 MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 439 Rn. 8.

71 BT-Drs. 16/6308, S. 295.

72 MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 439 Rn. 8; Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 441 Rn. 2.

73 OLG Hamm 1.8.2014 – I-15 W 127/14, BeckRS 2014, 22432 (Rn. 6 f.); MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 439 Rn. 8; Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Auflage 2020, § 439 Rn. 9; krit. BeckOK FamFG/Schlögel, 35. Ed., Stand 1.7.2020, § 439 Rn. 9.

74 OLG Köln 1.8.2014 – I-15 W 127/14, BeckRS 2014, 22432 (Rn. 6); Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 439 Rn. 9.

75 BeckOK FamFG/Schlögel, 35. Ed., Stand 1.7.2020, § 439 Rn. 9.

76 OLG Köln 25.9.2015 – 2 Wx 191/15, BeckRS 2015, 17609 (Rn. 14, 16 ff.).

3. Wiederaufnahme

Die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen den rechtskräftig gewordenen Ausschließungsbeschluss ist gem. § 48 Abs. 2 FamFG in entsprechender Anwendung der §§ 578 ff. ZPO möglich. Bei dem Aufgebot von Urkunden kommt §§ 48 Abs. 2 FamFG, 580 Nr. 7 lit. b ZPO in Betracht: das Auffinden oder die Benutzungsmöglichkeit einer Urkunde.⁷⁸ Abweichend von der Fünf-Jahres-Frist gem. § 586 Abs. 2 S. 2 ZPO beträgt die Frist für die Wiederaufnahme des Verfahrens zehn Jahre ab Rechtskraft des Ausschließungsbeschlusses, § 439 Abs. 4 S. 2 FamFG.

Die Verlängerung der Fristen für Wiedereinsetzung und Wiederaufnahme tragen dem Umstand Rechnung, dass regelmäßig unbekanntete Personen vom Aufgebotsverfahren betroffen sind, die – wenn überhaupt – häufig erst sehr spät von ihrer Betroffenheit Kenntnis erlangen.⁷⁹ Diese erweiterten Rechtsschutzmöglichkeiten sind aufgrund der rechtsvernichtenden Wirkung des Ausschlussverfahrens notwendig, um die Vorgaben des verfassungsrechtlichen Gebots des Art. 19 Abs. 4 GG zu erfüllen; dem Betroffenen muss hinreichend Möglichkeit gegeben werden, die erstinstanzliche Entscheidung – auch nach Fristablauf – überprüfen zu lassen.⁸⁰

F. Aufgebot zur Kraftloserklärung von Urkunden

I. Einleitung

Folgende Urkunden können im Wege des Aufgebots nach §§ 466 ff. FamFG aufgeboden werden:

- § 799 Abs. 1 S. 1 BGB: *Inhaberschuldverschreibungen*, wenn nicht in der Urkunde das Gegenteil bestimmt ist; ausgenommen sind gem. § 799 Abs. 1 S. 2 BGB Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine sowie die auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen. Nicht aufgebotsfähig sind zudem Erneuerungsscheine iSd § 805 BGB und Inhaberkarten und -marken nach § 807 BGB („kleine Inhaberpapiere“ wie bspw. Fahr-scheine, Essensmarken, Geschenkgutscheine, Gutscheinkarten von Einzelhändlern, nicht personalisierte Eintrittskarten⁸¹ und Briefmarken⁸²); auch ausgenommen sind Bank-, Geld- und Kreditkarten,⁸³ da § 807 BGB nicht auf § 799 BGB verweist;⁸⁴
- § 808 Abs. 2 S. 2 BGB: „*hinkende Inhaberpapiere*“, vorbehaltlich einer anderweitigen Bestimmung in der Urkunde; das Aufgebotsverfahren findet insbesondere auf Sparbücher Anwendung;⁸⁶

77 OLG Hamm 27.12.2013 – 15 W 299/12, FGPrax 2014, 136; OLG München 26.8.2015 – 34 Wx 247/15, NJW-RR 2016, 11 (12, Rn. 11); Haußleiter/Haußleiter, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 439 Rn. 6; Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 438 Rn. 4.

78 MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 439 Rn. 8.

79 BT-Drs. 16/6308, S. 295; BeckOK FamFG/Schlögel, 34. Ed., Stand 1.4.2020, § 439 vor Rn. 1.

80 BT-Drs. 16/6308, S. 295; Haußleiter/Haußleiter, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 439 Rn. 6.

81 BGH 11.9.2008 – I ZR 74/06, NJW 2009, 1504 (1508, Rn. 49).

82 BGH 11.10.2005 – XI ZR 395/04, NJW 2006, 54 (54 f., Rn. 13 ff.).

83 Es ist umstritten, ob es sich bei Bank-, Geld- und Kreditkarten um „kleine Inhaberpapiere“ nach § 807 BGB handelt: Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl. 2020, § 807 Rn. 2 mwN.

84 Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl. 2020, § 799 Rn. 2.

85 MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, § 808 Rn. 1.

86 BGH 7.7.1998 – XI ZR 351–97, NJW-RR 1998, 1661 (1661 f.).

- § 1162 BGB (auch iVm §§ 1192 Abs. 1, 1199 Abs. 1 BGB): *Hypotheken-, Grundschild- und Rentenschuldbriefe*;
- § 365 Abs. 2 S. 1 HGB: *kaufmännische Urkunden*, und zwar kaufmännische Orderpapiere nach § 363 Abs. 1 HGB sowie Konnossemente, Lade- und Lagerscheine sowie Transportversicherungspolice, wenn sie „an Order lauten“, § 363 Abs. 2 HGB;⁸⁷
- § 72 Abs. 1 S. 1 AktG: *Aktien und Zwischenscheine*;
- Art. 90 Abs. 1 S. 1 WG: *Wechsel*;
- Art. 59 Abs. 1 S. 1 ScheckG: *Schecks*.

Für das Aufgebot zur Kraftloserklärung von Urkunden enthalten die §§ 466 bis 483 FamFG – ergänzend und teilweise speziell zu §§ 433 ff. FamFG – besondere Vorschriften.

II. Örtliche Zuständigkeit

Gem. § 466 Abs. 1 S. 1 FamFG ist grundsätzlich das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk der in der Urkunde bezeichnete Erfüllungsort liegt. Fehlt eine ausdrückliche Bezeichnung des Erfüllungsortes in der Urkunde, genügt es, dass der Erfüllungsort bestimmbar ist, etwa nach § 269 BGB.⁸⁸ Für das Aufgebot eines Sparbuchs heißt das: Die im Sparbuch verbrieftete Leistung ist die Auszahlung des Sparguthabens; die Bank ist vertraglich verpflichtet, das Guthaben gegen Vorlage des Sparbuches auszuzahlen. Wenn kein anderer Erfüllungsort erkennbar ist, führt der vertragliche Erfüllungsort gem. § 269 Abs. 1 S. 1 BGB zur Zuständigkeit des Amtsgerichts, in dessen Bezirk das kontoführende Institut seinen Sitz hat.⁸⁹ Wenn sich aus § 466 Abs. 1 S. 1 FamFG keine Zuständigkeit ergibt, ist der allgemeine Gerichtsstand des Ausstellers (hilfsweise: der allgemeine Gerichtsstand zum Zeitpunkt der Ausstellung) nach den §§ 12 bis 19 a ZPO maßgeblich.⁹⁰

Bei mehreren Gerichtsständen ist jedes Gericht örtlich zuständig und der Antragsteller hat die Wahl unter mehreren Gerichtsständen; zuständig ist dann das zuerst mit der Angelegenheit befasste Gericht.⁹¹

Für Urkunden über im Grundbuch eingetragene Rechte, dh für Hypotheken-, Grundschild- und Rentenschuldbriefe, ist nach § 466 Abs. 2 FamFG das Gericht der belegenden Sache ausschließlich örtlich zuständig. Dies ist gem. § 24 Abs. 1 ZPO das Gericht, in dessen Bezirk das belastete Grundstück liegt.

III. Antragsberechtigung

Die Antragsberechtigung richtet sich nach der Art der Urkunde:

§ 467 Abs. 1 FamFG regelt für die Sonderfälle des Aufgebots von Inhaberpapieren und Orderpapieren mit Blankoindossament, dass der bisherige Inhaber, und zwar un-

abhängig von seiner Legitimation (dh ohne dass es weiter darauf ankommt, ob ihm ein Recht aus der Urkunde zusteht), antragsberechtigt ist.⁹² Bei Inhaberaktien richtet sich die Antragsberechtigung mithin nach § 467 Abs. 1 FamFG, dh es ist derjenige antragsberechtigt, der bei Verlust oder Vernichtung unmittelbarer Besitzer war.⁹³ Im Ergebnis hat dies wegen des Regelfalls der Girosammelverwahrung zur Folge, dass allein die Clearstream Banking AG als letzte unmittelbare Besitzerin der Urkunde berechtigt ist, das Aufgebotsverfahren zu beantragen; aufgrund des Verwahrungsvertrages ist sie dazu auch verpflichtet.⁹⁴

Im Regelfall ergibt sich die Antragsberechtigung aus § 467 Abs. 2 FamFG: Danach ist derjenige zur Stellung des Antrags berechtigt, der materiell-rechtlich befugt ist, das Recht aus der Urkunde geltend zu machen. So bestimmt sich die Antragsberechtigung bei Namensaktien oder Zwischenscheinen ohne Blankoindossament.⁹⁵ Die erforderliche Legitimation kann aus der Bezeichnung als Berechtigter in der Urkunde oder aus der Stellung als letztes Glied einer ununterbrochenen Indossament- oder Abtretungskette hergeleitet werden.⁹⁶ Auch für Sparbücher als sog. „hinkende Inhaberpapiere“ richtet sich die Antragsberechtigung nach § 467 Abs. 2 FamFG.⁹⁷

Sind aus einer Urkunde mehrere berechtigt, ist zu differenzieren: Wurzelt das Antragsrecht in einer gesamthänderischen Bindung oder sonstiger Beschränkung der Verfahrensbefugnis, ist gemeinsames Handeln erforderlich.⁹⁸ Im Übrigen kann jeder Mitberechtigte für sich einen Antrag stellen.⁹⁹

Bei dem Aufgebot eines Grundpfandrechtsbriefs steht die Antragsberechtigung dem Inhaber des dinglichen Rechts nach § 467 Abs. 2 FamFG zu. In den Fällen des §§ 1163 Abs. 1, 1164 Abs. 1 BGB ist der Eigentümer bzw. der persönliche Schuldner antragsberechtigt.

Hat der Gläubiger eines Grundpfandrechts dem Eigentümer eine Löschungsbewilligung oder löschungsfähige Quittung erteilt, ist der Eigentümer antragsberechtigt.¹⁰⁰ Eine „löschungsfähige Quittung“ stellt eine Quittung im Sinne

87 Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, vor § 466 Rn. 2.

88 OLG Düsseldorf 8.4.2013 – I-3 Sa 1/13, FGPrax 2013, 231 (231); Keidel/Giers, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 466 Rn. 12; Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 466 Rn. 2.

89 OLG Düsseldorf 8.4.2013 – I-3 Sa 1/13, FGPrax 2013, 231 (231); Keidel/Giers, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 466 Rn. 12.

90 Keidel/Giers, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 466 Rn. 12; Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 466 Rn. 2.

91 OLG Düsseldorf 8.4.2013 – I-3 Sa 1/13, FGPrax 2013, 231 (231); Keidel/Giers, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 466 Rn. 12; Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 466 Rn. 2.

92 Vgl. hierzu auch Keidel/Giers, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 467 Rn. 1, 3; Prütting/Helms/Holzer, FamFG, 4. Aufl. 2018, § 467 Rn. 4.

93 OLG Frankfurt a. M. 17.12.2015 – 20 W 249/14, NZG 2016, 1428 (1429, Rn. 25 ff.).

94 Spindler/Stilz/Cahn, Aktiengesetz, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 8; Hüfner/Koch/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 72 Rn. 4.

95 Spindler/Stilz/Cahn, Aktiengesetz, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 9; Hüfner/Koch/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 72 Rn. 4.

96 Spindler/Stilz/Cahn, Aktiengesetz, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 9; Hüfner/Koch/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 72 Rn. 4.

97 OLG Karlsruhe 20.11.2014 – 14 Wx 60/14, BeckRS 2015, 3540 (Rn. 9 f.).

98 MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 434 Rn. 5; BeckOK FamFG/Schlögel, 34. Ed., Stand 1.4.2020, § 434 Rn. 2; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1162 Rn. 10. Auch bei dem Eigentümeraufgebot nach § 927 BGB können mehrere Eigenbesitzer den Antrag nur gemeinsam stellen: MüKoBGB/Rubwinkel, 8. Aufl. 2020, § 927 Rn. 5; Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 434 Rn. 3.

99 MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 434 Rn. 5; Keidel/Giers, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 467 Rn. 2; BeckOK FamFG/Schlögel, 34. Ed., Stand 1.4.2020, § 434 Rn. 2, § 467 Rn. 1. Wolfsteiner hält darüber hinaus auch bei Miteigentümern ein gemeinschaftliches Handeln für erforderlich: Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1162 Rn. 10.

100 OLG Düsseldorf 20.3.2019 – I-3 Wx 204/18, BeckRS 2019, 11297 (Rn. 19); OLG Düsseldorf 10.8.2016 – I-3 Wx 153/15, BeckRS 2016, 126158 (Rn. 16); OLG Düsseldorf 13.12.2012 – 3 Wx 247/12, RNotZ 2013, 100 (102); OLG München 5.11.2010 – 34 Wx 117/10, FGPrax 2011, 47 (47 f.); Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1162 Rn. 11, 23.

von § 368 BGB dar, in welcher der Gläubiger in öffentlicher oder öffentlich-beglaubigter Form die notwendigen Tatsachen für den Rechtsübergang bescheinigt.¹⁰¹ Der Eigentümer ist auch bei Vorlage einer Ersatzlöschungsbewilligung antragsberechtigt.¹⁰² Die Antragsberechtigung des Eigentümers ergibt sich aus gewillkürter Prozessstandschaft;¹⁰³ in der Überlassung der Löschungsbewilligung durch den Gläubiger liegt das Einverständnis, mit dem Grundpfandrecht nach Belieben zu verfahren, erforderlichenfalls auch das Aufgebotsverfahren zu betreiben.¹⁰⁴ Der Eigentümer bleibt auch antragsberechtigt, wenn er das Grundstück veräußert und das Eigentum an dem belasteten Grundstück an den Käufer verliert, soweit er sich dem Käufer und neuem Eigentümer gegenüber zur Lastenfreistellung verpflichtet hat.¹⁰⁵

Auch der Eigentümer, zu dessen Gunsten ein – die Löschungsbewilligung ersetzendes – rechtskräftiges Urteil vorliegt (§ 894 ZPO) ist antragsberechtigt.¹⁰⁶ Der Grundpfandrechtsgläubiger, der einen vollstreckbaren Anspruch auf Rangrücktritt einer Briefgrundschuld hinter ein ihm zustehendes Grundpfandrecht hat, ist hingegen nicht antragsberechtigt.¹⁰⁷

Ein unter Betreuung stehender Eigentümer bedarf für das Betreiben des Aufgebotsverfahrens zur Kraftloserklärung von Grundpfandrechtsbriefen nicht der betreuungsgerichtlichen Genehmigung, da Grundpfandrechte vom Genehmigungserfordernis ausgenommen sind (vgl. § 1821 Abs. 2 iVm § 1908 i Abs. 1 S. 1 BGB) und auch keine genehmigungspflichtige Verfügung iSd §§ 1812, 1908 i Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt. Da auch ein Zivilprozess genehmigungsfrei geführt werden kann, überzeugt dieses Ergebnis.¹⁰⁸ In der Praxis wird teilweise eine Kopie des Antrages zu Informationszwecken an das Betreuungsgericht übersandt.¹⁰⁹

Fehlt die Antragsberechtigung, ist der Antrag nicht unbegründet, sondern von vornherein unzulässig.¹¹⁰

IV. Antragsbegründung

§ 468 FamFG normiert spezielle Vorgaben für den Antrag im Aufgebotsverfahren zur Kraftloserklärung von Urkunden, ergänzend zur allgemeinen Regelung des § 434 FamFG.

1. Individualisierung

Zunächst muss die Urkunde individualisiert werden; hierfür kann der Antragsteller eine einfache Abschrift der Urkunde beibringen oder – für den Fall, dass er über keine Ab-

schrift verfügt – alle Angaben machen, die zur vollständigen Erkennbarkeit der Urkunde erforderlich sind, § 468 Nr. 1 FamFG.¹¹¹ In der Regel gelingt dem Antragsteller die Vorlage einer einfachen Abschrift entweder anhand der eigenen Unterlagen oder aber jedenfalls unter Rückgriff auf die Akte des Grundbuchamtes,¹¹² da jedenfalls in Nordrhein-Westfalen gem. § 21 Abs. 3 S. 1 GBGA NRW von Grundpfandrechtsbriefen ein weiterer Ausdruck zur Grundakte zu nehmen ist. Zudem kann der Antragsteller zur Vorbereitung des Antrages bei Aktien und Inhaberschuldverschreibungen auch vom Aussteller der Urkunde Auskunft verlangen.¹¹³

Bei Aktien ist zur Individualisierung der Urkunde die Angabe der Aktiennummer erforderlich.¹¹⁴ Kann die Aktiennummer von den Beteiligten nicht beigebracht werden, kann das Gericht im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht gem. § 26 FamFG gehalten sein, (Mit-)Aktionäre schriftlich und ggf. auch persönlich nach § 34 Abs. 1 FamFG anzuhören.¹¹⁵ Auch wenn es grundsätzlich nach § 29 Abs. 1 FamFG im Ermessen des Gerichts steht, Beweise in geeigneter Form zu erheben, kann das Gericht unter Umständen verpflichtet sein, auf den Strengbeweis nach den Regeln der ZPO, wie etwa die förmliche Vernehmung von Zeugen, zurückzugreifen.¹¹⁶

2. Urkundsverlust und Antragsberechtigung

Gem. § 468 Nr. 2 FamFG hat der Antragsteller den Verlust der Urkunde sowie seine Antragsberechtigung glaubhaft zu machen. Die materiell-rechtliche Voraussetzung des Urkundsverlusts umfasst das Abhandenkommen und die Vernichtung der Urkunde.

a) Abhandenkommen

Der Begriff des Abhandenkommens ist umstritten. Unter Bezugnahme auf ein Urteil des Reichsgerichts¹¹⁷ und in Anlehnung an § 935 BGB wird Abhandenkommen vereinzelt als unfreiwilliger Verlust des unmittelbaren Besitzes verstanden.¹¹⁸ Anderer Auffassung nach ist von einem Abhandenkommen der Urkunde auszugehen, wenn der Inhaber den Besitz derart verloren hat, dass er nicht mehr auf die Urkunde zugreifen kann¹¹⁹ – was insbesondere auch der Fall ist, wenn der Inhaber die Urkunde auch nicht im Wege der Zwangsvollstreckung erlangen kann¹²⁰ oder wenn er den Besitzer der Urkunde „aus den Augen verloren“ und ihm

101 *Schäuble* ZEV 2013, 589 (590).

102 OLG Düsseldorf 10.8.2016 – I-3 Wx 153/15, BeckRS 2016, 126158 (Rn. 24); OLG Düsseldorf 13.12.2012 – 3 Wx 247/12, RNotZ 2013, 100 (102).

103 Laut *Heinze* „Verfahrensstandschaft“: *Heinze* ZNotP 2014, 202 (202).

104 OLG Düsseldorf 10.8.2016 – I-3 Wx 153/15, BeckRS 2016, 126158 (Rn. 16); OLG Düsseldorf 13.12.2012 – 3 Wx 247/12, RNotZ 2013, 100 (102); OLG München 5.11.2010 – 34 Wx 117/10, FGPrax 2011, 47 (47 f.).

105 OLG Düsseldorf 13.12.2012 – 3 Wx 247/12, RNotZ 2013, 100 (102); OLG München 5.11.2010 – 34 Wx 117/10, FGPrax 2011, 47 (47 f.); *Wilsch* FGPrax 2012, 231 (232).

106 *Wilsch* FGPrax 2012, 231 (232).

107 OLG München 7.11.2012 – 34 Wx 371/11, BeckRS 2012, 24445.

108 Auch der Umkehrschluss zu § 16 Abs. 3 VerschG spricht für dieses Ergebnis: *Wilsch* FGPrax 2012, 231 (232).

109 *Wilsch* FGPrax 2012, 231 (232).

110 Keidel/*Zimmermann*, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 434 Rn. 3.

111 Zu § 1007 Nr. 1 ZPO (gleichlautende Vorgängernorm von § 468 Nr. 1 FamFG): BGH 25.9.1989 – II ZR 53/89, NJW-RR 1990, 166 (168); Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 468 Rn. 2.

112 *Wilsch* FGPrax 2012, 231 (232).

113 Die Auskunftspflicht ergibt sich aus § 799 Abs. 2 S. 1 BGB, § 72 Abs. 1 S. 2 AktG bzw. aus einer Nebenpflicht aus dem Begebungsvertrag: Keidel/*Gierys*, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 468 Rn. 3; Beck-OK FamFG/*Schlögel*, 34. Ed., Stand 1.4.2020, § 468 Rn. 1.

114 Zur gleichlautenden Vorgängernorm des § 468 FamFG (§ 1007 Nr. 1 ZPO): BGH 25.9.1989 – II ZR 53/89, NJW-RR 1990, 166 (168).

115 OLG München 5.1.2012 – 34 Wx 369/11, NZG 2012, 181 (182).

116 OLG München 5.1.2012 – 34 Wx 369/11, NZG 2012, 181 (182).

117 RG 21.1.1921 – VII 360/20, RGZ 101, 224 (225 f.).

118 Prütting/Helms/*Holzer*, FamFG, 4. Aufl. 2018, vor §§ 466-484 Rn. 4.

119 OLG Düsseldorf 10.8.2016 – I-3 Wx 153/15, BeckRS 2016, 126158 (Rn. 18); MüKoFamFG/*Dörndorfer*, 3. Aufl. 2019, § 466 Rn. 11; Bork/Jacoby/Schwab/*Dutta*, FamFG, 3. Aufl. 2018, vor § 466 Rn. 4; Keidel/*Gierys*, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 466 Rn. 11; *Schaal* RNotZ 2008, 569 (588); *Wilsch* FGPrax 2012, 231 (231).

120 OLG Stuttgart 28.4.1955 – 3 U 3/54, NJW 1955, 1154 (1155); Staudinger/*Wolfsteiner*, BGB, Neubearb. 2019, § 1162 Rn. 3.

dessen Aufenthalt unbekannt ist.¹²¹ Das letztgenannte, wei- te Begriffsverständnis überzeugt: Es ist sachgerechter, weil es den wertpapierrechtlichen Gegebenheiten besser ent- spricht, für den Verlust nicht auf den Willen des Besitzers abzustellen.¹²² Diesem Verständnis nach können insbeson- dere auch bei bekanntem Verbleib der Urkunde die Voraus- setzungen für eine Neuausstellung geschaffen werden.¹²³

b) Vernichtung

Von der „Vernichtung“ der Urkunde ist zum einen bei voll- kommenem Substanzverlust, zum anderem bei so weit- gehender Beschädigung oder Zerstörung der Urkunde aus- zugehen, dass ihr wesentlicher Inhalt nicht mehr zuverlässig feststellbar oder ihre Echtheit nicht überprüfbar ist.¹²⁴ Nicht ausreichend ist, dass die Urkunde teilweise unleser- lich oder stark beschädigt ist – in diesem Fall wird gem. § 67 Abs. 1 GBO auf Antrag des Berechtigten unter Vor- lage des bisherigen (unleserlichen oder stark beschädigten) Briefes ein neuer Brief erteilt.¹²⁵ Entsprechend hat der Ak- tionär bei „beschädigten oder verunstalteten“ Aktien gem. § 74 S. 1 AktG einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Erteilung einer neuen Urkunde gegen Aushändigung der al- ten; bei Vernichtung der Aktie kann hingegen das Auf- gebotsverfahren betrieben werden.

c) Glaubhaftmachung, insbesondere bei Grundpfandrechtsbriefen

Für die Glaubhaftmachung steht insbesondere das Mittel der eidesstattlichen Versicherung zur Verfügung, §§ 31 Abs. 1, 439 Abs. 1 FamFG.¹²⁶ Insofern der Antragsteller zu diesem Zweck nicht ohnehin eine eidesstattliche Versiche- rung vorlegt, hat er diese – im Hinblick auf die Angaben nach § 468 Nr. 2 FamFG¹²⁷ – gem. § 468 Nr. 3 FamFG an- zubieten.

aa) Briefverlust

In der Praxis bereitet die Glaubhaftmachung der Antrags- berechtigung zur Kraftloserklärung von Grundpfand- rechtsbriefen häufig Schwierigkeiten.¹²⁸

Geht es um die Glaubhaftmachung des Verlusts der Urkun- de für den Fall, dass der Aufenthalt des letzten Besitzers der Urkunde unbekannt ist, sind dem Antragsteller Nachfor- schungen zumutbar. So ließ die Rechtsprechung den Post- rücklauf für die Glaubhaftmachung eines unbekanntem Aufenthalts nicht genügen, insbesondere „*wenn es ein zen- trales Meldewesen und eine Meldepflicht gibt*“.¹²⁹ Für den Fall, dass der Grundstückseigentümer glaubhaft gemacht hat, der Grundschuldgläubiger habe ihm Grundschuldbrief und Löschungsbewilligung übersandt, diese seien nun nicht

mehr auffindbar und der Grundschuldgläubiger habe da- raufhin Ersatzlöschungsbewilligung erteilt, sei eine zusätz- liche Erklärung des Grundschuldgläubigers, dass auch er nicht im Besitz des Grundschuldbriefes sei und nicht über weitere Erkenntnisse verfüge, hingegen nicht nötig.¹³⁰

bb) Rechtsnachfolge

Problematisch gestaltet sich ferner regelmäßig die Glaub- haftmachung des Verlusts von Grundpfandrechtsbriefen bei mittlerweile eingetretener Rechtsnachfolge. Hierzu liegt ins- besondere uneinheitliche Rechtsprechung des OLG Düssel- dorf vor: So entschied der 3. Senat im Jahre 2010, dass der Rechtsnachfolger mangels eigener Wahrnehmung regel- mäßig nicht an Eides statt versichern könne, dass der Erblas- ser oder sein Rechtsvorgänger nicht außerhalb des Grund- buchs über das Briefgrundpfandrecht – in diesem Fall über eine Briefhypothek – verfügt hätten.¹³¹ In einer anderen Ent- scheidung aus dem Jahr 2012 befand derselbe Senat, dass dieser Umstand der Glaubhaftmachung der Antragsberech- tigung durch den Rechtsnachfolger nicht entgegenstehe; der Senat begründete das mit den Unterschieden zwischen Brief- grundschulden und Briefhypotheken: Bei einer Briefhypothek entstehe bereits durch die Rückzahlung des Darlehens eine Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 BGB); bei Briefgrundschulden werde der Grund- stückseigentümer hingegen bei Verfügungen außerhalb des Grundbuchs nur unter den Voraussetzungen der §§ 1154 Abs. 1 S. 1, 1117 Abs. 1, 1192 Abs. 1 BGB – dh mit Ertei- lung einer schriftlichen Abtretungserklärung und Übergabe des Grundschuldbriefes – Inhaber der Grundschuld.¹³² Das Gericht führt in der Entscheidung ferner aus, dass ausrei- chend glaubhaft gemacht worden sei, dass der eingetragene Grundpfandrechtsgläubiger weiterhin Inhaber der Grund- schulde sei; es handle sich um eine bloß theoretische Mög- lichkeit, dass der Grundschuldgläubiger die Grundschuld in der Vergangenheit auf Dritte übertragen oder auf sonstige Weise über sie verfügt habe. In diesem Zusammenhang hebt das OLG Düsseldorf als berücksichtigenswerten Umstand hervor, dass der Grundschuldgläubiger im entschiedenen Fall eine Bausparkasse und nicht eine „gewöhnliche“ Ge- schäftsbank sei. Rechtsunsicherheit besteht diesem Urteil nach also für Fälle, in denen es sich bei dem Grundschuld- gläubiger um eine Geschäftsbank handelt.

Kurze Zeit später, im Jahr 2013, entschied der 25. Senat, dass auch bei Briefgrundschulden die Glaubhaftmachung der Antragsberechtigung durch Dritte (hier: der Betreuerin der zwischenzeitlich verstorbenen Grundstückseigentüme- rin) mangels eigener Wahrnehmung nicht infrage komme; insbesondere erscheine es möglich, dass die Eigentümerin die Grundschuld an einen Dritten übertragen habe, nach- dem ihr der Grundschuldbrief durch die Sparkasse überge- ben worden sei.¹³³ Dem hat sich der 3. Senat des OLG Düs- seldorf in einer Entscheidung im Jahr 2019 angeschlossen; in der Entscheidung – der eine Briefhypothek zugrunde lag

121 OLG Brandenburg 7.2.2013 – 6 Wx 6/12, BeckRS 2013, 3288; OLG Karlsruhe 20.11.2014 – 14 Wx 60/14, BeckRS 2015, 3540 (Rn. 12); LG Koblenz 13.5.1954 – 6 T 69/54, NJW 1955, 506; Stau- dinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1162 Rn. 3.

122 MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 466 Rn. 11.

123 MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 466 Rn. 11.

124 Bork/Jacoby/Schwab/Dutta, FamFG, 3. Aufl. 2018, vor § 466 Rn. 4; Keidel/Giers, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 466 Rn. 11; Bumil- ler/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, vor § 466 Rn. 5; Prütting/Helms/Holzer, FamFG, 4. Aufl. 2018, vor §§ 466-484 Rn. 4; Wilsch FGPrax 2012, 231 (231).

125 Keidel/Giers, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 466 Rn. 11; Schaal RNotZ 2008, 569 (588); Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1162 Rn. 5; Wilsch FGPrax 2012, 231 (231).

126 Vgl. zur Form: Abschnitt E. II. 1.

127 BeckOK FamFG/Schlögel, 34. Ed., Stand 1.4.2020, § 468 Rn. 2.

128 Heckel DNotZ 2017, 348 (348).

129 OLG Karlsruhe 20.11.2014 – 14 Wx 60/14, BeckRS 2015, 3540 (Rn. 12).

130 OLG Düsseldorf 10.8.2016 – I-3 Wx 153/15, BeckRS 2016, 126158 (Rn. 19 ff.); RNotZ 2018, 127 (Ls.).

131 OLG Düsseldorf 6.7.2010 – 3 Wx 121/10, RNotZ 2012, 34 (35; mit Einordn. Schriftlgt.); zu einem ähnlich gelagerten Fall und Vernei- nung der Antragsberechtigung der Rechtsnachfolger: OLG Mün- chen 25.7.2017 – 34 Wx 110/17, BeckRS 2017, 118274 (Rn. 17); OLG Brandenburg 10.5.2012 – 6 Wx 1/12, BeckRS 2012, 11395; kriti. BeckOK FamFG/Schlögel, 34. Ed., Stand 1.4.2020, § 467 Rn. 2.

132 OLG Düsseldorf 13.12.2012 – 3 Wx 247/12, RNotZ 2013, 100 (102 f., mit Einordn. Schriftlgt.).

133 OLG Düsseldorf 7.5.2013 – I-25 Wx 21/13, BeckRS 2013, 197351 (Rn. 17, 20 f.).

– führt das Gericht unter anderem aus, dass der Erbe „*man-gels eigener Wahrnehmung (...) nicht an Eides statt ver-sichern [kann], was der Eigentümer nach Übergang der Hy-pothek auf sich selbst ‚mit seiner Hypothek‘ gemacht hat. Der Erbe kann in der Regel also nicht versichern, dass er nach materiellem Recht Gläubiger des Grundpfandrechts ist*“.¹³⁴ Das Gericht referiert in dieser Entscheidung auch seine anderslautende Entscheidung aus dem Jahr 2012 und betont, dass die in der aktuellen Entscheidung für aus-schlaggebend gehaltenen Gründe überzeugend auch auf den Fall der Kraftloserklärung eines Grundschuldbriefs an-zuwenden seien.¹³⁵ Die Tendenz des OLG Düsseldorf geht demnach dahin, dem antragstellenden Rechtsnachfolger die Antragsberechtigung zu versagen – und zwar unabhän-gig davon, ob es sich um einen Hypotheken- oder Grund-schuldbrief handelt.

Dieses Ergebnis überzeugt nicht. In der Praxis führt die un-einheitliche Rechtsprechung zu Rechtsunsicherheit; vor al-lem aber läuft ein (zu) enges Verständnis der Glaubhaftma-chung Gefahr, Sinn und Zweck des Aufgebotsverfahrens – nämlich die glaubhaft gemachte Tatsache gerade einer Klä-rung zuzuführen – zu konterkarieren und den Begriff der Glaubhaftmachung zu verfehlen.¹³⁶ Für die Glaubhaftma-chung genügt – anders als für den Vollbeweis – ein geringe-erer Grad der richterlichen Überzeugungsbildung; eine Be-hauptung ist bereits glaubhaft gemacht, wenn die überwie-gende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sie zutrifft.¹³⁷ Nicht erforderlich ist, dass alle anderen Möglichkeiten praktisch ausgeschlossen sein müssen;¹³⁸ es muss auch keine vernünftige Zweifel ausschließende Gewissheit bestehen.¹³⁹ Ausreichend ist, dass mehr für das Vorliegen der Tatsache spricht als dagegen.¹⁴⁰

Die vorgenannten Entscheidungen, nach denen die An-tragsberechtigung bei Briefgrundschulden zu versagen ist, stehen rechtlich auf keiner tragfähigen Grundlage:¹⁴¹ Über-zeugend muss zwischen Grundschulden und Hypotheken unterschieden werden: Zahlungen erfolgen bei Grund-schulden – anders als bei Hypotheken – regelmäßig auf die gesicherte Forderung und nicht auf die Grundschuld.¹⁴² Be-rücksichtigungswert ist auch, dass die Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute Zahlungen auf die Grundschuld regel-mäßig ausschließen und demnach ein Erfahrungssatz da-hingehend besteht, dass das Kreditverhältnis entsprechend „gelebt“ wurde.¹⁴³

Mit dem Beweismaß der Glaubhaftmachung ist es unver-einbar, die Antragsberechtigung unter Bezugnahme auf den theoretischen Ausnahmefall (Zahlung auf die Grund-schuld) und der Begründung zu versagen, der Eigentümer habe die Grundschuld abtreten können. Für das Aufgebots-verfahren verbliebe dann kein praktisch relevanter Anwen-dungsbereich.¹⁴⁴

Anders als bei Zahlungen auf die Grundschuld selbst,¹⁴⁵ geht die Grundschuld bei Zahlungen auf die Forderung nicht auf den Eigentümer über;¹⁴⁶ Inhaber des Rechts bleibt der Grundschuldgläubiger.

Auch die Übersendung der Löschungsbewilligung durch den Grundschuldgläubiger erfolgt regelmäßig allein zur Lö-schung der dinglichen Belastung im Grundbuch – und nicht etwa zum Zwecke der Rückübertragung der Grund-schuld.¹⁴⁷ In der Briefübersendung liegt auch keine konkludente Abtretungserklärung.¹⁴⁸ Damit ist der im Grundbuch eingetragene Gläubiger in aller Regel weiterhin der Grund-pfandrechtsberechtigte.

Somit kommt es im Aufgebotsverfahren nach §§ 1162, 1192 Abs. 1 BGB entscheidend auf die Erklärung des Buch-gläubigers an, wonach Zahlungen grundsätzlich auf die ge-sicherte Forderung erfolgen und der Rückgewähranspruch regelmäßig auf die Löschung beschränkt ist.¹⁴⁹

Zutreffend ist, dass weder Eigentümer noch Grundpfand-rechtsgläubiger glaubhaft Versicherungen über mögliche Verfügungen des vorherigen Eigentümers abgeben können; diese Vorgänge entziehen sich regelmäßig ihrer eigenen Wahrnehmung. Darauf kommt es bei Grundschulden aber wie dargelegt nicht an: Der vorherige Eigentümer ist regel-mäßig nicht Inhaber der Grundschuld geworden. Als Nichtberechtigter kann er auch nicht wirksam über die Grundschuld verfügen; auch ein Rechtsschein scheidet regel-mäßig aus: Weder ist der Vorgänger im Eigentum im Grundbuch als Gläubiger der Grundschuld eingetragen (§ 891 Abs. 1 BGB), noch gibt es eine auf ihn zurückfüh-rende Reihe zusammenhängender, öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1255 S. 1 BGB.

Erfreulich liest sich in diesem Zusammenhang der kürzlich veröffentlichte Beschluss des OLG Köln vom 7.8.2015 (Az. 2 Wx 213/19 2 Wx 214/19).¹⁵⁰ Das Gericht setzt sich in der Entscheidung kurz und prägnant mit den Problemen im Rahmen der Glaubhaftmachung durch den Rechtsnach-folger bei Briefgrundschulden auseinander. Dem OLG Köln zufolge handele es sich um eine rein theoretische Mög-lichkeit, dass der Eigentümer durch die Übersendung der Briefe durch die Bank Inhaber des Grundpfandrechtes ge-worden sei: Weder lasse die Übersendung der Grundschuldbriefe diesen Rückschluss zu, noch sei von einer Übertra-gung der Grundschuld von der Bank auf den Eigentümer in der gebotenen Form – Übergabe der Briefe nebst schriftli-cher Abtretungserklärung – auszugehen. Das Gericht stellt klar, dass Zahlungen bei Grundschulden regelmäßig auf die gesicherte Forderung erfolgen – und Zahlungen auf die Grundschuld den Ausnahmefall darstellen.¹⁵¹ Auch eine Verfügung des Eigentümers als Nichtberechtigter komme nicht in Betracht, weil ein gutgläubiger Erwerb an § 1155 BGB gescheitert wäre.¹⁵²

134 OLG Düsseldorf 20.3.2019 – I-3 Wx 204/18, BeckRS 2019, 11297 (Rn. 17 ff.).

135 OLG Düsseldorf 20.3.2019 – I-3 Wx 204/18, BeckRS 2019, 11297 (Rn. 18).

136 *Heinze* ZNotP 2014, 202 (202 f.); BeckOK FamFG/*Schlögel*, 34. Ed., Stand 1.4.2020, § 467 Rn. 2; Staudinger/*Wolfsteiner*, BGB, Neu-bearb. 2019, § 1162 Rn. 13.

137 BGH 11.9.2003 – IX ZB 37/03, NJW 2003, 3558 (3558).

138 BGH 9.2.1998 – II ZB 15-97, NJW 1998, 1870.

139 BeckOK FamFG/*Schlögel*, 34. Ed., Stand 1.4.2020, § 31 Rn. 10.

140 BeckOK FamFG/*Schlögel*, 34. Ed., Stand 1.4.2020, § 31 Rn. 10.

141 Ausführlich und überzeugend zu OLG Düsseldorf 7.5.2013 – I-25 Wx 21/13, BeckRS 2013, 197351: *Heinze* ZNotP 2014, 202.

142 *Heinze* ZNotP 2014, 202 (203 ff.).

143 Zur Praxis der Kreditinstitute: *Heinze* ZNotP 2014, 202 (204).

144 BeckOK FamFG/*Schlögel*, 34. Ed., Stand 1.4.2020, § 467 Rn. 2; Staudinger/*Wolfsteiner*, BGB, Neubearb. 2019, § 1162 Rn. 1.

145 BGH 17.9.2002 – VI ZR 147/01, NJW-RR 2003, 11 (12).

146 Staudinger/*Wolfsteiner*, BGB, Neubearb. 2019, § 1162 Rn. 23.

147 OLG Düsseldorf 13.12.2012 – 3 Wx 247/12, RNotZ 2013, 100 (103).

148 *Heinze* ZNotP 2014, 202 (203 ff.).

149 *Heinze* ZNotP 2014, 202 (203 f.).

150 Abrufbar unter https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/koeln/j2019/2_Wx_213_19_2_Wx_214_19_Beschluss_20190807.html (Stand 28.8.2020).

151 Abrufbar unter https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/koeln/j2019/2_Wx_213_19_2_Wx_214_19_Beschluss_20190807.html (Rn. 21, Stand 28.8.2020).

152 Abrufbar unter https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/koeln/j2019/2_Wx_213_19_2_Wx_214_19_Beschluss_20190807.html (Rn. 22, Stand 28.8.2020).

In der Praxis steht auch kein anderes taugliches Instrument zur Löschung von Briefgrundpfandrechten anstelle des Verfahrens zur Kraftloserklärung der Grundpfandrechtsbriefe zur Verfügung: Auch wenn das Verfahren zum Aufgebot des unbekanntes Gläubigers nach § 1170 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich – insbesondere für Hypotheken¹⁵³ – infrage kommt, ist dabei (neben der Zehn-Jahres-Frist nach § 1170 Abs. 1 S. 1 BGB) zu beachten, dass auch hier die Glaubhaftmachung der Antragsberechtigung durch den Rechtsnachfolger – trotz der Erleichterung in § 450 Abs. 1, Abs. 3 FamFG – Probleme bereiten kann.¹⁵⁴ In der Praxis wenig hilfreich ist die Möglichkeit des Ausschlusses des unbekanntes Gläubigers, indem der Eigentümer den Betrag der Forderung für den Gläubiger unter Verzicht auf das Rücknahmerecht hinterlegt, § 1171 Abs. 1 S. 1 BGB.

Die Frage, ob das Aufgebot des unbekanntes Gläubigers und das Aufgebot zur Kraftloserklärung einer Urkunde gleichzeitig betrieben werden kann, ist in Ansehung des § 1170 Abs. 2 S. 2 BGB zu verneinen: Der Brief wird beim Aufgebot des unbekanntes Gläubigers schon kraft Gesetzes für kraftlos erklärt.¹⁵⁵ Die Verfahren schließen sich also gegenseitig aus.

cc) Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB?

Heckel argumentiert, dass im Rahmen der Glaubhaftmachung der Antragsberechtigung im Aufgebotsverfahren zur Kraftloserklärung von Grundpfandrechtsbriefen¹⁵⁶ die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB herangezogen und somit die Antragsberechtigung zugunsten des im Grundbuch eingetragenen vermutet werden könne – und zwar unabhängig vom Briefbesitz.¹⁵⁷

Diese Ansicht vermag nicht zu überzeugen; sie ist in Literatur und Rechtsprechung auch nicht näher aufgegriffen worden. § 891 BGB erleichtert als widerlegliche Vermutung den Nachweis des Bestehens, des Umfangs, der Inhaberschaft und des Erlöschens von Rechten.¹⁵⁸ Der Hintergrund der Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB ist, dass Divergenzen zwischen dem Grundbuchinhalt und der wahren Rechtslage wegen der strengen Ordnungsvorschriften des Grundbuchverfahrens selten sind.¹⁵⁹ Bei Briefgrundpfandrechten verhält es sich grundlegend anders: Der Brief legitimiert den Rechtsinhaber. Der gute Glaube ist bei Briefrechten demnach nur geschützt, wenn der im Grundbuch als berechtigt eingetragene auch Briefbesitzer ist.¹⁶⁰ Darüber hinaus bietet das Grundbuch bei Briefgrundpfandrechten gerade keine vergleichbar hohe Richtigkeitsgewähr, da die Übertragung des Rechts außerhalb des Grundbuches möglich ist.¹⁶¹ Die Vermutung des § 891 BGB gilt mithin bei Briefgrundpfandrechten nur, wenn und solange der eingetragene im Besitz des Briefes ist; das folgt auch im Umkehr-

schluss aus § 1155 BGB (ggf. iVm § 1192 Abs. 1 BGB).¹⁶² Nach Maßgabe des § 1155 BGB kommt der nichteingetragene Briefbesitzer in den Genuss des § 891 Abs. 1 BGB: Hierfür muss sich das Gläubigerrecht des Briefbesitzers aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergeben.

Fehlt eine der in § 468 FamFG geforderten Angaben, ist der Antrag auf Erlass eines Aufgebots zurückzuweisen;¹⁶³ andernfalls – wenn alle Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben sind – erlässt das Gericht nach Einsichtnahme in die Grundakte und nach Eingang eines Vorschusses das Aufgebot.¹⁶⁴

3. Aufgebot

Ergänzend zu § 434 Abs. 2 FamFG bestimmt § 469 S. 1 FamFG, dass als Inhalt des Aufgebots – neben der Anmeldung der Rechte bis zum Anmeldezeitpunkt – die Urkunde vorzulegen ist und konkretisiert in § 469 S. 2 FamFG den anzudrohenden Rechtsnachteil, nämlich die Kraftloserklärung der Urkunde.

§§ 470 bis 475 FamFG enthalten besondere Bestimmungen für einzelne Fälle: § 470 FamFG regelt die erweiterte Bekanntmachungspflicht insbesondere für Inhaberpapiere; §§ 471 bis 475 FamFG normieren Einzelheiten vor allem für den Anmeldezeitpunkt bei dem Aufgebot von Wertpapieren, für die Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine ausgegeben wurden.

Ergänzend zur Mindest-Aufgebotsfrist von sechs Wochen (§ 437 FamFG) bzw. drei Monaten in Nordrhein-Westfalen (§ 484 FamFG, §§ 57 Abs. 1 S. 1, 2, 58 JustG NRW) normiert § 476 FamFG, dass die Aufgebotsfrist höchstens ein Jahr betragen soll. Dies trägt dem praktischen Erfordernis zur zeitnahen Bewirkung der Lastenfreiheit von Urkunden Rechnung.¹⁶⁵ Ausweislich der Gesetzesbegründung sei das Gläubigerinteresse hinreichend durch die zeitnahe Informationsmöglichkeit des Gläubigers im elektronischen Bundesanzeiger geschützt.¹⁶⁶

4. Ausschließungsbeschluss

Sobald der Beschluss rechtskräftig ist, ist die Löschung eines Grundpfandrechts unter Vorlage des Beschlusses möglich, §§ 41 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1, 42 S. 1 GBO. Der Antragsteller kann unter Vorlage des Ausschließungsbeschlusses auch die Erteilung eines neuen Briefes verlangen, § 67 GBO.¹⁶⁷

5. Notarkosten

Erstellt der Notar auftragsgemäß den Entwurf des Antrags auf Kraftloserklärung eines verlustigen Grundschuldbriefes

153 *Heinze* ZNotP 2014, 202 (205 f.).

154 Auch hier ist die Rechtsprechung uneinheitlich; ablehnend: OLG Düsseldorf 28.2.2019 – 25 Wx 73/18, RNotZ 2019, 389 (391, Rn. 9 f.; mit Einordn. Schriftlgt.); befürwortend: OLG Düsseldorf 12.10.2018 – I-3 Wx 145/17, BeckRS 2018, 28536 (Rn. 15 ff.); ausführlich untenstehend: Abschnitt G.VIII.

155 *Wilsch* FGPrax 2012, 231 (234).

156 Nach früher verbreiteter Ansicht war die Vermutung des § 891 BGB auch im Rahmen von Buchrechten heranzuziehen, vgl. hierzu näher (ablehnend): *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 7.

157 *Heckel* DNotZ 2017, 348; *Heckel* differenziert im Rahmen seiner Ausführungen auch zwischen der Situation vor und nach Briefübergabe.

158 BeckOK BGB/H.-W. Eckert, 53. Ed., Stand 1.2.2020, vor § 891.

159 MüKoBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 891 Rn. 1.

160 RG 6.3.1936 – III 178/35, RGZ 150, 348 (356).

161 RG 6.3.1936 – III 178/35, RGZ 150, 348 (356).

162 BGH 22.10.2009 – III ZR 250/08, DNotZ 2010, 710 (714, Rn. 16 f.); BGH 23.1.1996 – XI ZR 75/95, NJW 1996, 1207 (1207); KG Berlin 20.5.2008 – 1 VA 7/06, juris Rn. 9; OLG München 12.8.2016 – 34 Wx 106/16, BeckRS 2016, 14693 (Rn. 23); MüKoBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 891 Rn. 9.

163 Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 468 Rn. 2.

164 *Wilsch* FGPrax 2012, 231 (232).

165 BT-Drs. 16/6308, S. 297.

166 BT-Drs. 16/6308, S. 297 f.

167 Nach überzeugender Ansicht ist der Brief ohne weiteren Nachweis dem zu erteilen, der den Ausschließungsbeschluss vorlegt; weitere Nachweise (wie etwa der Rechtsinhaberschaft oder einer „Berechtigung“ iSd § 67 GBO) sind nicht erforderlich *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB, Neubearb. 2019, § 1162 Rn. 19.

– mit oder ohne Unterschriftsbeglaubigung – ist für diese einseitige Erklärung tatsächlichen Inhalts eine 1,0-Gebühr nach KV-Nr. 24101 zu erheben (mindestens EUR 60).¹⁶⁸ KV-Nr. 24101 sieht zwar einen Gebührenrahmen von 0,3 bis 1,0 vor; der Ansatz der 1,0-Gebühr ist bei vollständiger Entwurfsfertigung aber zwingend (§ 92 Abs. 2 GNotKG).¹⁶⁹

Beurkundet der Notar mit dem Antrag auf Kraftloserklärung eine eidesstattliche Versicherung des Eigentümers,¹⁷⁰ ist eine 1,0-Gebühr nach KV-Nr. 21200 zu erheben – die eidesstattliche Versicherung bleibt nach KV Vorbemerkung 2.3.3 Abs. 1 als Teil eines anderen Verfahrens unbewertet.¹⁷¹

Der Geschäftswert ist gem. § 36 Abs. 1 GNotKG zu schätzen; als angemessen wird ein Teilwert von 20-30 % des Grundschuldennennbetrags erachtet.¹⁷²

Wird in die vom Notar entworfene oder beurkundete Erklärung zugleich die Löschungszustimmung des Eigentümers nebst Antrag auf Vollzug der Löschung im Grundbuch aufgenommen, stellt dies einen verschiedenen Gegenstand dar, der gesondert zu bewerten ist. Wegen der unterschiedlichen Gebührenansätze ist dann § 94 Abs. 1 GNotKG zu beachten.¹⁷³

V. Aufgebot von Aktien

Auch Aktien (jeder Art und jeder Gattung) sind aufgebotsfähige Urkunden, die bei Abhandenkommen oder Vernichtung im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden können, § 72 Abs. 1 S. 1 AktG. Aufgebotsfähig sind Inhaber- und Namensaktien sowie Zwischenscheine,¹⁷⁴ nicht hingegen Gewinnanteilscheine (Coupons)¹⁷⁵ und Erneuerungsscheine (Talons).¹⁷⁶ Während § 66 Abs. 1 S. 1 AktG 1937 aF¹⁷⁷ noch die Möglichkeit vorsah, die Kraftloserklärung in der Urkunde selbst auszuschließen, ist § 72 AktG heute zwingendes Recht, arg e contrario § 23 Abs. 5 S. 1 AktG.

§ 72 Abs. 1 S. 1 AktG schützt den Aktionär vor Nachteilen, die mit dem Verlust oder der Vernichtung der Urkunde

verbunden sind, insbesondere vor dem Risiko des gutgläubigen Erwerbs durch Dritte und vor Problemen bei der Rechtsausübung („Vorlegungspapier“).¹⁷⁸ Ab Kraftloserklärung verbietet die Urkunde das Mitgliedschaftsrecht nicht mehr; sie kommt mithin auch nicht mehr als Mittel zur Übertragung der Mitgliedschaft infrage und kann auch keine Grundlage für einen gutgläubigen Rechtserwerb mehr sein.¹⁷⁹

Die praktische Relevanz der Kraftloserklärung von Aktien ist wegen der zunehmenden Girosammelverwahrung und Ersetzung von Einzelurkunden durch Globalurkunden unter Ausschluss des Anspruchs auf Einzelverbriefung gering.¹⁸⁰

1. Wirksame Begebung

Nach überwiegender Auffassung in der Literatur setzt das Aufgebot nach § 72 Abs. 1 S. 1 AktG die wirksame Begebung der Aktien voraus; die Norm gilt also nur für Aktien, die eine tatsächlich entstandene Mitgliedschaft verkörpern. Fehlt es an der wirksamen Ausgabe der Aktien, läuft das Aufgebotsverfahren leer: Zum einen besteht der Anspruch des tatsächlichen Rechtsinhabers auf Verbriefung fort; zum anderen scheidet ein gutgläubiger Erwerb aus, da kraft gutgläubigen Erwerbs keine neuen Rechte gegenüber der Gesellschaft hinzu erworben werden können.¹⁸¹

Dies wird vereinzelt kritisiert, da es nicht zuletzt wegen des weiten Begriffs des Abhandenkommens Fälle gebe, in denen der Rechtsinhaber für den entstandenen Rechtsschein mit verantwortlich sei und so dann auch bei fehlender wirksamer Ausgabe der Aktien ein Bedürfnis für die Kraftloserklärung der Urkunde bestehe.¹⁸²

2. Materielle Wirkung des Ausschließungsbeschlusses?

Auch bei dem Aufgebot von Aktien darf derjenige, der den Ausschließungsbeschluss erwirkt hat, grundsätzlich die Rechte aus der Urkunde geltend machen, § 479 Abs. 1 FamFG. Der Ausschließungsbeschluss ersetzt also die Vorlage der Urkunde.¹⁸³ Es ist umstritten, ob dem Ausschließungsbeschluss nur diese formelle Legitimationswirkung zukommt oder ob der Beschluss darüber hinaus materielle Wirkungen entfaltet – und wenn ja, welche.

Die herrschende Auffassung in der Literatur verneint die materiell-rechtliche Wirkung generell und sieht die Beschlusswirkung einzig in der Legitimation; daneben hat der erfolgreiche Antragsteller einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Erteilung einer neuen Urkunde (§ 72 Abs. 1 S. 2 AktG iVm § 800 BGB).¹⁸⁴ Demnach betreffe die Kraftlos-

168 Korintenberg/Diehn, GNotKG, 21. Aufl. 2020, KV 24101 Rn. 1 ff.; Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rn. 2134.

169 Korintenberg/Diehn, GNotKG, 21. Aufl. 2020, KV 24101 Rn. 4.

170 Vgl. zur Form: Abschnitt E. II 1.)

171 Korintenberg/Diehn, GNotKG, 21. Aufl. 2020, KV 23300-23302 Rn. 1 f.; Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rn. 2135.

172 Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rn. 2136 mwN.

173 Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rn. 2137.

174 § 72 Abs. 1 S. 1 AktG; bei Zwischenscheinen handelt es sich gemäß der Legaldefinition in § 8 Abs. 6 AktG um Anteilscheine, die den Aktionären vor der Ausgabe der Aktien erteilt werden.

175 Bei fälligen Inhaber-Gewinnanteilscheinen regelt § 804 BGB das Verfahren bei Verlust; bei noch nicht fälligen Inhaber-Gewinnanteilscheinen gilt § 72 Abs. 2 AktG: Mit der Kraftloserklärung der Aktie erlischt auch der Anspruch aus den Gewinnanteilscheinen, Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz, AktG, 1. Aufl. 2013, § 72 Rn. 8; Gewinnanteilscheine (auch: Dividendenscheine, Coupons) verbrieften den Dividendenzahlungsanspruch des Aktionärs, da nach der ursprünglichen gesetzlichen Konzeption nicht nur die Mitgliedschaft des Aktionärs in einem Wertpapier verbrieft war; Gewinnanteilscheine sind damit schuldrechtlich Wertpapier, näher: Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz, AktG, 1. Aufl. 2013, § 75 Rn. 2; Hüffer/Koch/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 58 Rn. 29.

176 Erneuerungsscheine legitimieren zum Empfang neuer Gewinnanteilscheine, wenn die alten aufgebraucht sind; die Legitimation folgt aus der Aktie und ist im letzten Abschnitt des Aktienbogens enthalten. Im Gegensatz zu Gewinnanteilscheinen sind sie nicht Wert-, sondern nur Legitimationspapiere, weswegen auch nicht Aufgebot nach § 72 AktG, sondern § 75 AktG Anwendung findet: Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz, AktG, 1. Aufl. 2013, § 75 Rn. 4; Hüffer/Koch/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 58 Rn. 30.

177 RGBl. Teil I v. 30.1.1937, S. 107 (119).

178 Spindler/Stilz/Cahn, Aktiengesetz, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 1; Hüffer/Koch/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 72 Rn. 1; Henssler/Strohn/Lange, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 72 AktG Rn. 1; Hölter/Laubert, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2017, § 72 Rn. 1.

179 MüKoAktG/Oechsler, 5. Aufl. 2019, § 73 Rn. 20, 31.

180 Spindler/Stilz/Cahn, Aktiengesetz, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 1; Hüffer/Koch/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 72 Rn. 1; MüKoAktG/Oechsler, 5. Aufl. 2019, § 72 Rn. 1.

181 Spindler/Stilz/Cahn, Aktiengesetz, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 3; MüKoAktG/Oechsler, 5. Aufl. 2019, § 72 Rn. 3.

182 Spindler/Stilz/Cahn, Aktiengesetz, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 3.

183 MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, § 799 Rn. 8; Hüffer/Koch/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 72 Rn. 5; Hölter/Laubert, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2017, § 72 Rn. 4.

184 Spindler/Stilz/Cahn, Aktiengesetz, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 1, 12; Hüffer/Koch/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 72 Rn. 5; Hölter/Laubert, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2017, § 72 Rn. 4; MüKoAktG/Oechsler, 5. Aufl. 2019, § 72 Rn. 1; 13 f.

erklärung nicht das Mitgliedsrecht als solches, sondern nur dessen Verbriefung in der Aktienurkunde.¹⁸⁵

Dagegen ist nach von der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 1018 ZPO, also der Vorgängernorm des § 479 FamFG, entwickelten Grundsätzen davon auszugehen, dass sich die Wirkung des Ausschlussurteils (nunmehr: Ausschließungsbeschluss) nicht in der Legitimationswirkung erschöpft. Die Entscheidungen sind nicht zu Aktien, sondern zu Wechsellern und Konnossementen ergangen. Danach verschaffe das Ausschlussurteil im Verhältnis zum Verpflichteten – hier also der Aktiengesellschaft – ein „sachliches Recht“,¹⁸⁶ nicht hingegen gegenüber dem Aktionär.¹⁸⁷ Dem Verpflichteten stehe gegenüber dem, der das Ausschlussurteil erwirkt hat, nicht der Einwand der mangelnden Sachberechtigung zugunsten eines Besserberechtigten zu.¹⁸⁸ Die Folge, nämlich dass durch die Versagung des Einwandes der mangelnden Sachberechtigung dem Erwirker der Ausschlussentscheidung eine Rechtsstellung gegeben wird, die über seine Position im Zeitpunkt des Urkundensverlusts hinausgeht, wird vom BGH ausdrücklich bejaht.¹⁸⁹

3. Kraftloserklärung durch die Gesellschaft

Eine Besonderheit bei dem Aufgebot von Aktien ist, dass hier die Gesellschaft selbst – mit gerichtlicher Genehmigung – Aktien für kraftlos erklären kann, § 73 Abs. 1 S. 1 AktG. Ausweislich von § 73 Abs. 1 S. 1 AktG dient das Aufgebotsverfahren hier dazu, einer Veränderung der rechtlichen Verhältnisse zu begegnen, durch die der Inhalt der Aktienurkunde unrichtig geworden ist. In der Praxis bezweckt das Verfahren nach § 73 AktG demnach nicht die Kraftloserklärung der Aktien, sondern soll die Aktionäre zur Rückgabe der Aktienurkunden bewegen, um die Urkunden korrigieren bzw. umtauschen zu können.¹⁹⁰ Das Mitgliedschaftsrecht bleibt davon unberührt; die Kraftloserklärung beseitigt nur die Wertpapiereigenschaft der Aktienurkunde und ermöglicht der Gesellschaft so die Aufhebung der Verbriefung des Mitgliedsrechts in der Urkunde.¹⁹¹

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob auch nicht eingereichte Aktienurkunden nach der Durchführung eines aktienrechtlichen Squeeze out (§§ 327 ff. AktG) im Verfahren nach § 73 Abs. 1 S. 1 AktG für kraftlos erklärt werden können. Häufig stellt sich für Gesellschaften, die Inhaberaktien als effektive Stücke emittiert haben, das Problem, dass nach einem Squeeze-out nicht alle Minderheitsaktionäre ihre Aktien gegen Zahlung der Abfindung einreichen.¹⁹² Regelmäßig bleibt eine gewisse Anzahl Aktien dauerhaft verschollen; sei es, weil die Aktienurkunden ohne Wissen der Gesellschaft untergegangen, sie in Eigenverwahrung oder einem Streifenbanddepot in Vergessenheit geraten sind oder weil einige Aktionäre die Aktien um den Preis des Verzichts auf die Abfindung als historische Wertpapiere behalten wollen.¹⁹³ § 327 e Abs. 3 S. 1 AktG bestimmt, dass – materiell-rechtlich – mit Eintragung des Übertragungsbeschlusses in das Handelsregister alle Aktien der Minderheitsaktionäre auf

den Hauptaktionär übergehen und die über diese Aktien ausgegebenen Aktienurkunden bis zu ihrer Aushändigung an den Hauptaktionär nur den Anspruch auf Barabfindung verbrieft (§ 327 e Abs. 3 S. 2 AktG). Der fehlende Aktienbesitz führt indes zu Problemen, wenn der Alleinaktionär zu einem späteren Zeitpunkt nachweisen muss, dass er tatsächlich Alleinaktionär ist – und er nicht etwa Aktien nach dem Squeeze-out weiter veräußert hat.¹⁹⁴

Die Kraftloserklärung nach § 72 AktG kommt in diesen Fällen nicht als Lösung in Betracht: Zum einen lässt sich der Verlust bzw. die Vernichtung der betreffenden Aktien nicht nachweisen; zum anderen ist bei Inhaberaktien gem. § 467 Abs. 1 FamFG nur der letzte unmittelbare Besitzer antragsberechtigt – also weder die Gesellschaft noch der auf den Rücklauf der letzten Aktienurkunden wartende Hauptaktionär.¹⁹⁵ Die für § 73 Abs. 1 S. 1 AktG geforderte „Unrichtigkeit“ ergibt sich einer Auffassung nach aber daraus, dass die Aktien ihrem Aufdruck nach das Mitgliedschaftsrecht verbrieft, obwohl sie tatsächlich aufgrund des nach § 327 e Abs. 3 S. 2 AktG normierten Forderungsaustauschs nunmehr den Abfindungsanspruch verkörpern.¹⁹⁶ Dieser Auffassung zufolge habe der Vorstand dann im Rahmen einer Ermessensentscheidung die Frage zu entscheiden, ob ein Verfahren nach § 73 AktG einzuleiten ist. Der Vorstand habe hierbei die gesetzgeberische Entscheidung zu berücksichtigen, dass diese Aktienurkunden bis zur Auszahlung der geschuldeten Barabfindung den Abfindungsanspruch verbrieft – was im Ergebnis dazu führt, dass das Verfahren zur Kraftloserklärung regelmäßig erst dann betrieben werden könne, wenn abzusehen sei, dass die Aktienurkunden dauerhaft von den betreffenden, unbekanntem Minderheitsaktionären nicht zurückgegeben würden.¹⁹⁷

Die wohl überwiegende Meinung argumentiert hingegen überzeugend, dass die gesetzlich angeordnete Auswechslung des verbrieften Rechts keine Unrichtigkeit im Sinne des § 73 Abs. 1 S. 1 AktG begründet: Es ist insbesondere zu berücksichtigen, dass mit der Aushändigung der Urkunde durch den Minderheitsaktionär an den Hauptaktionär ein erneuter Forderungsaustausch stattfindet und die Aktienurkunde dann wieder ein Aktienrecht verbrieft, sodass die „Unrichtigkeit“ nur vorübergehend ist. Das Gesetz geht also von einer Auswechslung des in der Aktienurkunde verbrieften Rechts und nicht von der Erforderlichkeit eines neuen Inhaberpapiers aus. Mithin sind die Rechtsfolgen des § 73 Abs. 3 AktG unpassend.¹⁹⁸ Der Gesellschaft steht es frei, auf Übereignung und Aushändigung der Urkunde gegen Zahlung der Abfindung zu klagen.¹⁹⁹

G. Aufgebot zum Ausschluss unbekannter Gläubiger

I. Einleitung

Aufgebotsverfahren kommen auch in Betracht, um unbekanntem Berechtigten von ihrer Rechtsposition auszuschließen

185 Spindler/Stilz/Cahn, Aktiengesetz, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 1; MüKoAktG/Oechsler, 5. Aufl. 2019, § 72 Rn. 1.

186 BGH 18.9.1958 – II ZR 50/56; juris Rn. 10.

187 RG 12.9.1941 – I 121/40 –, RGZ 168, 1 (8 f.), entschieden für ein mit Blankoindossament versehenes Konnossement.

188 BGH 18.9.1958 – II ZR 50/56; juris Rn. 10; entschieden für Wechsel.

189 BGH 18.9.1958 – II ZR 50/56; juris Rn. 10.

190 MüKoAktG/Oechsler, 5. Aufl. 2019, § 73 Rn. 20.

191 MüKoAktG/Oechsler, 5. Aufl. 2019, § 73 Rn. 1.

192 König NZG 2006, 606 (606).

193 König NZG 2006, 606 (606).

194 König NZG 2006, 606 (606).

195 König NZG 2006, 606 (607); ohne nähere Begründung aA MüKoAktG/Oechsler, 5. Aufl. 2019, § 72 Rn. 1.

196 MüKoAktG/Grunewald, 5. Aufl. 2020, § 320 a Rn. 3; König NZG 2006, 606 (607).

197 König NZG 2006, 606 (607 ff.).

198 Ausführlich und mwN Hüffer/Koch/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 327 e Rn. 4 iVm § 320 a Rn. 3; Spindler/Stilz/Singhof, Aktiengesetz, 4. Aufl. 2019, § 327 e Rn. 12 iVm § 320 a Rn. 5.

199 Hüffer/Koch/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 327 e Rn. 4 iVm § 320 a Rn. 3.

– so bspw. den „unbekannten“ Grundpfandrechtsgläubiger²⁰⁰ (§ 1170 Abs. 1 S. 1 BGB iVm §§ 447 ff. FamFG). Für unbekannte Vormerkungs-, Reallast- oder Vorkaufsberechtigte finden die Vorschriften entsprechende Anwendung, §§ 887 S. 1, 1104 Abs. 1 S. 1, 1112 BGB iVm § 453 Abs. 1 FamFG.

Gem. § 1170 Abs. 1 S. 1 BGB können unbekannte Gläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens mit ihrem Recht ausgeschlossen werden, wenn seit der letzten sich auf das in Rede stehende Recht beziehenden Eintragung in das Grundbuch zehn Jahre verstrichen sind und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigentümer anerkannt worden ist. Als Anerkenntnis ist jedes tatsächliche Verhalten des Grundstückseigentümers gegenüber dem Gläubiger zu verstehen, aus dem sich das Wissen von dem Bestehen der Schuld unzweideutig ergibt,²⁰¹ etwa durch Abschlagszahlung, Zinszahlung oder Sicherheitsleistung.²⁰²

§ 1170 BGB ermöglicht dem Eigentümer, die Belastung zu beseitigen – als Ersatz für die nicht zugelassene Verjährung des Anspruchs aus eingetragenen Rechten.²⁰³

Antragsberechtigt sind gem. § 448 Abs. 1 und Abs. 2 FamFG der Grundstückseigentümer sowie gesetzlich benannte Gläubiger bestimmter gleich-/nachstehender Rechte. Überwiegender Auffassung nach kann auch ein Miteigentümer selbständig das Aufgebotsverfahren bezogen auf seinen Miteigentumsanteil betreiben;²⁰⁴ bei Gesamthandseigentum müssen alle Eigentümer mitwirken.²⁰⁵

Umstritten ist, unter welchen Voraussetzungen ein Gläubiger „unbekannt“ im Sinne der gesetzlichen Vorschriften ist.

II. „Von Person“ unbekannt

Grundsätzlich beschränkt sich das Aufgebot auf den von Person unbekanntem Berechtigten; ein nur unbekannter Aufenthalt reicht dagegen überwiegender Auffassung nach nicht aus.²⁰⁶ Das legt bereits ein Umkehrschluss nahe: Das Gesetz gestattet gemäß der Spezialregelung des § 6 Abs. 1 S. 1 GBBerG ausdrücklich das Aufgebot bei unbekanntem Aufenthalt. Gemäß dieser Spezialregelung kann unter anderem bei einem Nießbrauch oder einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit bei unbekanntem Aufenthalt des Berechtigten das Aufgebotsverfahren betrieben werden, wenn seit der letzten sich auf das Recht beziehenden Eintragung in das Grundbuch 30 Jahre verstrichen sind und das Recht nicht anerkannt oder ausgeübt wurde.²⁰⁷ Auch aus dem Ge-

setzeswortlaut – „Ist der Gläubiger unbekannt ...“ – folgt dieses Ergebnis, da eine Person, deren Aufenthalt unbekannt ist, an sich bekannt ist, sodass nach ihrem Aufenthalt geforscht werden kann.²⁰⁸ „Unbekannt“ ist der im Grundbuch eingetragene Gläubiger nur, wenn er trotz Ausschöpfung aller naheliegenden und mit zumutbarem Aufwand erschließbaren Erkenntnisquellen „seiner Person nach nicht bekannt“ ist.²⁰⁹ Eine Ausdehnung des Aufgebots auch auf den Gläubiger mit bloß unbekanntem Aufenthalt und Entziehung seines Sicherungsrechts wäre auch vor dem Hintergrund der mit Blick auf Art. 14 GG gebotenen engen Auslegung der Vorschrift des § 1170 BGB problematisch.²¹⁰ Teilweise hilft in den Fällen unbekanntem Aufenthalts die Berichtigungsklage (§ 894 BGB), die nach § 185 Nr. 1 ZPO öffentlich zuzustellen ist.²¹¹

III. Verstorbene Berechtigte

Hohe praktische Relevanz kommt dem Aufgebot unbekannter Gläubiger bei verstorbenen Berechtigten zu.²¹² Hier ist je nach Einzelfall zu entscheiden:

Unproblematisch ist der Fall, dass dem Eigentümer bereits eine Lösungs- oder Berichtigungsbewilligung des Erblassers vorliegt: Der Eigentümer kann dann das Recht in Ansehung von § 40 Abs. 1 Var. 2 GBO ohne Weiteres, und zwar ohne die Ermittlung und Mitwirkung der Erben des verstorbenen, im Grundbuch eingetragenen Gläubigers löschen lassen.²¹³ Gleiches gilt bei Grundpfandrechten, wenn das Grundpfandrecht materiell-rechtlich vor dem Erbfall auf den Eigentümer übergegangen ist. Dieser außerhalb des Grundbuchs erfolgte Rechtsübergang, der zur Unrichtigkeit nach § 22 Abs. 1 S. 1 GBO führt, muss allerdings grundbuchtauglich nachgewiesen werden; grundbuchrechtlich wird dieser Nachweis durch eine vom Gläubiger ausgestellte „löschungsfähige Quittung“ geführt.²¹⁴ Die Bewilligung ist dann durch den Eigentümer als dem wahren Berechtigten abzugeben.²¹⁵

Fehlt der vorgenannte Nachweis und ist der Eigentümer überzeugt, dass ein Übergang des Rechts auf sich aufgrund erfolgter Zahlung stattgefunden habe, scheidet ein Aufgebotsverfahren nach § 1170 Abs. 1 S. 1 BGB aus: In diesem Fall besteht keine Ungewissheit über die Person des Gläubigers, da der Inhaber des zum Eigentümerrecht gewordenen Grundpfandrechts ohne weiteres identifiziert werden kann.²¹⁶ Das wiederum schließt es aus, dass der Gläubiger gleichzeitig unbekannt ist.²¹⁷ An diesem Ergebnis vermögen auch nicht die Schwierigkeiten des Eigentümers im Einzelfall etwas zu ändern, den eigenen Rechtserwerb nachzuweisen.²¹⁸ Ist der Eigentümer hingegen unsicher, ob die Forderung beglichen wurde, sollte ihm das Aufgebot er-

200 Gem. § 447 Abs. 1 FamFG gelten §§ 1170, 1171 BGB für Hypotheken, Grund- und Rentenschulden; bereits vor dieser ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung war dies allgemeine Meinung, s. nur etwa für Grundschulden: RG 16.11.1907 – V 153/07 –, RGZ 67, 95 (96).

201 BGH 14.11.2013 – V ZB 204/12, NJW 2014, 693 (694, Rn. 13).

202 BeckOK BGB/Rohe, 53. Ed., Stand 1.2.2020, § 1170 Rn. 6; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 21.

203 Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 1.

204 MüKoFamFG/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 434 Rn. 5; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 23 mwN; aA Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 448 Rn. 2.

205 MüKoBGB/Dörndorfer, 3. Aufl. 2019, § 434 Rn. 5; BeckOK FamFG/Schlögel, 34. Ed., Stand 1.4.2020, § 434 Rn. 2; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 23.

206 BGH 3.3.2004 – IV ZB 38/03, NJW-RR 2004, 664 (665 f.), LG Köln 16.12.2002 – 11 T 231/02, BeckRS 2002, 16802 (Rn. 7); Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 447 Rn. 2; aA LG Aachen 2.7.1997 – 7 T 70–97, NJW-RR 1998, 87; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 12 ff.

207 Verordnung über das In-Kraft-Setzen der Vorschrift des § 6 des Grundbuchbereinigungsgesetzes im Gebiet Nordrhein-Westfalens v. 13.2.2001, GV.NRW. S. 69; vgl. hierzu auch BGH 3.3.2004 – IV ZB 38/03, NJW-RR 2004, 664 (665).

208 BGH 3.3.2004 – IV ZB 38/03, NJW-RR 2004, 664 (665), LG Köln 16.12.2002 – 11 T 231/02, BeckRS 2002, 16802 (Rn. 7).

209 BGH 22.5.2014 – V ZB 146/13, NJW-RR 2014, 1360 (1361, Rn. 6); BGH 14.11.2013 – V ZB 204/12, NJW 2014, 693 (694, Rn. 8); BGH 29.1.2009 – V ZB 140/08, NJW-RR 2009, 660 (661, Rn. 14); BGH 3.3.2004 – IV ZB 38/03, NJW-RR 2004, 664 (665).

210 Wenckstern DNotZ 1993, 547 (550).

211 Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 453 Rn. 2; zu Recht krit. Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 13.

212 Schäuble ZEV 2013, 589 (590).

213 Schäuble ZEV 2013, 589 (590).

214 Schäuble ZEV 2013, 589 (590).

215 BGH 20.1.2006 – V ZR 214/04, DNotZ 2006, 520 (521 f.).

216 OLG München 20.10.2016 – 34 Wx 360/16 –, juris Rn. 10 ff.

217 OLG München 20.10.2016 – 34 Wx 360/16 –, juris Rn. 13.

218 OLG München 20.10.2016 – 34 Wx 360/16 –, juris Rn. 14; aA Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 8.

möglicht werden: Es ist dann unbekannt, ob das Grundpfandrecht noch dem ursprünglichen Gläubiger oder dem Eigentümer zusteht.²¹⁹

Das Aufgebot des unbekanntes Gläubigers kommt auch in Betracht, wenn infolge seiner Eintragung vor sehr langer Zeit (im entschiedenen Fall: 110 Jahre) die Identität des eingetragenen Gläubigers nicht geklärt ist und auch nicht mehr ermittelt werden kann, wer seine Erben geworden sind.²²⁰ Die Anordnung einer Nachlasspflegschaft scheidet in diesen Fällen aus, da diese voraussetzt, dass der Erblasser bekannt ist.²²¹

Unbekannt ist der im Grundbuch eingetragene Gläubiger auch, wenn er verstorben und – trotz angemessener Bemühungen – nicht festzustellen ist, wer ihn beerbt hat;²²² ebenso, wenn er oder sein möglicher Erbe ihr Recht nicht nachweisen können²²³ oder den Nachweis trotz Aufforderung ohne zureichenden Grund in angemessener Zeit nicht erbringen.²²⁴

IV. Bestellung eines Nachlasspflegers

Ist der Erblasser bekannt, die Erben des buchlegitimierten Gläubigers hingegen unbekannt, so kann der Eigentümer beim zuständigen Nachlassgericht die Bestellung eines Pflegers nach § 1960 Abs. 1 S. 2 BGB anregen. Der Nachlasspfleger ist als Vertreter der Erben berechtigt, eine Löschungs- oder Berichtigungsbewilligung abzugeben oder eine löschungsfähige Quittung zu erteilen.²²⁵ Der Erbe ist bereits dann „unbekannt“ iSv § 1960 Abs. 1 S. 2 BGB, wenn sich das Nachlassgericht nicht ohne umfängliche Ermittlungen davon überzeugen kann, wer Erbe geworden ist,²²⁶ ebenso etwa bei weitläufiger Erbfolge.²²⁷

V. Formale Mängel

Probleme kann auch eine formal unzureichende löschungsfähige Quittung bereiten. Formal unzureichend ist die Quittung etwa, wenn sie den Zahlenden nicht benennt. In der Praxis kommt das insbesondere bei alten Hypotheken vor, bei denen der Gläubiger auf Grund der gesetzlichen Aufbewahrungsfristen bei der (Neu-)Erteilung einer löschungsfähigen Quittung keine Angaben zu der Person des Zahlen-

den mehr machen kann.²²⁸ Ohne Nennung des Zahlenden steht nicht sicher fest, auf wen die Hypothek übergegangen ist: entweder auf den Eigentümer (§§ 1143 Abs. 1 S. 1, 1163 Abs. 1 S. 2, 1172 Abs. 1, 1173 BGB), den persönlichen Schuldner (§§ 1164, 1174 Abs. 1 BGB) oder auf einen Dritten (§§ 1150, 1153 Abs. 1, 774 Abs. 1 S. 1 BGB).²²⁹ Nach überwiegender Auffassung ist der eingetragene Hypothekengläubiger nach erfolgter Ausstellung einer solchen, formal unzureichenden Quittung nicht mehr berechtigt, zusätzlich die Löschung der Hypothek zu bewilligen. Mit der Erteilung der löschungsfähigen Quittung hat er zuvor bestätigt, dass die Forderung erloschen und auf den Zahlenden übergegangen ist, sodass ihm das Verfügungsrecht an der Forderung nicht mehr zusteht.²³⁰ Nur vereinzelt wird vertreten, dass in diesen Fällen davon auszugehen sei, dass der Hypothekengläubiger lediglich eine Löschungsbewilligung erteilen wollte.²³¹ Zutreffend kann die Löschung der Hypothek nur im Wege des Aufgebotsverfahrens nach § 1170 Abs. 1 BGB erreicht werden.²³²

VI. Briefgrundpfandrechte

Bei Briefgrundpfandrechten ist die Rechtslage anders zu beurteilen: Briefgrundpfandrechte können nach §§ 1153 Abs. 1, 1154 Abs. 1 S. 1 (ggf. iVm § 1192 Abs. 1) BGB außerhalb des Grundbuchs durch schriftliche Erklärung und Übergabe des Briefs wirksam rechtsgeschäftlich einem Dritten abgetreten werden. Deswegen ist bei Briefrechten – anders als bei Buchrechten – nicht entscheidend, wer den aus dem Grundbuch ersichtlichen Gläubiger beerbt hat und ob dessen Erbrecht nachweisbar oder nachgewiesen ist. Auf den Erben geht das Recht entsprechend nur gem. § 1922 Abs. 1 BGB über, wenn es an einer solchen Abtretung fehlt. Das hat zur Folge, dass der im Grundbuch als Gläubiger einer Briefhypothek oder Briefgrundschuld ausgewiesene Gläubiger nicht zwingend derjenige ist, dem das Briefrecht tatsächlich zusteht. Deshalb kommt es für die Person des unbekanntes Gläubigers bei einem Briefgrundpfandrecht nicht auf die im Grundbuch als Gläubiger ausgewiesene Person an, sondern auf denjenigen, der den Hypotheken- oder Grundschuldbrief besitzt.²³³ Der Gläubiger ist mithin schon dann unbekannt, wenn sich nicht feststellen lässt, in wessen Händen sich der Brief befindet²³⁴ und auch, wenn der für die Hypothek oder Grundschuld erteilte Brief un auffindbar und der Aufenthalt des letzten bekannten Inhabers unbekannt ist.²³⁵ Kein Fall des „unbekanntes“ Gläubigers nach § 1170 BGB liegt bei dem mit Namen, Anschrift und Aufenthalt bekannten Gläubiger vor; hier kommt nur ein Verfahren nach § 1162 (ggf. iVm § 1192 Abs. 1) BGB in Betracht.²³⁶ Vereinzelt wurde dies einschränkend für den Fall beurteilt, in welchem dem Antragsteller das Verfahren

219 Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 8 („erst recht“).

220 OLG München 20.11.2012 – 34 Wx 364/12, DNotZ 2013, 146 (147 f.); *Schäuble* ZEV 2013, 589 (590); Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 9.

221 *Schäuble* ZEV 2013, 589 (590).

222 BGH 22.5.2014 – V ZB 146/13, NJW-RR 2014, 1360 (1361, Rn. 6); BGH 14.11.2013 – V ZB 204/12, NJW 2014, 693 (694, Rn. 8); BGH 29.1.2009 – V ZB 140/08, NJW-RR 2009, 660 (661, Rn. 14); OLG Naumburg 11.10.2012 – 2 Wx 21/11 –, juris Rn. 14; OLG München 20.11.2012 – 34 Wx 364/12, DNotZ 2013, 146 (147 f.); LG Düsseldorf 10.3.1995 – 25 T 189/95, NJW-RR 1995, 1232; *Schäuble* ZEV 2013, 589 (590); Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 5.

223 BGH 22.5.2014 – V ZB 146/13, NJW-RR 2014, 1360 (1361, Rn. 6); Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 5.

224 BGH 22.5.2014 – V ZB 146/13, NJW-RR 2014, 1360 (1361, Rn. 6); LG Düsseldorf 10.3.1995 – 25 T 189/95, NJW-RR 1995, 1232.

225 MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 1960 Rn. 18; *Schäuble* ZEV 2013, 589 (590).

226 BGH 13.9.2012 – IV ZB 23/11, NJW-RR 2013, 72 (Rn. 13); OLG Köln 2.1.1989 – 2 Wx 57/88, OLGZ 1989, 144 (145).

227 BayObLG 11.1.1984 – 1 Z 51/83, juris; BeckOK BGB/Siegmann/Höger, 53. Ed., Stand 1.2.2020, § 1960 Rn. 4; Jauernig/Stürner, BGB, 17. Aufl. 2018, § 1960 Rn. 3.

228 Einordnung der Schriftleitung zu OLG Frankfurt am Main 24.4.2017 – 20 W 93/17, RNotZ 2017, 521 (521).

229 OLG Hamm 23.12.2004 – 15 W 372/04, DNotZ 2005, 630 (630).

230 OLG Frankfurt am Main 24.4.2017 – 20 W 93/17, RNotZ 2017, 521 (524; mit Einordn. Schriftltg.).

231 LG Hof 8.12.1981 – T 75/81, juris (Leitsatz); Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2732; aA OLG Hamm 23.12.2004 – 15 W 372/04, DNotZ 2005, 630 (631).

232 Einordnung der Schriftleitung zu OLG Frankfurt am Main 24.4.2017 – 20 W 93/17, RNotZ 2017, 521 (522).

233 BGH 29.1.2009 – V ZB 140/08, NJW-RR 2009, 660 (661, Rn. 15).

234 BGH 29.1.2009 – V ZB 140/08, NJW-RR 2009, 660 (661 f., Rn. 15); OLG Düsseldorf 12.10.2018 – I-3 Wx 145/17, BeckRS 2018, 28536 (Rn. 9).

235 BGH 22.5.2014 – V ZB 146/13, NJW-RR 2014, 1360 (1361, Rn. 6); Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 6.

236 KG 25.10.2010 – 12 W 30/10, BeckRS 2010, 27965.

nach § 1162 BGB verschlossen bleibt, weil er als Rechtsnachfolger des Eigentümers handelt und das Unterbleiben von Verfügungen dieses Voreigentümers nicht an Eides statt versichern kann.²³⁷

Einschränkend führt der BGH zum Merkmal des unbekanntem Gläubigers bei Briefrechten aus, dass nicht ausreichend sei, wenn nur der Grundstückseigentümer von dem Verbleib des Briefs und dem Aufenthalt des letzten Inhabers keine Kenntnis habe; vielmehr müsse der Gläubiger „schlechthin unbekannt“ sein.²³⁸ „Schlechthin unbekannt“ bedeute nicht, dass objektiv ausgeschlossen sein müsse, den Gläubiger „jemals“ in Erfahrung zu bringen – entscheidend sei auch hier, dass sich der Antragsteller aller naheliegenden und zumutbaren Erkenntnisquellen bediene, um Brief und Aufenthalt des letzten Inhabers aufzuspüren.²³⁹ In diesem Zusammenhang erörtert der BGH in verallgemeinerungsfähiger Weise die „naheliegenden und zumutbaren Erkenntnisquellen“ näher: Zu den auszuschöpfenden Quellen gehöre die Nachfrage bei Personen, die etwas über den Hypothekenbrief wissen könnten, zB die Erben des Gläubigers oder dessen Angestellte und Bekannte.²⁴⁰ Hingegen könnten Auskünfte zu dem Verbleib des Briefs von Personen, die mit zumutbarem Aufwand nicht zu ermitteln seien, nicht verlangt werden; insbesondere müsse der Antragsteller für unbekannte (Erbes-)Erben des ursprünglichen Grundpfandgläubigers keine Nachlasspflegschaft mit dem Ziel erwirken, die Erben zu ermitteln.²⁴¹ Die Anforderungen dürften hier nicht überspannt werden; mehr als gewöhnliche Nachforschungsmaßnahmen (wie etwa: Durchsicht von Telefonbüchern, Einwohnerverzeichnissen und verfügbaren Unterlagen; Anfrage beim Melderegister) sollten dem Antragsteller nicht auferlegt werden.²⁴² Dem Gericht steht es immer frei, weitere Ermittlungen von Amts wegen zu veranlassen, § 26 FamFG.

VII. Juristische Personen

Bei juristischen Personen ist das Aufgebot nach § 1170 Abs. 1 S. 1 BGB auch für den Fall denkbar, dass eine juristische Person als Gläubiger eingetragen ist, die nicht mehr existiert und für die auch keine Feststellungen zur Rechtsnachfolge möglich sind.²⁴³ In den vom BGH zitierten Fundstellen werden als Beispielfälle genannt, dass der Gläubiger eine Firma führt oder eine juristische Person ist, deren Schicksal sich durch Kriegswirren oder Vernichtung der Registerunterlagen nicht mehr nachvollziehen lässt oder es sich um Sachverhalte im Beitrittsgebiet handelt.²⁴⁴

Nicht ausreichend für den Ausschluss eines Gläubigers als unbekannt ist dagegen, dass die juristische Person liquidiert ist – hier kann die Handlungsfähigkeit durch Nachtrags-

liquidation oder Prozesspflegschaft wieder hergestellt werden.²⁴⁵ Umstritten ist, ob Voraussetzung des Aufgebotsverfahrens die ursprüngliche Existenz der juristischen Person ist: Dagegen wird argumentiert, dass es am Rechtsschutzbedürfnis fehle, wenn nahezu ausgeschlossen sei, dass die als Gläubigerin eingetragene Gesellschaft zur Entstehung gelangt sei (im entschiedenen Fall: Gründung nach dem Recht eines Phantasiestaats).²⁴⁶ Das überzeugt nicht. Zutreffend ist zwar, dass § 1170 BGB in diesen Fällen nicht unmittelbar greift, da die Vorschrift voraussetzt, dass ein existierender Gläubiger unbekannt ist.²⁴⁷ Überzeugende Gründe sprechen aber für eine entsprechende Anwendung der Norm; auch nach dem Gesetzeszweck macht es keinen Unterschied, ob sich die ursprüngliche Existenz nun positiv feststellen lässt oder nicht.²⁴⁸

VIII. Rechtsnachfolge

Ebenso wie bei dem Aufgebot von Grundpfandrechtsbriefen stellt sich auch bei dem Aufgebot unbekannter Gläubiger die Problematik der Glaubhaftmachung bei mittlerweile eingetretener Rechtsnachfolge, genauer: ob und wie vom Antragsteller an Eides statt versichert oder auf sonstige Weise glaubhaft gemacht werden kann, dass das Recht nicht binnen der letzten zehn Jahre anerkannt worden ist, wenn der Antragsteller nicht während des gesamten relevanten Zeitraums Grundstückseigentümer war.²⁴⁹ Auch hier ist die Rechtsprechung uneinheitlich: In einer Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 2018 genügte dem 3. Senat zur Glaubhaftmachung die Versicherung der Erbin, dass ihr keinerlei Anzeichen für eine Anerkennung des Rechts durch den vorherigen Eigentümer, den Erblasser, bekannt seien.²⁵⁰ Das Gericht betonte allerdings, dass es auf die Umstände des Einzelfalls ankomme und dass es sich im zugrundeliegenden Fall nicht um ein Spekulationsobjekt, sondern ein Familienheim handle; ferner berücksichtigte das Gericht das Vorbringen der Erbin, wonach „die Gestaltung des ehelichen Zusammenlebens mit steter gegenseitiger Unterrichtung in wirtschaftlich wesentlichen Fragen und der Gepflogenheit, dass ‚die Korrespondenz‘ durch sie selbst erledigt worden sei“ und „ihr derartige Handlungen ihres Mannes nicht verborgen geblieben“ wären.²⁵¹ Demgegenüber entschied der 25. Senat des OLG Düsseldorf im Jahr 2019, dass mangels Möglichkeit eigener positiver Kenntnis der relevanten Vorgänge weder der antragsberechtigte Inhaber eines gleich/nachrangigen Rechts noch der für die unbekanntem Erben des Eigentümers des mit einer Briefhypothek belasteten Grundstücks bestellte Nachlasspfleger an Eides statt versichern könnten, dass der Erblasser nach „Umwandlung“ der Briefhypothek zur Eigentümergrundschuld dieses Recht nicht an einen unbekanntem Gläubiger abgetreten und diesem gegenüber binnen der letzten zehn Jahre an-

237 OLG Düsseldorf 12.10.2018 – I-3 Wx 145/17, BeckRS 2018, 28536 (Rn. 10).

238 BGH 22.5.2014 – V ZB 146/13, NJW-RR 2014, 1360 (1361, Rn. 7).

239 BGH 22.5.2014 – V ZB 146/13, NJW-RR 2014, 1360 (1361, Rn. 8).

240 BGH 22.5.2014 – V ZB 146/13, NJW-RR 2014, 1360 (1361, Rn. 9).

241 BGH 22.5.2014 – V ZB 146/13, NJW-RR 2014, 1360 (1361, Rn. 10).

242 Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 5.

243 BGH 3.3.2004 – IV ZB 38/03, NJW-RR 2004, 664 (665); OLG Düsseldorf 7.4.2011 – 3 Wx 25/11, NJOZ 2011, 1852; MüKoBGB/Lieder, 8. Aufl. 2020, § 1170 Rn. 4; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 10; Wenckstern DNotZ 1993, 547 (549); Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 447 Rn. 3.

244 Wenckstern DNotZ 1993, 547 (549); Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 10.

245 OLG Düsseldorf 7.4.2011 – 3 Wx 25/11, NJOZ 2011, 1852; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 10.

246 KG 26.8.1997 – 1 W 2905-97, NJW-RR 1998, 447 (450).

247 Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 45.

248 Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 45; in die Richtung: OLG Hamm 15.3.2013 – I-15 W 339/12, NJOZ 2013, 1404 (1405): Aufgebot sei nicht nur zulässig, wenn ursprüngliche Existenz positiv feststehe, sondern auch, wenn sie sich nicht ausschließen lasse.

249 Hierzu auch Einordnung der Schriftleitung zu OLG Düsseldorf 28.2.2019 – 25 Wx 73/18, RNotZ 2019, 389 (389 f.).

250 OLG Düsseldorf 12.10.2018 – I-3 Wx 145/17, BeckRS 2018, 28536 (Rn. 15 ff.).

251 OLG Düsseldorf 12.10.2018 – I-3 Wx 145/17, BeckRS 2018, 28536 (Rn. 20).

erkannt haben.²⁵² Diese Rechtsprechung bestätigte der 3. Senat des OLG Düsseldorf in einer im April 2020 ergangenen Entscheidung: Auch bei Briefgrundschulden könne der Erbe oder Nachlasspfleger mangels eigener Wahrnehmung nicht an Eides statt versichern, was der Eigentümer nach Übergang der Grundschuld auf sich selbst „mit seiner Grundschuld gemacht“ habe.²⁵³ Auch bei Briefgrundschulden sei es dem Erben bzw. dem Nachlasspfleger in der Regel nicht möglich zu versichern, dass es in den letzten zehn Jahren nicht zu Rechtsänderungen oder einem Anerkenntnis gekommen sei.²⁵⁴

Rechtlich überzeugt weder die Annahme des Gerichts, es sei zu einem Übergang der Grundschuld auf den Eigentümer gekommen, noch das Ergebnis, dass dem Erben oder Nachlasspfleger per se die Glaubhaftmachung zu versagen sei. Der Sinn und Zweck des Aufgebotsverfahrens muss auch in diesen Fällen angemessen berücksichtigt werden. Danach kann das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung überzeugend die eidesstattliche Versicherung des Antragstellers genügen lassen, dass ihm keine Anzeichen für eine Verfügung oder ein Anerkenntnis des Voreigentümers bekannt sind.²⁵⁵ Anderenfalls wäre die praktische Konsequenz, dass die zehnjährige Frist bei jedem todesbedingten Eigentümerwechsel neu beginnt – ein solches Ergebnis wäre nicht mit dem Zweck des Aufgebotsverfahrens zu vereinbaren.²⁵⁶

H. Aufgebot der Nachlassgläubiger

I. Einleitung

Abschließend soll auch das Aufgebot der Nachlassgläubiger eine kurze Betrachtung erfahren. Das Aufgebot der Nachlassgläubiger (§§ 1970 bis 1973 BGB iVm §§ 454 ff. FamFG) dient der möglichst vollständigen Ermittlung der Nachlassverbindlichkeiten. Das Verfahren eröffnet dem Erben die Möglichkeit, sich Gewissheit über den Bestand und die Höhe der Nachlassverbindlichkeiten zu verschaffen.²⁵⁷

Dies bietet ihm – insbesondere bei einem möglicherweise überschuldeten Nachlass – eine tragfähige Entscheidungsgrundlage für die Frage, ob er zu Mitteln der Haftungsbeschränkung greift und etwa die Nachlassverwaltung oder die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens beantragt.²⁵⁸ Der Erbe kann so sein eigenes Vermögen gegen unbekannte Nachlassgläubiger sichern.²⁵⁹ In der Praxis kommt dem Aufgebot der Nachlassgläubiger eine geringe Bedeutung zu.²⁶⁰

Nachlassgläubiger iSd § 1970 BGB sind alle Gläubiger, denen eine Forderung – sei sie auch bedingt oder erst dem Grunde nach entstanden – gegen den Nachlass zusteht.²⁶¹

Die nicht vom Aufgebotsverfahren betroffenen Gläubiger und Rechte sind in §§ 1971, 1972 BGB normiert: Hierzu zählen insbesondere die dinglich berechtigten Gläubiger (Pfandgläubiger gem. §§ 1204, 1273 BGB; Aus- und Absonderungsberechtigte nach §§ 47, 50, 51 InsO; Gläubiger gem. § 10 ZVG; Vormerkungsberechtigte, §§ 883 ff. BGB; Pflichtteilsberechtigte, Vermächtnisnehmer und Auflagenbegünstigte, sog. „nachlassbeteiligte Gläubiger“).²⁶² Auch nicht vom Ausschluss erfasst sind Gläubiger, deren Forderungen erst nach dem Beginn der Aufgebotsfrist dem Grunde nach entstehen, weil ihnen eine Anmeldung innerhalb der schon in Lauf gesetzten Frist nicht zugemutet werden kann.²⁶³ Von dem Ausschluss unberührt bleiben zudem Gläubiger, gegenüber denen der Erbe unbeschränkt haftet, § 2013 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Erbe haftet „unbeschränkt“ iSd § 2013 Abs. 1 S. 1 BGB bei Versäumung der Inventarfrist (§ 1994 Abs. 1 S. 2 BGB), absichtlich unrichtiger Inventaruntreue (§ 2005 Abs. 1 S. 1 BGB), unterlassener oder absichtlich verzögerter Auskunft nach § 2003 BGB (§ 2005 Abs. 1 S. 2 BGB) oder bei Verweigerung einer eidesstattlichen Versicherung gegenüber dem den Antrag stellenden Gläubiger (§ 2006 Abs. 3 S. 1 BGB).²⁶⁴

II. Örtliche Zuständigkeit

Neben den allgemeinen Vorschriften der §§ 433 ff. FamFG gelten für das Aufgebot der Nachlassgläubiger die besonderen Bestimmungen der §§ 454 bis 463 FamFG. Für die örtliche Zuständigkeit ist § 454 Abs. 2 S. 1 FamFG beachtlich, wonach grundsätzlich das Amtsgericht örtlich zuständig ist, dem die Angelegenheiten des Nachlassgerichts obliegen. Sofern diese Angelegenheiten einer anderen Behörde als einem Amtsgericht übertragen sind, so ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Nachlassbehörde ihren Sitz hat, § 454 Abs. 2 S. 2 FamFG.

III. Antragsberechtigung

Antragsberechtigt ist jeder Erbe – unabhängig vom Willen der übrigen Miterben – nach Annahme der Erbschaft und sofern er nicht für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (§ 455 Abs. 1 FamFG), auch der Vor- und Nacherbe, sowie der Nachlasspfleger, Nachlassverwalter und der verwaltende Testamentsvollstrecker, § 455 Abs. 2 FamFG.²⁶⁵ Der Nachlassinsolvenzverwalter ist nicht antragsbefugt, da das Aufgebot gem. § 457 Abs. 1 FamFG nicht erlassen werden soll, wenn die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens beantragt ist; Nachlassinsolvenzverfahren und Aufgebot schließen einander aus.²⁶⁶

Beantragt der Alleinerbe das Aufgebot, muss er eigene Forderungen grundsätzlich nicht anmelden, da diese Ansprüche mit dem Erbfall durch Konfusion erlöschen.²⁶⁷ Be-

252 OLG Düsseldorf 28.2.2019 – 25 Wx 73/18, RNotZ 2019, 389 (391, Rn. 9f.).

253 OLG Düsseldorf 3.4.2020 – 3 Wx 254/19, BeckRS 2020, 11738 (Rn. 15).

254 OLG Düsseldorf 3.4.2020 – 3 Wx 254/19, BeckRS 2020, 11738 (Rn. 15).

255 Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 21, 27.

256 Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, § 1170 Rn. 27.

257 Holzer ZEV 2014, 583 (583).

258 OLG Köln 25.9.2015 – 2 Wx 191/15, FGPrax 2015, 284 (285); OLG Düsseldorf 24.1.2012 – 3 Wx 301/11, NJW-RR 2012, 841 (841); Holzer ZEV 2014, 583 (583); MüKoBGB/Küpper, 8. Aufl. 2020, § 1970 Rn. 1; BeckOK BGB/Lohmann, 53. Ed., Stand 1.2.2020, § 1970 Rn. 1.

259 OLG Köln 25.9.2015 – 2 Wx 191/15, FGPrax 2015, 284 (285).

260 Holzer ZEV 2014, 583 (583).

261 BeckOK BGB/Lohmann, 53. Ed., Stand 1.2.2020, § 1970 Rn. 2.

262 BeckOK BGB/Lohmann, 53. Ed., Stand 1.2.2020, § 1970 Rn. 3.

263 BeckOK BGB/Lohmann, 53. Ed., Stand 1.2.2020, § 1970 Rn. 3.

264 Holzer ZEV 2014, 583 (583); BeckOK BGB/Lohmann, 53. Ed., Stand 1.2.2020, § 1970 Rn. 1.

265 Vgl. für die Antragsberechtigung und Wirkung des Antrags bei Mehrheit von Erben: § 460 Abs. 1 S. 1 FamFG, für Nacherbfolge: § 461 FamFG, für Gütergemeinschaft: § 462 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 FamFG und für Erbschaftskäufer: § 463 Abs. 1 FamFG; Holzer ZEV 2014, 583 (585, 588).

266 BeckOK BGB/Lohmann, 53. Ed., Stand 1.2.2020, § 1970 Rn. 7.

267 OLG Düsseldorf 24.1.2012 – 3 Wx 301/11, NJW-RR 2012, 841 (842); BeckOK BGB/Lohmann, 53. Ed., Stand 1.2.2020, § 1970 Rn. 5.

antrag demgegenüber der Nachlassverwalter oder Testamentsvollstrecker das Aufgebotsverfahren und die Verwaltung besteht noch in dem Zeitpunkt, in dem der Ausschließungsbeschluss ergeht, muss auch der Alleinerbe etwaige eigene Forderungen anmelden.²⁶⁸ So gilt bei Nachlassverwaltung gem. § 1976 BGB das Erlöschen der Forderung durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit nämlich als nicht erfolgt; bei Verwaltungs-Testamentsvollstreckung tritt eine Vereinigung von vornherein nicht ein.²⁶⁹ Stellt ein Miterbe den Antrag auf Aufgebot der Nachlassgläubiger, so müssen sowohl er selbst als auch die anderen Miterben ihre Forderungen anmelden.²⁷⁰

Das Aufgebotsgericht darf die Antragsbefugnis des Erben nicht von der Vorlage eines Erbscheins abhängig machen.²⁷¹ Das Aufgebotsgericht hat die erforderlichen Ermittlungen nach § 26 FamFG selbst durchzuführen.²⁷² Die Antragsbefugnis ist bereits dann zu bejahen, wenn nach Verwertung präsenster Erkenntnisquellen die Erbenstellung des Antragstellers als wahrscheinlich erscheint.²⁷³

Dem Antrag ist ein Verzeichnis der bekannten Nachlassgläubiger nebst Angabe ihres Wohnorts beizufügen, § 456 FamFG.

IV. Aufgebot

Im Aufgebot ist den Nachlassgläubigern, die sich nicht melden, als Rechtsnachteil anzudrohen, dass sie von dem Erben nur insoweit Befriedigung verlangen können, als sich nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger noch ein Überschuss ergibt; das Recht, vor den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen berücksichtigt zu werden, bleibt unberührt (§ 458 Abs. 1 FamFG). Gem. § 458 Abs. 2 FamFG soll die Aufgebotsfrist höchstens sechs Monate betragen. Bei den Kosten des Aufgebotsverfahrens handelt es sich um Nachlassverbindlichkeiten;²⁷⁴ im Nachlassinsolvenzverfahren um Masseschulden, § 324 Abs. 1 Nr. 4 InsO.

V. Wirkungen

1. Aufgebotseinrede

Hat der Erbe den Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens der Nachlassgläubiger innerhalb eines Jahres nach Annahme der Erbschaft gestellt, so ist er berechtigt, die Berichtigung einer Nachlassverbindlichkeit bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens zu verweigern, § 2015 Abs. 1 BGB.²⁷⁵ § 2045 BGB bestimmt, dass im Verhältnis der Miterben untereinander jeder Miterbe verlangen kann, dass die Auseinandersetzung des Nachlasses bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens aufgeschoben wird, wenn

der Antrag auf Erlass des Aufgebotes schon gestellt worden ist oder unverzüglich gestellt wird.

2. Erschöpfungseinrede

Das Aufgebotsverfahren lässt die Haftung des Erben nicht entfallen; es berührt also die Forderungen der Gläubiger als solche nicht.²⁷⁶ Das Aufgebot der Nachlassgläubiger gibt dem Erben aber ggf. die Erschöpfungseinrede (§ 1973 Abs. 1 S. 1 BGB), wonach er einwenden kann, dass der Nachlass durch die Befriedigung nicht ausgeschlossener Gläubiger erschöpft sei. Die Gläubiger, die sich nicht melden, können also nur insoweit Befriedigung verlangen, als nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger noch ein Überschuss verbleibt, § 1973 Abs. 1 S. 1 BGB.²⁷⁷

3. Eingeschränkte Haftung

Den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigern haftet der Erbe lediglich nach Bereicherungsgrundsätzen, § 1973 Abs. 2 S. 1 BGB.²⁷⁸

4. Pro-rata Haftung der Miterben

Bei mehreren Erben führt das Aufgebotsverfahren dazu, dass jeder Miterbe nach der Teilung des Nachlasses nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Verbindlichkeit haftet (Quotenhaftung, vgl. § 2060 Nr. 1 BGB).²⁷⁹

Damit führt das Aufgebot der Nachlassgläubiger – im Unterschied zu den anderen Aufgebotsverfahren – nicht zum Rechtsverlust, sondern zu den vorgenannten Beschränkungen.²⁸⁰

VI. Verhältnis zu Verschweigungseinrede, § 1974 BGB

Zu beachten ist im Zusammenhang mit dem Aufgebot der Nachlassgläubiger die „Verschweigungseinrede“ des § 1974 BGB: Unter den gem. § 1974 BGB bestimmten Voraussetzungen steht ein Nachlassgläubiger, der seine Forderung später als fünf Jahre nach dem Erbfall dem Erben gegenüber geltend macht, dem im Aufgebot ausgeschlossenen Gläubiger – unabhängig von einem Aufgebot – gleich. Der „Verschweigungseinrede“ nach § 1974 BGB kommt in der Praxis eine größere Bedeutung als dem Aufgebotsverfahren zu.²⁸¹ Sie soll den Erben vor Nachteilen durch nachlässige oder verhinderte Nachlassgläubiger schützen,²⁸² also vor Nachlassverbindlichkeiten, die erst lange Zeit nach dem Erbfall bekannt werden.²⁸³ ■

268 OLG Düsseldorf, 24.1.2012 – 3 Wx 301/11, NJW-RR 2012, 841 (842); BeckOK BGB/Lohmann, 53. Ed., Stand 1.2.2020, § 1970 Rn. 5.

269 BGH 1.6.1967 – II ZR 150/66, NJW 1967, 2399 (2399 f.).

270 OLG Düsseldorf 24.1.2012 – 3 Wx 301/11, NJW-RR 2012, 841 (842); BeckOK BGB/Lohmann, 53. Ed., Stand 1.2.2020, § 1970 Rn. 5; aA für den Fall des antragstellenden Miterben: MüKoBGB/Küpper, 8. Aufl. 2020, § 1971 Rn. 7.

271 OLG Hamm 2.12.2011 – I-15 W 384/11, FGPrax 2012, 90 (90 f.); Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 455 Rn. 6.

272 BeckOK BGB/Lohmann, 53. Ed., Stand 1.2.2020, § 1970 Rn. 7.

273 OLG Hamm 2.12.2011 – I-15 W 384/11, FGPrax 2012, 90 (90 f.).

274 OLG Düsseldorf 28.4.2017 – I-3 Wx 75/17, ZEV 2017, 456 (Rn. 5).

275 Der Wortlaut des § 2015 BGB wurde noch nicht auf das im Zuge der FGG-Reform eingeführte einstufige Verfahren angepasst; die Norm stellt noch auf das frühere zweistufige Aufgebotsverfahren und seine Zulassung ab (§ 947 Abs. 2 S. 1 ZPO aF); bis zu einer Anpassung des Wortlauts ist § 2015 Abs. 1 BGB so zu verstehen, dass die Einrede von der Einleitung des Aufgebotsverfahrens an erhoben werden kann: Holzer ZEV 2014, 583 (584).

276 OLG Düsseldorf 24.1.2012 – 3 Wx 301/11, NJW-RR 2012, 841 (841).

277 BeckOK BGB/Lohmann, 53. Ed., Stand 1.2.2020, § 1970 Rn. 1.

278 MüKoBGB/Küpper, 8. Aufl. 2020, § 1970 Rn.1.

279 BeckOK BGB/Lohmann, 53. Ed., Stand 1.2.2020, § 1970 Rn. 1.

280 Holzer ZEV 2014, 583 (584).

281 MüKoBGB/Küpper, 8. Aufl. 2020, § 1974 Rn. 1.

282 OLG Koblenz 25.4.2018 – 1 U 115/18, BeckRS 2018, 12881 (Rn. 12).

283 MüKoBGB/Küpper, 8. Aufl. 2020, § 1974 Rn. 1.

1. Liegenschaftsrecht – Unwirksamkeit einer Auflassungsvollmacht bei Formnichtigkeit des Übertragungsvertrages

(BGH, Urteil vom 27.5.2020 – XII ZR 107/17)

BGB §§ 125, 139, 167, 311 b Abs. 1, 894, 925

Die in einem notariell beurkundeten Angebot auf Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück erteilte Auflassungsvollmacht ist im Fall der Formnichtigkeit des Angebots im Zweifel ebenfalls unwirksam. Anders liegt es, wenn eine Partei die andere unwiderruflich zur Auflassung bevollmächtigt hat, um so die Vollziehung des Vertrags – und damit die Heilung der Formnichtigkeit des gesamten Vertrags – zu sichern (im Anschluss an BGH Urteile vom 19. Dezember 1963 – V ZR 121/62 – WM 1964, 182; vom 30. Oktober 1987 – V ZR 144/86 – NJW-RR 1988, 348 und vom 17. März 1989 – V ZR 233/87 – NJW-RR 1989, 1099).

Zur Einordnung

Das Beurkundungserfordernis des § 311 b Abs. 1 BGB, welches die Verpflichtung zum Erwerb von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten erfasst, begegnet dem Notar nahezu täglich. Es dient dem Schutz vor Über-eilung, erleichtert den Beweis der getroffenen Vereinbarung, untermauert die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts und lässt den Parteien schließlich sachkundige Beratung durch den Notar zukommen (vgl. BeckOK/Gehrlein, 55. Ed. 1.8.2020, BGB § 311 b Rn. 1). Das Formerfordernis erfasst dabei den ganzen Vertrag, dh alle Abreden, aus denen sich nach dem Willen beider Seiten das schuldrechtliche Geschäft zusammensetzt (vgl. BGH NJW 1979, 1496; NJW 1984, 974). Folge eines Verstoßes ist die Nichtigkeit des Vertrages (§ 125 BGB).

Besonders praxisrelevant ist in diesem Zusammenhang die Heilungsmöglichkeit des § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB: Ist die Auflassung erklärt und die Eintragung in das Grundbuch erfolgt, wird der Vertrag ex nunc wirksam; der Gesetzgeber hält in diesem Fall die wichtigste vertragliche Verpflichtung für erfüllt und gibt der Rechtssicherheit den Vorzug vor gegenseitigen Bereicherungsansprüchen der Parteien (vgl. MüKoBGB/Ruhwinkel, 8. Aufl. 2019, BGB, § 311 b Rn. 81). Erforderlich ist dafür neben der Eintragung, dass die Auflassung *wirksam* ist (vgl. BGH NJW 1965, 812). Dabei ist allgemein anerkannt, dass die in einem formunwirksamen Vertrag gleichzeitig erklärte Auflassung in Anwendung des Abstraktionsprinzips grundsätzlich nicht von der Formnichtigkeit nach §§ 311 b Abs. 1 S. 1, 125 BGB erfasst wird (vgl. BGH NJW 1979, 1496; MüKoBGB/Ruhwinkel, 8. Aufl. 2019, BGB, § 311 b Rn. 78).

Problematisch sind jedoch diejenigen Fälle, in denen im formunwirksamen Hauptvertrag lediglich eine Auflassungsvollmacht erklärt wird und die Auflassung aufgrund dieser Vollmacht zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt. In Bezug auf die Reichweite der aus § 311 b Abs. 1 BGB resultierenden Unwirksamkeit folgt die Rechtsprechung hier dem Grundsatz, dass die Formnichtigkeit im Zweifel nach § 139 BGB auch die dem Käufer vom Verkäufer erteilte Auflassungsvollmacht erfasst (vgl. BGH WM 1964, 182 [183]; NJW 1985, 730; vgl. auch Staudin-

ger/Schumacher, 2018, BGB, § 311 b Rn. 146); eine Heilung ist dann nicht möglich. Etwas anderes soll dann gelten, wenn die Auflassungsvollmacht unwiderruflich erteilt wurde, um die Vollziehung des Vertrages – insbesondere auch dessen Heilung – zu sichern; in diesem Fall ist die Vollmacht als selbständig gewollt anzusehen (vgl. BGH NJW-RR 1988, 348 [351]; NJW-RR 1989, 1099 [1100]; WM 1964, 182 [183]; krit. Heckschen DNotZ 1990, 360; MüKoBGB/Ruhwinkel, 8. Aufl. 2019, BGB, § 311 b Rn. 78). Bejaht wurde diese Ausnahme etwa für die Bevollmächtigung des Erwerbers zur Erklärung der Auflassung über den Tod des Veräußerers hinaus (vgl. BGH NJW-RR 1989, 1099 [1100]). Ferner soll die Auflassungsvollmacht immer dann wirksam sein, wenn sie von den Parteien in Kenntnis der Unwirksamkeit des Vertrages erteilt wurde (vgl. Heckschen DNotZ 1990, 360 mwN).

Der BGH hat in der abgedruckten Entscheidung seine vorstehenden Grundsätze bestätigt. Im Streitfall wurde ein (für das Revisionsverfahren zu unterstellendes) formnichtiges Angebot zum Abschluss eines Übertragungsvertrages, welches auch eine Auflassungsvollmacht enthielt, zu einem späteren Zeitpunkt angenommen, die Auflassung aufgrund der Vollmacht erklärt und die Eigentumseintragung bewirkt. Der BGH verneinte einen wirksamen Eigentumserwerb, da sich die Nichtigkeit auf die (widerrufliche) Auflassungsvollmacht erstreckt habe, so dass keine wirksame Auflassung vorliege und damit keine Heilung habe eintreten können.

Die Entscheidung ruft die besonderen Probleme des § 311 b Abs. 1 BGB bei der Verwendung von Auflassungsvollmachten in Erinnerung und verdeutlicht, dass die Rechtsprechung bei Verletzung der Norm grundsätzlich wegen § 139 BGB auch eine Unwirksamkeit der Vollmacht annimmt und damit eine Heilungsmöglichkeit versagt. Es empfiehlt sich daher die Verwendung unwiderruflicher Vollmachten, welche nach Auffassung des BGH als eigenständige Rechtsgeschäfte zu qualifizieren sind (krit. Heckschen DNotZ 1990, 360). Im diesem Zusammenhang sei zudem daran erinnert, dass sich die Heilung nach § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB nicht auf Formvorschriften mit abweichendem Schutzzweck (etwa § 2348 BGB) oder sonstige Unwirksamkeitsgründe erstreckt (vgl. MüKoBGB/Ruhwinkel, 8. Aufl. 2019, BGB, § 311 b Rn. 92).

Die Schriftleitung (JW)

Zum Sachverhalt:

[1] Die Parteien erheben wechselseitig Ansprüche nach Beendigung ihrer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.

[2] Die Parteien lebten seit 2012 in nichtehelicher Lebensgemeinschaft. Sie bewohnten ein ursprünglich der Klägerin gehörendes Hausgrundstück. Mit notarieller Urkunde vom 5. November 2012 unterbreitete die Klägerin dem Beklagten ein Angebot zum Abschluss eines Übertragungsvertrages über den hälftigen Miteigentumsanteil an dem Grundstück. Darin heißt es unter anderem:

„Das Angebot ist unbefristet und unwiderruflich. Das Angebot ist nicht abtretbar. Es erlischt mit dem Tod des [Beklagten]. Zur Wirksamkeit der Annahme genügt deren Erklärung zum notariellen Protokoll.

[Die Klägerin] bevollmächtigt hiermit den [Beklagten] unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB mit der Annahme des Angebots gleichzeitig die Auflassung in [ihrem] Namen zu erklären und alle zur vertragsgemäßen Durchführung des Vertrages erforderlichen Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen.“

[3] Ferner bewilligten und beantragten die Parteien die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Beklagten, die unabhängig von der Annahme des Angebots sofort in das Grundbuch eingetragen werden sollte und auch wurde.

[4] Das Grundstück war mit einer Grundschuld in Höhe von 45.000 € belastet, die zum Zeitpunkt der Urkunden-erstellung noch mit 34.000 € valutierte. Der Wert des Miteigentumsanteils wurde mit 30.000 € angenommen. Die notarielle Urkunde enthält folgende weitere Regelung:

„(...) Zum Zeitpunkt der Annahme des Angebots übernimmt der [Beklagte] die dann noch valutierende Grundschuld und die dadurch abgesicherten Kredite und stellt die [Klägerin] insoweit von jeglicher Haftung im Innenverhältnis frei. Weitere Gegenleistungen sind nicht zu erbringen.“

[5] Seit Oktober 2014 zahlte der Beklagte auf die Darlehensverbindlichkeit monatliche Raten (Zins und Tilgung) von 350 €.

[6] Im Jahr 2015 beendete die Klägerin die Beziehung zu dem Beklagten und forderte ihn in der Folgezeit mehrfach erfolglos zum Auszug auf. Mit Schreiben vom 2. September 2015 erklärte die Klägerin die Anfechtung der „notariellen Vereinbarung“ vom 5. November 2012. Im Rahmen eines – später für erledigt erklärten – Gewaltschutzverfahrens wurde dem Beklagten durch Beschluss vom 6. Oktober 2015 untersagt, die Wohnung der Klägerin zu betreten, sich der Klägerin zu nähern und Verbindung zu ihr aufzunehmen.

[7] Am 7. Oktober 2015 erklärte der Beklagte vor einem Notar die Annahme des Angebots vom 5. November 2012 sowie die Auflassung, aufgrund derer er am 5. Januar 2016 als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen wurde. Am 7. Januar 2016 verschaffte er sich durch einen Schlüsseldienst Zutritt zur Wohnung der Klägerin. Infolge einer noch am selben Tag ergangenen Gewaltschutzanordnung übergab der Beklagte die neuen Schlüssel der Polizei. Ebenfalls am selben Tag stellte er Antrag auf Teilungsversteigerung des streitgegenständlichen Grundstücks.

[8] Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zur Rückübertragung des ideellen Miteigentumsanteils zu verurteilen und die Teilungsversteigerung für unzulässig zu erklären. Der Beklagte hat Widerklage auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung erhoben. Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg

[9] Das Rechtsmittel hat Erfolg.

Das Berufungsgericht geht von einer wirksamen Auflassung aus, so dass Heilung nach § 311 Abs. 1 S. 2 BGB eingetreten sei

I.

[10] Nach Auffassung des Oberlandesgerichts hat die Klägerin keinen Anspruch auf „Rückübertragung“ des Miteigentumsanteils aus § 894 BGB. Denn das Grundbuch sei nicht unrichtig. Die vom Beklagten erklärte Auflassung sei wirksam gewesen und die Eintragung somit zu Recht erfolgt.

[11] Unabhängig von der Frage, ob die Parteien nicht beurkundete, aber nach § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungsbedürftige Nebenabreden getroffen hätten, habe auch deren Nichtbeurkundung nicht nach § 125 BGB zur Nichtigkeit des gesamten notariellen Vertrags geführt. Der Vertrag sei (jedenfalls) nach § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB durch Eintragung geheilt worden und einschließlich der darin enthaltenen dinglichen Erklärungen nebst Ermächtigung zur Abgabe der Auflassungserklärung seinem gesamten Inhalt nach gültig geworden.

[12] Auch andere zur Unwirksamkeit führende Gründe, etwa eine auf das Erfüllungsgeschäft „durchschlagende“ Sittenwidrigkeit der Übertragung des Miteigentumsanteils oder eine Unwirksamkeit des Vertrags wegen Anfechtung lägen nicht vor. Schließlich sei auch ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 BGB oder ein auf einem Wegfall der Geschäftsgrundlage beruhender Rückgewähranspruch nicht gegeben.

Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand

II.

[13] Das hält rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

[14] 1. Die Begründung des Berufungsurteils lässt mit hinreichender Deutlichkeit erkennen, dass das Berufungsgericht die von der Klägerin gestellten Anträge – unter anderem – als auf die Berichtigung des Grundbuchs gerichtet ausgelegt hat. Das entspricht der gebotenen Auslegung nach dem von der Klägerin angestrebten Rechtsschutzziel (vgl. BGH Urteil vom 21. Oktober 2005 – V ZR 63/05 – BGHReport 2006, 147, 148 mwN). Die Klägerin hat sich auf die Unrichtigkeit des Grundbuchs berufen und damit ersichtlich – zumindest hilfsweise – neben dem ausdrücklich geltend gemachten Rückübertragungsanspruch auch die Grundbuchberichtigung angestrebt. Dass das Oberlandesgericht den gestellten Anträgen unter anderem einen Grundbuchberichtigungsantrag entnommen hat, ist in der Revisionsinstanz auch nicht beanstandet worden.

Es ist für das Revisionsverfahren zu unterstellen, dass der Übertragungsvertrag nicht der Form des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB entsprach

[15] 2. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB auf der Grundlage der von ihm getroffenen Feststellungen zu Unrecht verneint.

[16] Es hat offengelassen, ob der Übertragungsvertrag wegen nicht beurkundeter weiterer Abreden der Parteien formunwirksam war, weil ein Formmangel jedenfalls durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch geheilt worden sei. Demzufolge ist in der Revisionsinstanz zu unterstellen, dass der Übertragungsvertrag nicht der nach § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB erforderlichen Form entsprach.

Eine Heilung ist mangels wirksamer Auflassung nicht erfolgt

[17] Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen tragen die von ihm angenommene Heilung des Formmangels nach § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB indes nicht.

Die Formnichtigkeit des Grundstückskaufvertrages hat gem. § 139 BGB im Zweifel auch die Unwirksamkeit der in diesem Vertrag dem Käufer vom Verkäufer erteilten Auflassungsvollmacht zur Folge

[18] a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat die Formnichtigkeit eines Grundstückskaufvertrages gemäß § 139 BGB im Zweifel auch die Unwirksamkeit der in diesem Vertrag dem Käufer vom Verkäufer erteilten Auflassungsvollmacht zur Folge (BGH Urteile vom 19. Dezember 1963 – V ZR 121/62 – WM 1964, 182, 183; vom 8. November 1984 – III ZR 132/83 – NJW 1985, 730 und BGHZ 102, 60 = NJW 1988, 697, 698; vgl. auch Staudinger/Schumacher BGB [2018] § 311 b Rn. 146 mwN; Heckschen DNotZ 1990, 360).

Etwas anderes gilt, wenn die Vollmacht unwiderruflich erteilt wird, um so die Vollziehung des Vertrags zu sichern

[19] Anders liegt es hingegen, wenn eine Partei die andere unwiderruflich zur Auflassung bevollmächtigt hat, um so die Vollziehung des Vertrags – und damit die Heilung der Formnichtigkeit des gesamten Vertrags – zu sichern. In einem solchen Fall ist die Auflassungsvollmacht als selbständig gewollt anzusehen (BGH Urteile vom 30. Oktober 1987 – V ZR 144/86 – NJW-RR 1988, 348, 351; vom 17. März 1989 – V ZR 233/87 – NJW-RR 1989, 1099, 1100 und vom 19. Dezember 1963 – V ZR 121/62 – WM 1964, 182, 183).

Das Berufungsgericht ist selbst von der Unwirksamkeit der Vollmacht ausgegangen

[20] b) Das Berufungsgericht hat die Auflassungsvollmacht als von der unterstellten Formunwirksamkeit des Übertragungsvertrages erfasst angesehen, so dass sie entsprechend der genannten Zweifelsregel nach § 139 BGB nichtig war. Damit ist es zudem davon ausgegangen, dass die Klägerin dem Beklagten die Auflassungsvollmacht auch nicht abweichend von der oben genannten Regel unwiderruflich erteilt hat, um so die Vollziehung des gesamten Vertrags und damit die Heilung des – unterstellten – Formmangels zu sichern. Anders als die Revisionserwiderung meint, lässt sich aus dem Wortlaut des Vertrags nichts Gegenteiliges folgern. Als unwiderruflich ist darin allein das Vertragsangebot bezeichnet, nicht aber die Auflassungsvollmacht. Dass die Parteien sich etwa einer Formnichtigkeit bewusst gewesen seien, was im Einzelfall dafür sprechen kann, dass die Auflassungsvollmacht als selbständig gewollt anzusehen ist, ist auch vom Beklagten nicht geltend gemacht worden. Demnach sind die diesbezüglichen Feststellungen des Berufungsgerichts in der Revisionsinstanz zugrunde zu legen.

Die Heilungswirkung nach § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB kann sich nicht auf die Vollmacht erstrecken, da die Heilung eine wirksame Auflassung – und damit eine wirksame Auflassungsvollmacht – voraussetzt

[21] Zur Gültigkeit des Übertragungsangebots ist das Berufungsgericht erst dadurch gelangt, dass es die Heilungswirkung nach § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB auch auf die Auflassungsvollmacht erstreckt hat. Das ist indessen bereits

deshalb in sich widersprüchlich, weil die Heilung eine wirksame Auflassung voraussetzt. Eine Heilung kann folglich nicht eintreten, wenn schon die Auflassungsvollmacht nicht wirksam erteilt war, weil dies zur Unwirksamkeit der vom Bevollmächtigten erklärten Auflassung führt (vgl. BGH Urteil vom 14. März 2003 – V ZR 278/01 – NJW-RR 2003, 1136).

Es ist daher von einer Unwirksamkeit der Vollmacht nach § 139 BGB auszugehen, so dass es an einer wirksamen Auflassung fehlte

[22] Auf Grundlage der getroffenen Feststellungen ist mithin davon auszugehen, dass die Auflassungsvollmacht nach § 139 BGB ebenso wie das – unterstellt formnichtige – Übertragungsangebot unwirksam war. Die vom Beklagten in diesem Fall ohne Vertretungsmacht erklärte Auflassung war mangels Genehmigung gemäß § 177 BGB und Gestattung nach § 181 BGB unwirksam und konnte folglich nicht zum Wechsel des hälftigen Miteigentumsanteils auf den Beklagten führen.

[23] 3. Der Antrag der Klägerin auf Unzulässigerklärung der Teilungsversteigerung findet seine Grundlage in einer entsprechenden Anwendung von § 771 ZPO (vgl. Senatsurteil vom 5. Juni 1985 – IVb ZR 34/84 – FamRZ 1985, 903 f.). Die Begründetheit dieses Antrags hängt wie der Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung davon ab, ob die Übertragung des Miteigentumsanteils wirksam war. Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen durfte der Antrag nach § 771 ZPO mithin ebenso wenig abgewiesen werden.

[24] Nicht anders verhält es sich schließlich bei dem mit der Widerklage geltend gemachten Anspruch auf Nutzungsentschädigung, den das Berufungsgericht auf § 745 Abs. 2 BGB gestützt hat. Auch insoweit ist die Entscheidung von der Wirksamkeit der Übertragung des Miteigentumsanteils abhängig.

Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen

[25] 4. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben. Dem Senat ist eine eigene Sachentscheidung verwehrt. Auf der Grundlage des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts scheidet eine Unwirksamkeit der Eigentumsübertragung aus anderen Gründen, insbesondere wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB, aus. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob der ursprüngliche Übertragungsvertrag formwirksam ist

[26] Da es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auf die – ursprüngliche – Formwirksamkeit des Übertragungsangebots ankommt, sind weitere tatrichterliche Feststellungen erforderlich. Zwar weist der Vortrag beider Parteien darauf hin, dass von ihnen nicht beurkundete (Neben-) Abreden getroffen wurden, welche beurkundungsbedürftig waren. Nach dem Vortrag der Klägerin sollte der Beklagte die noch valutierenden und durch Grundschuld gesicherten Kreditverbindlichkeiten aus dem Erlös tilgen, den er aus dem beabsichtigten Verkauf einer Eigentumswohnung und eines Gartengrundstücks erzielen würde, und die Darlehensraten schon vor Verkauf der Eigentumswohnung übernehmen. Das wird wenigstens teilweise dadurch bestätigt, dass der Beklagte die Zahlung der laufenden Kreditraten schon im Oktober 2014 übernommen hatte, obwohl er das Übertragungsangebot erst am 7. Oktober 2015 annahm. Nach dem Inhalt der notariellen Urkunde sollte die diesbe-

zügliche Leistungspflicht des Beklagten aber erst mit Annahme des Angebots begründet werden, was mit der Übernahme der Leistungen durch den Beklagten nicht zu vereinbaren ist. Nach dem Vortrag des Beklagten sollte zudem die Übertragung des Miteigentumsanteils die von ihm zu tätigen Investitionen absichern. Auch das steht mit dem beurkundeten Inhalt des Angebots nicht ohne Weiteres im Einklang. Die beurkundete Gegenleistung dürfte nach dem Vortrag beider Parteien mithin jedenfalls nicht vollständig dem von ihnen gewollten Vertragsinhalt entsprochen haben, weil sie sich darüber einig gewesen sein dürften, dass der Beklagte mehr als die bei der zeitlich unbestimmt zu erklärenden Annahme noch offenen Kreditraten übernehmen sollte.

[27] Auch wenn eine ursprüngliche Formnichtigkeit des Übertragungsangebots und die damit verbundene Nichtigkeit der Auflassungsvollmacht demnach naheliegen, ist den Parteien insoweit zunächst Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag und Beweisangeboten zu geben, weil es dem Berufungsgericht – aus seiner Sicht folgerichtig – darauf bislang nicht angekommen ist und es zu diesem Punkt noch keine abschließenden Feststellungen getroffen hat. ■

2. Liegenschaftsrecht – Zur Wirksamkeit der Eigentümerzustimmung zu einer Erbbaurechtsveräußerung bei Eigentümerwechsel

(*OLG München*, Beschluss vom 15.6.2020 – 34 Wx 131/20)

BGB § 167 Abs. 1
ErbbauRG §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1, 7
GBO § 18
WEG § 12 Abs. 1

Die Wirksamkeit der durch den Eigentümer erklärten Zustimmung nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG dauert auch dann fort, wenn nachträglich die Berechtigung hierzu durch den Verlust der Eigentümerstellung entfällt, bevor der Eintragungsantrag gestellt worden ist.

Zur Einordnung

Das OLG München befasst sich in diesem Beschluss mit der Frage, wie sich ein Eigentümerwechsel auswirkt, wenn der frühere Eigentümer die Zustimmung zur Erbbaurechtsveräußerung erteilt hat, zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Eintragung der Erbbaurechtsveräußerung aber der neue Eigentümer im Grundbuch des Grundstücks eingetragen ist.

Gem. § 5 Abs. 1 ErbbauRG kann die Veräußerung eines Erbbaurechts von der Zustimmung des Grundstückseigentümers abhängig gemacht werden. Das Zustimmungserfordernis wird zum Inhalt des Erbbaurechts, wenn Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigter hierüber eine Einigung erzielen – entweder im Erbbaurechtsvertrag oder nachträglich – und das Zustimmungserfordernis im Grundbuch eingetragen wird (BeckOGK ErbbauRG/*Toussaint*, Stand 1.7.2020, § 5 Rn. 6; Palandt/*Wicke*, BGB, 79. Aufl. 2020, § 5 ErbbauRG Rn. 1). Nach § 14 Abs. 1 S. 3 ErbbauRG genügt für die Eintragung im Grundbuch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Gem. § 6 Abs. 1 ErbbauRG sind eine Verfügung des Erbbauberechtigten über das Erbbaurecht und ein Vertrag, durch den er sich zu einer solchen Verfügung verpflichtet,

unwirksam, solange nicht der Grundstückseigentümer die erforderliche Zustimmung erteilt hat.

§ 5 Abs. 1 ErbbauRG enthält allerdings keine Vorgaben dazu, zu welchem Zeitpunkt die Zustimmungsberechtigung vorliegen muss. Nach einer Auffassung handelt es sich um eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Erbbauberechtigten (OLG Düsseldorf MittRhNotK 1996, 276; OLG Köln MittRhNotK 1996, 275 [276]; BeckOGK ErbbauRG/*Toussaint*, Stand 1.7.2020, § 5 Rn. 12; s. a. schon BGH NJW 1963, 36). Da die Verfügungsbefugnis des Erbbauberechtigten zum Zeitpunkt der Vollendung des Erwerbs und damit dem nach § 878 BGB maßgeblichen Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Eintragung der Erbbaurechtsveräußerung vorliegen muss, soll es auch auf diesen für die Zustimmungsberechtigung des Eigentümers ankommen (OLG Düsseldorf MittRhNotK 1996, 276 [277]; OLG Köln MittRhNotK 1996, 275; BeckOGK ErbbauRG/*Toussaint*, Stand 1.7.2020, § 5 Rn. 10, 12; vgl. auch BGH NJW 1963, 36). Bei einem Eigentümerwechsel vor Eingang des Antrags auf Eintragung der Erbbaurechtsveräußerung werde die Zustimmung unwirksam (OLG Düsseldorf MittRhNotK 1996, 276; Keller/*Munzig/Keller*, GrundbuchR, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 169). Nach anderer Auffassung wird die Zustimmungserklärung mit Zugang beim Erbbauberechtigten wirksam und unwiderruflich (Staudinger/*Rapp*, Neubearb. 2017, § 7 ErbbauRG Rn. 1; Palandt/*Wicke*, BGB, 79. Aufl. 2020, § 5 ErbbauRG Rn. 5; *Kessler* RNotZ 2005, 543 [547 f.]). Es handelt sich nach dieser Auffassung beim Zustimmungserfordernis nicht um eine Verfügungs-, sondern um eine Fungibilitätsbeschränkung (Staudinger/*Heinze*, Neubearb. 2018, § 878 BGB Rn. 29; Bauer/*Schaub/Maaß*, GBO, 4. Aufl. 2018, Teil F Rn. 128). Eingeschränkt werde nicht die Verfügungsmacht, sondern die Übertragbarkeit des Rechts selbst (vgl. Bauer/*Schaub/Maaß*, GBO, 4. Aufl. 2018, Teil F Rn. 128). Mit Erteilung der Zustimmung durch den zu diesem Zeitpunkt im Grundbuch eingetragenen Eigentümer werde die Fungibilitätsbeschränkung aufgehoben (Bauer/*Schaub/Maaß*, GBO, 4. Aufl. 2018, Teil F Rn. 128).

Der BGH hatte im Jahre 2017 über die Widerruflichkeit der Eigentümerzustimmung zu entscheiden und erklärte die Eigentümerzustimmung in dem Moment für unwiderruflich, in dem das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft wirksam geworden ist (BGH RNotZ 2017, 654 mEinordn. d. Schriftl.). Diese Grundsätze wandte er im Jahre 2018 auch auf die Frage der Widerruflichkeit der Verwalterzustimmung nach § 12 WEG an (BGH RNotZ 2019, 332 mEinordn. d. Schriftl.). Bereits 2012 hatte der BGH die dem hiesigen Fall verwandte Frage nach den Auswirkungen eines vor Antragstellung erfolgten Verwalterwechsels auf die bereits erteilte Verwalterzustimmung nach § 12 WEG ebenfalls dahingehend beantwortet, dass die einmal erteilte Verwalterzustimmung wirksam bleibt (BGH DNotZ 2013, 362 [365]; aA noch OLG Celle, RNotZ 2005, 542 zur Zustimmung der Wohnungseigentümer). Dieser Linie der Rechtsprechung schließt sich das OLG München in der vorliegenden Entscheidung an und erklärt die Zustimmungserklärung des früheren Grundstückseigentümers für wirksam.

Für die notarielle Praxis ist diese Entscheidung insbesondere bei in Wohnungs- und Teilerbbaurechte aufgeteilten Objekten von Bedeutung, bei denen durch schrittweisen Erwerb von Miteigentumsanteilen am Grundbesitz durch die Erbbauberechtigten eine spätere Aufhebung des Erbbaurechts unter Begründung von

Wohnungseigentum vorbereitet werden soll und daher nicht nur eine Vielzahl von Zustimmungen eingeholt werden muss, sondern der stetige Eigentumserwerb durch Erbbauberechtigte auch zu Eigentümerwechseln während des Vollzugs des Erbbaurechtskaufvertrags führen kann (ausführlich zu dieser Gestaltung *Theus RNotZ 2019, 573 [597, 604 f.]*).

Die Schriftleitung (IK)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Beteiligten zu 1 und 2 sind im Wohnungserbbaugrundbuch in Erbengemeinschaft als Inhaber eines Erbbaurechts, verbunden mit Sondereigentum an einer Wohnung, und eines Miteigentumsanteils am selben Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an einer Tiefgarage und einem Nutzungsrecht am Kfz-Stellplatz, eingetragen.

[2] Die Veräußerung des Erbbaurechts unterliegt dem ebenfalls im Wohnungserbbaugrundbuch eingetragenen Vorbehalt der Zustimmung des Grundstückseigentümers.

[3] Mit notariellem Vertrag vom 10.12.2018 verkauften die Beteiligten zu 1 und 2 das Wohnungserbbaurecht und die Miteigentumsanteile am Teilerbbaurecht mit dem Nutzungsrecht an die Beteiligte zu 3. Sie einigten sich über den Übergang des Erbbaurechts. Die Beteiligten zu 1 und 2 bewilligten und die Beteiligte zu 3 beantragte die Eintragung einer Vormerkung sowie der Rechtsänderung im Grundbuch. Der Urkundsnotar wurde durch die Parteien bevollmächtigt, die zum Vollzug der Urkunde im Grundbuch erforderlichen oder zweckdienlichen Anträge und Erklärungen abzugeben sowie alle zu dem Vertrag erforderlichen Genehmigungen und Zeugnisse zu beantragen und entgegenzunehmen.

[4] Am 8.1.2019 wurde die Vormerkung im Wohnungserbbaugrundbuch eingetragen.

[5] Am 8.4.2019 stimmten sämtliche eingetragenen Miteigentümer des Grundstücks, darunter S. H. v. H., vertreten durch den Verwalter, für den entsprechende Vollmachten ausgestellt waren, zur Urkunde des Urkundsnotars der Veräußerung zu.

[6] Am 30.9.2019 wurde anstelle von S. H. v. H. die Beteiligte zu 4 als Miteigentümerin eingetragen.

[7] Mit Schreiben vom 24.1.2020 hat der Urkundsnotar beim Grundbuchamt unter Vorlage der Zustimmungserklärungen den Vollzug des Vertrags vom 10.12.2018 und die Löschung der Vormerkung beantragt. Er meint, auf die Zustimmung der weiteren Grundstückseigentümerin komme es nicht an, weil diese erst als solche eingetragen wurde, nachdem die Veräußerung zu seiner Urkunde wirksam geworden war, und auf einen Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 29.6.2017 verwiesen.

[8] Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 13.2.2020 erklärt, der Eintragung stehe das Fehlen der Zustimmung der weiteren Grundstücksmiteigentümerin, der Beteiligten zu 4, entgegen, und zur Begründung auf einen Beschluss des Oberlandesgerichts Köln Bezug genommen.

[9] Gegen diese Zwischenverfügung hat der Urkundsnotar mit Schreiben vom 9.3.2020 Beschwerde eingelegt.

[10] Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde hat Erfolg

[11] Die zulässige Beschwerde ist begründet.

[12] 1. Die Beschwerde ist zulässig. Insbesondere ist sie gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft. Zu den Entscheidungen des Grundbuchamts i. S. dieser Bestimmung zählen auch Zwischenverfügungen nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO (OLG Hamm FGPrax 2010, 177; Budde in Bauer/Schaub GBO 4. Aufl. § 71 Rn. 6; Demharter GBO 31. Aufl. § 71 Rn. 1; Hügel/Kramer GBO 4. Aufl. § 71 Rn. 68).

[13] 2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Das Fehlen der Zustimmung der Beteiligten zu 4 steht der Eintragung der Beteiligten zu 3 nicht entgegen.

Ist die Zustimmung des Grundstückseigentümers zu einer Veräußerung Inhalt des Erbbaurechts, ist dem Grundbuchamt die Zustimmung des Grundstückseigentümers nachzuweisen

[14] Ist wie hier als Inhalt des Erbbaurechts nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG vereinbart, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Rechts die Zustimmung des Grundstückseigentümers benötigt, so darf gemäß § 15 ErbbauRG der Rechtsübergang erst eingetragen werden, wenn dem Grundbuchamt die Zustimmung des Grundstückseigentümers nachgewiesen ist. Vorliegend wurde die Zustimmung bereits am 8.4.2019 durch sämtliche damalige Miteigentümer, vertreten durch den Verwalter, zu notarieller Urkunde erklärt und zusammen mit dem Eintragungsantrag vom 24.1.2020 beim Grundbuchamt eingereicht.

Ob ein Wechsel des Grundstückseigentümers vor Stellung des Eintragungsantrags dazu führt, dass die Zustimmung des neuen Eigentümers nachzuweisen ist, ist umstritten

[15] a) Ob ein Wechsel in der Zustimmungsberechtigung noch vor Stellung des Eintragungsantrags, wie er hier durch den Übergang eines Miteigentumsanteils von S. H. v. H. auf die Beteiligte zu 4 erfolgt ist, dazu führt, dass nun die Zustimmung des neuen Berechtigten nachzuweisen ist, ist allerdings umstritten. § 5 Abs. 1 ErbbauRG lässt sich nicht unmittelbar entnehmen, zu welchem Zeitpunkt die Zustimmungsberechtigung vorliegen muss. Der Bundesgerichtshof hat zwar im Beschluss vom 29.6.2017 angedeutet, dass ein Wechsel insoweit irrelevant ist (BGH NJW 2017, 3514 Rn. 12 f.), jedoch keine näheren Ausführungen zu dieser für die dortige Entscheidung nicht maßgeblichen Frage getätigt. Sonstige höchstrichterliche Judikatur hierzu existiert bislang nicht. Die ältere obergerichtliche Rechtsprechung und ihr folgend nach wie vor ein Teil der Literatur verlangen, dass der Zustimmungsberechtigte bei Eingang des Antrags auf Eintragung der zustimmungsbedürftigen Veräußerung beim Grundbuchamt Grundstückseigentümer ist (OLG Köln Rpfleger 1996, 106; OLG Düsseldorf Rpfleger 1996, 340; BeckOGK/Toussaint § 5 ErbbauRG Rn. 12; NK-BGB/Heller 4. Aufl. § 5 ErbbauRG Rn. 8 Fn. 17452; Keller in Keller/Munzig GBR 8. Aufl. § 3 Rn. 169). Dies ist Konsequenz des Verständnisses der Zustimmungserfordernisse als Beschränkung der Verfügungsmacht über das Erbbaurecht (BGH NJW 1963, 36; OLG Hamm DNotZ 1992, 368/370; BeckOGK/Toussaint § 5 ErbbauRG Rn. 10). Nach einer anderen, im Vordringen begriffenen Auffassung handelt es sich bei dem Zustimmungserfordernis nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG um eine an den Gegenstand der Übertragung an-

knüpfende Beschränkung der Übertragbarkeit, d. h. um eine auf der Ebene des Rechts selbst eintretende sogenannte Fungibilitätseinschränkung (Kössinger in Bauer/Schaub § 19 Rn. 202 f.; Staudinger/Heinze BGB [1993 ff.] § 878 Rn. 29; Kessler RNotZ 2005, 543/547). Dieses Hindernis werde aber bereits durch die Zustimmungserklärung als solche beseitigt, so dass spätere Veränderungen, insbesondere ein Wechsel in der Zustimmungsberechtigung, nicht von Bedeutung seien (Kössinger in Bauer/Schaub § 19 Rn. 203; Kessler RNotZ 2005, 543/547; Palandt/Wicke BGB 79. Aufl. § 5 ErbbauRG Rn. 5; Staudinger/Heinze § 878 Rn. 29; Staudinger/Rapp § 7 ErbbauRG Rn. 1).

Nach der Rechtsprechung des BGH ist die erteilte Zustimmung nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam wird

[16] b) Allerdings hat der Bundesgerichtshof in dem bereits unter a) erwähnten Beschluss entschieden, dass die erteilte Zustimmung nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG unwiderruflich ist, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist. Das Gericht hat dabei offengelassen, ob das Zustimmungserfordernis eine Verfügungsbeschränkung oder eine Fungibilitätseinschränkung – vgl. oben a) – darstellt, und seine Entscheidung im Wesentlichen auf folgende Erwägungen gestützt: Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte dem Grundstückseigentümer die Möglichkeit eingeräumt werden, den Verkauf des Erbbaurechts zu Spekulationszwecken oder dessen übermäßige Belastung mit – bei vorzeitigem Heimfall nicht erlöschenden – Grundpfandrechten zu verhindern. Deshalb wurde eine Vorschrift für erforderlich gehalten, nach der die Veräußerung und die hypothekarische Belastung des Erbbaurechts von der Zustimmung des Eigentümers derart abhängig gemacht werden kann, dass sie im Falle der Vertragswidrigkeit unwirksam sind. Der Gesetzgeber ging folglich davon aus, dass der Eigentümer der Veräußerung oder Belastung des Erbbaurechts nur einheitlich entweder zustimmen oder diese Zustimmung verweigern kann. Auch § 6 Abs. 1 ErbbauRG, wonach die Verfügung des Erbbauberechtigten über das Erbbaurecht und der Vertrag, durch den er sich zu einer solchen Verfügung verpflichtet, unwirksam sind, solange nicht der Grundstückseigentümer die erforderliche Zustimmung erteilt hat, spricht dafür, dass das Gesetz auf einen Gleichlauf des rechtlichen Schicksals von schuldrechtlichem Kausalgeschäft und dinglichem Verfügungsgeschäft abzielt. Zwar differenziert die Regelung zwischen diesen beiden Geschäften. Dies dient aber nicht dem Ziel, die getrennte und je für sich isoliert zu betrachtende Zustimmungsbefähigung beider Geschäfte anzuordnen. Vielmehr soll der Erbbauberechtigte ersichtlich gerade davor geschützt werden, dass er das schuldrechtliche Kausalgeschäft erfüllen muss, obwohl er hierzu vor Erteilung der Zustimmung bzw. nach deren Versagung nicht in der Lage ist. Diesem Regelungsziel liefe es zuwider, wenn der Widerruf der Zustimmung zu dem Verfügungsgeschäft zu einem Zeitpunkt möglich wäre, in dem das Verpflichtungsgeschäft bereits wirksam und bindend geworden ist. Der Veräußerer bliebe in einer solchen Situation dem Erwerber gegenüber schuldrechtlich verpflichtet, ohne diesen Anspruch erfüllen zu können. Zudem liefe der Erwerber regelmäßig Gefahr, dass der Kaufpreis zu einem Zeitpunkt fällig wird, zu dem nicht sichergestellt ist, dass alle Voraussetzungen für die Vertragsdurchführung gegeben sind. Dieses Ergebnis ließe sich nur vermeiden, wenn die Genehmigung des Verpflichtungs- und des Verfügungsgeschäfts als Einheit angesehen würde. Dann

führte zwar der Widerruf der Genehmigung des Verfügungsgeschäfts auch zum Fortfall der Genehmigung des Verpflichtungsgeschäfts. Im Ergebnis hinge die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts damit aber von seiner Erfüllung ab. Das entspricht weder praktischen Bedürfnissen noch den Vorstellungen des Gesetzgebers, der in § 6 Abs. 1 ErbbauRG davon ausgeht, dass das Verpflichtungsgeschäft mit der Erteilung der Genehmigung wirksam wird (BGH NJW 2017, 3514 Rn. 14 ff.).

Verlangt man die Zustimmung auch des neuen Eigentümers zur Veräußerung im Zeitpunkt der Stellung des Eintragungsantrags, liefe dies dem gesetzgeberischen Regelungsziel zuwider

[17] c) Diese Ausführungen beanspruchen gleichermaßen Geltung für die hier zu klärende Frage der Auswirkungen eines Wechsels in der Zustimmungsberechtigung. Würde man ggf. die Zustimmung auch des neuen Eigentümers zur Veräußerung im Zeitpunkt der Stellung des Eintragungsantrags fordern, liefe dies ebenfalls dem gesetzgeberischen Regelungsziel zuwider. Denn dann könnte die bereits erklärte Zustimmung zu dem Verfügungsgeschäft auch noch hinfällig werden, wenn das Verpflichtungsgeschäft schon wirksam und bindend geworden ist. Der Veräußerer wäre in diesem Fall dem Erwerber gegenüber schuldrechtlich verpflichtet, könnte den Anspruch aber nicht mehr erfüllen; der Erwerber andererseits sähe sich in der Regel bereits zu einem Zeitpunkt mit der Fälligkeit des Kaufpreises konfrontiert, zu dem nicht feststeht, dass die Eigentümerzustimmung als Voraussetzung für die Vertragsdurchführung Bestand hat. Dieses Ergebnis wäre wiederum nur dadurch zu verhindern, dass man den Mangel der Zustimmung zur Veräußerung rückwirkend gemäß § 6 Abs. 1 ErbbauRG auf das Verpflichtungsgeschäft durchschlagen ließe – dann hinge allerdings dessen Wirksamkeit wie bei Widerruflichkeit der Zustimmung letztlich von seiner Erfüllung ab. Dies deckt sich aber nicht mit den Bedürfnissen der Praxis und auch nicht mit der § 6 Abs. 1 ErbbauRG zugrundeliegenden gesetzgeberischen Intention, dass das Verpflichtungsgeschäft mit der Erteilung der Genehmigung wirksam werden soll. Auch erscheint der Veräußerer, der auf die Wirksamkeit der erteilten Zustimmung vertraut und auf den Wechsel in der Person des insoweit Berechtigten keinen Einfluss nehmen kann, schutzwürdiger als der neue Eigentümer, der diesbezüglich schlicht und einfach genauso gestellt wird wie sein Rechtsvorgänger.

Dass der Eigentümerwechsel die Wirksamkeit der einmal erklärten Veräußerungszustimmung nicht berührt, deckt sich im Ergebnis mit der BGH-Rechtsprechung zur Verwalterzustimmung nach § 12 Abs. 1 WEG

[18] d) Dass die Wirksamkeit einer einmal erklärten Zustimmung zur Veräußerung nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG von einem Wechsel in der Berechtigung nicht berührt wird, deckt sich im Ergebnis mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur gleichen Problematik im Rahmen des dieser Vorschrift nachgebildeten (BGH DNotZ 2019, 844 Rn. 15; NJW 2017, 3514 Rn. 20) § 12 Abs. 1 WEG. Dort hat das Gericht ebenfalls entschieden, dass die Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung von Wohneigentum auch dann wirksam bleibt, wenn dessen Bestellung vor Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt endet (BGH NJW 2013, 299). Zwar ist das maßgebliche Argument des Bundesgerichtshofs, die Zustimmung des Verwalters wirke jedenfalls deshalb fort, weil sie eine Entscheidung ersetze, die – ohne die Übertragung der Zustimmungsbefugnis auf ihn – von den Wohnungseigentümern

mit Ausnahme des Veräußerers durch Beschluss zu treffen wäre (a. a. O. Rn. 12), auf die vorliegende Konstellation der Zustimmung des Eigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts nicht ohne weiteres übertragbar. Das Ergebnis widerspricht aber zumindest nicht der unter c) dargestellten Lösung für § 5 Abs. 1 ErbbauRG.

[19] e) Offenbleiben kann somit auch, ob die erteilte Zustimmung des Eigentümers jedenfalls dann wirksam bleibt, wenn der Wechsel in der Berechtigung auf einer Gesamtrechtsnachfolge – die hier möglich erscheint, aber nicht dargelegt ist – beruht (vgl. OLG Düsseldorf Rpfleger 1996, 340/341).

[20] f) Als einseitige Willenserklärung, die gegenüber dem Erbbauberechtigten abzugeben ist (Staudinger/Rapp § 7 ErbbauRG Rn. 1), wurde die Zustimmung der S. H. v. H. bereits am 8.4.2019 gemäß § 164 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 BGB mit Erklärung durch den Verwalter gegenüber dem Notar, die hierzu jeweils nach § 167 Abs. 1 BGB bevollmächtigt waren, wirksam. Der spätere Übergang der Zustimmungsberechtigung auf die Beteiligte zu 4 ist damit ohne Bedeutung.

III.

[21] Eine Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens ist nicht veranlasst, weil die diesbezügliche Haftung der Beteiligten zu 1 bis 3 aus § 22 Abs. 1 GNotKG aufgrund des Erfolgs des Rechtsmittels gemäß § 25 Abs. 1 GNotKG von Gesetzes wegen erloschen ist. Deshalb bedarf es auch keiner Geschäftswertfestsetzung. ■

3. Liegenschaftsrecht – Zum grundbuchamtlichen Prüfungsumfang bei Eintragung einer Auflassungsvormerkung

(OLG München, Beschluss vom 5.8.2020 – 34 Wx 310/20, mitgeteilt durch RiOLG Dr. Andreas Stegbauer)

BGB § 883 Abs. 1
GBO §§ 19, 20

1. Zum Umfang der grundbuchamtlichen Prüfung der Voraussetzungen für die Eintragung einer Auflassungsvormerkung.
(Amtlicher Leitsatz)
2. Das Grundbuchamt ist grundsätzlich weder verpflichtet noch berechtigt, die Wirksamkeit des der beantragten Änderung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts zu untersuchen und die Eintragung davon abhängig zu machen. Lediglich im Falle des § 20 GBO kommt es auf die Erklärung der Einigung des Berechtigten und des anderen Teils an und sind die übereinstimmenden materiellen Rechtsänderungserklärungen der Beteiligten dem Grundbuchamt nachzuweisen.
3. Ist nur eine Bewilligung des von der Eintragung Betroffenen nach § 19 GBO erforderlich, darf das Grundbuchamt die Eintragung nur ausnahmsweise ablehnen, nämlich wenn es aus den vorgelegten Urkunden und aus ihm sonst bekannten Umständen mit Sicherheit erkennt, dass das Grundbuch mit der Eintragung unrichtig würde. Bei Zweifeln hat es unter strengen Voraussetzungen ausnahmsweise die Möglichkeit, im Wege der Zwischenverfügung dem Antragsteller deren Beseitigung aufzugeben.
4. Da die Eintragung einer Auflassungsvormerkung nicht § 20 GBO unterfällt, darf das Grundbuchamt grund-

sätzlich nicht prüfen, ob der zu sichernde Anspruch entstanden ist.

(RNotZ-Leitsätze)

Zur Einordnung

Die nachstehend abgedruckte Entscheidung befasst sich mit dem grundbuchamtlichen Prüfungsumfang bei der Eintragung einer Auflassungsvormerkung.

Nach § 19 GBO erfordert eine rechtsändernde Grundbucheintragung, dass derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Ungeachtet der im materiellen Recht verankerten Voraussetzungen für die Entstehung des einzutragenden Rechts – etwa einer wirksamen Einigung in den in § 873 Abs. 1 BGB genannten Fällen oder des Bestehens des zu sichernden Anspruchs bei Vormerkungen – kommt es aus Sicht des Grundbuchamts nur darauf an, dass ihm die in der Form des § 29 GBO erklärte Bewilligung des verlierenden Teils vorgelegt wird (*formelles Konsensprinzip*, vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 95). Eine weitergehende Prüfung erfolgt im Hinblick auf rechtsändernde Eintragungen jedoch im Anwendungsbereich des § 20 GBO: Bei der Auflassung eines Grundstücks oder der Bestellung, Inhaltsänderung oder Übertragung eines Erbbaurechts ist dem Grundbuchamt die wirksame Einigung der Beteiligten nach materiellem Recht in grundbuchtauglicher Form nachzuweisen (*materielles Konsensprinzip*, vgl. BeckOK GBO/Hügel, 39. Ed. 1.6.2020, § 20 Rn. 63; BayObLG DNotZ 2001, 557 [558] mAnm Reithmann). Lassen sich Beteiligte bei der Abgabe von Grundbucheintragungen vertreten, muss das Grundbuchamt auch den Umfang der Vertretungsmacht selbständig prüfen und ist insoweit nicht an die Auffassung des beurkundenden Notars gebunden (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3579, 3580 a). Liegt dem Grundbuchamt die gesetzlich vorgesehene Eintragunggrundlage vor, darf es die Eintragung nur in Ausnahmefällen versagen, nämlich wenn aufgrund ihm bekannter Umstände oder vorliegender Urkunden sicher feststeht, dass das Grundbuch hierdurch unrichtig würde (OLG Zweibrücken FGPrax 2007, 11; BayObLG DNotZ 1990, 510). Ähnliches gilt hinsichtlich Wirksamkeit und Fortbestand verwendeter Vollmachten: Dass etwa die in der Vollmachtsurkunde ausgewiesene Vertretungsmacht aufgrund unwirksamer Erteilung nie bestanden hat oder sie im Zuge eines Widerrufs zwischenzeitlich erloschen ist, darf das Grundbuchamt nur berücksichtigen, wenn ihm Umstände bekannt werden, die dies mit einem erheblichen Wahrscheinlichkeitsgrad nahelegen (vgl. OLG München RNotZ 2019, 392 [395] m. Einordn. d. Schriftltg.; OLG Hamburg MittBayNot 2018, 163 [164] mAnm Braun; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3590).

Die unterschiedlichen Auswirkungen des formellen und materiellen Konsensprinzips für das grundbuchamtliche Prüfungsprogramm werden beim Vollzug von Grundstückskaufverträgen besonders augenfällig: Stellt der Notar den Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkung zugunsten des Käufers, gilt zunächst nur § 19 GBO und prüft das Grundbuchamt insbesondere nicht, ob der zu sichernde Eigentumsverschaffungsanspruch tatsächlich entstanden ist (OLG Zweibrücken RNotZ 2007, 212 [213]; MüKoBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 885 Rn. 27 mwN). Im Rahmen der später beantragten Eigentumsumschreibung hat es dann nach § 20 GBO vollumfänglich

die Wirksamkeit der beiderseitigen Auflassungserklärungen – nach wie vor aber nicht der in der Kaufvertragsurkunde enthaltenen schuldrechtlichen Erklärungen – zu prüfen.

In Anwendung der dargestellten Grundsätze ist das OLG München hier zum Ergebnis gelangt, dass das Grundbuchamt aufgrund der gem. § 19 GBO eingeschränkten Prüfungskompetenz jedenfalls den auf Eintragung der Auflassungsvormerkung gerichteten Antrag nicht unter Hinweis auf Zweifel an der Wirksamkeit des Kausalgeschäfts zurückweisen durfte.

Der Nutzen dieser Entscheidung für den im Grundstücksrecht tätigen Praktiker besteht darin, dass sie elementare Prinzipien des GBO-Verfahrensrechts rekapituliert und deren Auswirkungen in der Abwicklung von Kaufverträgen verdeutlicht. Im Gegensatz zum Grundbuchamt haben Notare in Beurkundungssituationen gem. § 17 BeurkG selbstverständlich auf die Wirksamkeit nicht nur aller dinglichen, sondern auch schuldrechtlichen Erklärungen zu achten. Besondere Vorsicht ist geboten, wenn – wie im konkret entschiedenen Fall – vorgelegte Vollmachten die benötigte Vertretungsmacht nicht ganz eindeutig ausweisen.

Die Schriftleitung (JHB)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer von Grundbesitz.

[2] Diesen verkaufte er mit notariellem Vertrag vom 7.2.2020 zum Preis von 5.000.000 €, der durch die Übertragung von 500.000 Namensaktien der X. AG zu erbringen war, an den Beteiligten zu 2. In derselben Urkunde wurde für letzteren die Eintragung einer Auflassungsvormerkung beantragt und bewilligt. Beim Vertragsschluss wurde der Beteiligte zu 1 aufgrund einer am 6.2.2019 erteilten „Vorsorgevollmacht“ von X.P. vertreten. Die Vollmachtenurkunde lautet auszugsweise:

...

1. Vermögensfürsorge

Der Bevollmächtigte darf mich in Vermögensangelegenheiten vertreten und hierbei alle Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte im In- und Ausland vornehmen, Erklärungen aller Art abgeben und entgegennehmen, sowie Anträge stellen, abändern und zurücknehmen, soweit eine Stellvertretung gesetzlich zulässig ist. Er darf namentlich z. B.:

...

Schenkungen im gesetzlichen Rahmen für einen Betreuer durchführen. Darüber hinaus entscheidet das Betreuungsgericht.

...

Über mein Immobilieneigentum in Deutschland verfügen.

2. Umgang mit Behörden

Der Bevollmächtigte darf mich gegenüber Behörden (z. B. Gerichten, Ämtern [...]), Privatpersonen und Geschäftspersonen vertreten. Die Vollmacht umfasst die Abgabe und Entgegennahme aller diesbezüglich notwendigen Erklärungen, Bescheide, Antragstellungen und sonstigen Handlungen.

...

[3] Mit Schreiben vom 14.2.2020 hat der Urkundsnotar unter Vorlage der Kaufvertragsurkunde und einer notariell beglaubigten Abschrift der Vollmachtenurkunde die Eintragung der Auflassungsvormerkung beantragt, und zwar auch als Bote des Beteiligten zu 2.

[4] Das Betreuungsgericht hat mit Schreiben vom 27.2.2020 mitgeteilt, die Einrichtung einer Kontrollbetreuung für den Beteiligten zu 1 werde geprüft. Es bestünden erhebliche Zweifel, ob dieser in der Lage war, eine rechtsgültige Vollmacht zu erteilen. Derzeit könne jedoch nicht positiv festgestellt werden, dass die Vollmacht unwirksam sei.

[5] Mit Zwischenverfügung vom 5.6.2020 hat das Grundbuchamt erklärt, dem Antrag stehe folgendes Eintragungshindernis entgegen: Die Vertretungsbefugnis der Bevollmächtigten erstreckte sich nicht auf ganz oder teilweise unentgeltliche Verfügungen. Die Entgeltlichkeit der Grundstücksveräußerung sei daher in der Form des § 29 GBO nachzuweisen, alternativ könne ein Sachverständigenurteil mit einer Bewertung des veräußerten Grundstücks und der zu übertragenden Namensaktien jeweils zum Zeitpunkt der Beurkundung des Kaufvertrags beigebracht werden. Denn der Umfang der Vollmacht sei vom Grundbuchamt selbstständig zu prüfen. Die Einschränkung bei Schenkungen habe es nach dem Beschluss des OLG Frankfurt a. M. vom 27.10.2014 zu beachten.

[6] Gegen die Zwischenverfügung hat der Beteiligte zu 2 über seinen Verfahrensbevollmächtigten mit Schriftsatz vom 29.6.2020 Beschwerde eingelegt. Der Urkundsnotar habe die Vollmacht geprüft. Gegen deren Wirksamkeit in formaler und materieller Hinsicht bestünden keine Bedenken. Das Grundbuchamt habe sich nicht mit der Frage zu befassen, ob ein Grundstück tatsächlich zum Verkehrswert verkauft wird. Ansonsten müsste beim Verkauf eines Grundstücks unter Einsatz einer Vollmacht für den Verkäufer immer geprüft werden, ob der Verkehrswert dem Kaufpreis entspricht.

[7] Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 9.7.2020 nicht abgeholfen. Unter Verweis auf einen Beschluss des Senats vom 27.1.2017 vertritt es die Auffassung, es müsse den Umfang einer Vollmacht selbstständig prüfen, auch wenn der Urkundsnotar diesen für ausreichend erachte. Das Problem des Nachweises der vollen Entgeltlichkeit stelle sich hier und nicht allgemein im Vertretungsfall aufgrund der Formulierung, wonach Schenkungen nicht gestattet seien. Eine Genehmigung des Vollmachtgebers scheidet nach derzeitigem Kenntnisstand wegen Geschäftsunfähigkeit aus.

[8] X. P. hat sich mit Telefax vom 27.7.2020 dem namens des Beteiligten zu 1 angeschlossen und erklärt, sie habe nach Vertragsschluss erfahren, dass die X. AG zumindest seit dem Jahr 2017 Aktien zum Stückpreis von 2,- bis 2,50 € verkauft und seitdem keine Aktivitäten zur Erreichung der unternehmerischen Zielstellung mehr getätigt habe. Die Eigentümerseite schließe eine Werthaltigkeit von 10,- € je Stück im Februar 2020 aus und sehe sich vom Beschwerdeführer unzureichend informiert.

Aus den Gründen:

II.

[9] Die zulässige Beschwerde ist begründet.

Die Beschwerde ist zulässig

[10] 1. Die Beschwerde ist zulässig.

[11] a) Insbesondere ist sie gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft. Zu den Entscheidungen des Grundbuchamts im Sinne dieser Bestimmung zählen auch Zwischenverfügungen nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO (OLG Hamm FGPrax 2010, 177; Budde in Bauer/Schaub GBO 4. Aufl. § 71 Rn. 11; Demharter GBO 31. Aufl. § 71 Rn. 1; Hügel/Kramer GBO 4. Aufl. § 71 Rn. 68).

[12] b) Der Beteiligte zu 2 kann sich im Beschwerdeverfahren gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen.

Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg

[13] 2. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Voraussetzung für den Erlass einer Zwischenverfügung ist nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO, dass der begehrten Eintragung ein Hindernis entgegensteht. Dies ist bei der verfahrensgegenständlichen Zwischenverfügung nicht der Fall, weil es des geforderten Nachweises nicht bedarf.

Für eine rechtsändernde Grundbucheintragung bedarf es neben des Antrages grundsätzlich nicht mehr als der Bewilligung desjenigen, dessen Recht von ihr betroffen wird (§ 19 GBO – formelles Konsensprinzip)

[14] a) Gemäß § 19 GBO erfolgt eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Bei der Vornahme rechtsändernder Eintragungen ist im Gegensatz zur Berichtigung materieller Unrichtigkeiten ein Gleichlauf von formellem und materiellem Recht nicht erforderlich. Der Gesetzgeber verzichtet im Interesse einer Verfahrensbeschleunigung und -vereinfachung bewusst auf die Prüfung des der Eintragung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts (OLG Hamm Rpfleger 1983, 144; Kössinger in Bauer/Schaub § 19 Rn. 5 f.) und fordert stattdessen mit der Bewilligung eine von dem materiellen Recht losgelöste Erklärung, durch die der verlierende Teil dem Grundbuchamt gestattet, die Eintragung vorzunehmen (Hügel/Holzer § 19 Rn. 2). Das Grundbuchamt ist somit grundsätzlich weder verpflichtet noch berechtigt, die Wirksamkeit des der Änderung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts zu untersuchen und ihre Eintragung davon abhängig zu machen (BayObLG DNotZ 1990, 510; OLG Hamm Rpfleger 1983, 144). Lediglich im Falle der Auflassung eines Grundstücks sowie der Bestellung, Änderung des Inhalts oder Übertragung eines Erbbaurechts setzt gemäß § 20 GBO die Eintragung neben der Bewilligung voraus, dass die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist. Die übereinstimmenden materiellen Rechtsänderungserklärungen der Beteiligten sind dem Grundbuchamt dann in der Form des § 29 GBO nachzuweisen (Senat vom 1.10.2018, 34 Wx 10/18 = DNotZ 2019, 50/51; Demharter § 20 Rn. 38; Hügel/Hügel § 20 Rn. 2). Soweit hingegen lediglich eine Bewilligung nach § 19 GBO erforderlich ist, darf das Grundbuchamt die Eintragung nur ausnahmsweise ablehnen, nämlich wenn es aus den vorgelegten Urkunden und aus ihm sonst bekannten Umständen mit Sicherheit erkennt, dass das Grundbuch mit der Eintragung unrichtig würde (BayObLG DNotZ 1990, 510; Rpfleger 1969, 48; OLG Hamm Rpfleger 1983, 144; OLG Zweibrücken FGPrax 2007, 11; Kössinger in Bauer/Schaub § 19 Rn. 14; Demharter § 19 Rn. 4; Hügel/Holzer § 19 Rn. 17). Bestehen insoweit Zweifel, hat es unter strengen Voraussetzungen ausnahmsweise die Möglichkeit, im Wege der Zwischenverfügung dem Antragsteller deren Beseitigung aufzugeben (BayObLG Rpfleger 1969,

48; Kössinger in Bauer/Schaub § 19 Rn. 15; Demharter § 19 Rn. 20; Hügel/Holzer § 19 Rn. 17).

Im vorliegenden Fall darf das Grundbuchamt die Eintragung der Auflassungsvormerkung nicht vom Nachweis der Entgeltlichkeit der Veräußerung abhängig machen

[15] b) Nach diesen Maßstäben kann das Grundbuchamt im vorliegenden Verfahren die Eintragung der Auflassungsvormerkung nicht vom Nachweis der vollen Entgeltlichkeit der Grundstücksübertragung abhängig machen und somit mangels Eintragungshindernisses auch keine entsprechende Zwischenverfügung erlassen.

Im Rahmen von § 19 GBO hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen, ob der durch die einzutragende Vormerkung zu sichernde Anspruch tatsächlich besteht

[16] Gemäß § 883 Abs. 1 BGB setzt die Eintragung einer Vormerkung materiell-rechtlich einen zu sichernden Anspruch voraus. Wie sich aus dem unter a) Ausgeführten ergibt, hat das Grundbuchamt bei einem entsprechenden Antrag indes grundsätzlich keine weitergehende Prüfungskompetenz als das formelle Konsensprinzip des § 19 GBO vorsieht (OLG Zweibrücken FGPrax 2007, 11); § 20 GBO unterfällt die bloße Auflassungsvormerkung gerade nicht. Deshalb sind auch die angeführten Beschlüsse des Senats und des OLG Frankfurt a. M. hier nicht einschlägig, denn deren Gegenstand war jeweils die Eintragung einer Auflassung und nicht die einer Vormerkung (vgl. Senat vom 27.1.2017, 34 Wx 15/17 = IBRRS 2017, 1892 bzw. OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2015, 13193). Ob der Vertragsschluss durch X. P. gemäß § 164 Abs. 1 BGB von der erteilten Vollmacht umfasst und damit der nach § 883 Abs. 1 BGB zu sichernde Anspruch gemäß § 311 Abs. 1 BGB entstanden ist, hat das Grundbuchamt daher grundsätzlich nicht zu prüfen (vgl. BayObLGZ 1993, 1/3; OLG Zweibrücken FGPrax 2007, 11; MüKoBGB/Kohler 8. Aufl. § 885 Rn. 27; Palandt/Herrler BGB 79. Aufl. § 885 Rn. 14; NK-BGB Sachenrecht/Krause 4. Aufl. § 885 Rn. 33).

Es sind hier auch keine konkreten Anhaltspunkte ersichtlich, aufgrund derer das Grundbuchamt ausnahmsweise die Vollmacht anzweifeln und weitere Nachweise für deren Wirksamkeit verlangen durfte

[17] Die Voraussetzungen, unter denen zur Beseitigung diesbezüglicher Zweifel gleichwohl ausnahmsweise der Erlass einer entsprechenden Zwischenverfügung zulässig wäre, sind hier nicht gegeben. Zwar hat das vormalig in Grundbuchsachen zuständige Bayerische Oberste Landesgericht das Rechtsmittel gegen eine Zwischenverfügung in einem Verfahren über die Eintragung einer Auflassungsvormerkung mit der Begründung zurückgewiesen, das Grundbuchamt habe mit Recht Bedenken wegen der zugrundeliegenden Vollmacht angemeldet (BayObLG vom 13.10.1967, 2 Z 41/67, nicht veröffentlicht). Dort stand jedoch aufgrund von eidesstattlichen Versicherungen und beigezogenen Akten konkret ein Vollmachtswiderruf im Raum. Aus den Gründen jener Entscheidung wird zudem nicht deutlich, ob das Gericht unter dem genannten Aspekt die Wirksamkeit des Grundgeschäftes oder die der Bewilligung prüft. Auch auf das Verhältnis der §§ 19, 20 GBO zueinander geht das Bayerische Oberste Landesgericht nicht ein. Auf die vorliegende Konstellation ist die Entscheidung somit nur eingeschränkt übertragbar. Sie unterscheidet sich von dem durch das Bayerische Oberste Landesgericht beurteilten Fall wesentlich dadurch, dass der Sachverhalt, auf den die Zwischenverfügung hier gestützt wird, keine konkreten Anhaltspunkte für das Fehlen eines

zu sichernden Anspruchs beinhaltet. Denn in der Vertragsurkunde vom 7.2.2020 weist nichts auf eine gemischte Schenkung hin; die Parteien, auf deren Wissen und Willen es insoweit ankommt (BGH NJW-RR 1996, 754; MüKoBGB/Koch § 516 Rn. 34; Palandt/Weidenkaff § 516 Rn. 13), gingen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses offensichtlich von einer Gleichwertigkeit der Leistungen aus. Das bestätigt indirekt auch die Bevollmächtigte des Beteiligten zu 1, indem sie vorträgt, sie habe nachträglich erfahren, dass die Aktien zumindest seit 2017 nur mit einem Bruchteil des angenommenen Preises gehandelt worden seien. Mit der Aufforderung, den Wert der Gegenleistung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nachzuweisen, werden die Grenzen zwischen § 19 und § 20 GBO verwischt und im Ergebnis unter Aufhebung des Bewilligungsgrundsatzes eine umfassende Sachprüfung vorgenommen, die jedoch gerade nicht der gesetzgeberischen Konzeption entspricht (vgl. Kössinger in Bauer/Schaub § 19 Rn. 15). So hat auch das Bayerische Oberste Landesgericht in einer späteren Entscheidung festgehalten, dass bei einem Antrag auf Eintragung einer Vormerkung das Grundbuchamt nicht zu prüfen hat, ob die dahinterstehende Auflassung gegen das Schenkungsverbot des § 1804 BGB verstoße. Dabei hat das Gericht explizit darauf abgestellt, dass Verfahrensgegenstand nicht die Eintragung der Auflassung, sondern die der Vormerkung sei, die sich nach § 19 GBO richte, und das Bestehen des zu sichernden Anspruchs deshalb nicht zu prüfen sei (BayObLG IBRRS 2003, 2677). Die vorliegende Zwischenverfügung war somit aufzuheben.

Im Anwendungsbereich des formellen Konsensprinzips hat das Grundbuchamt allerdings die Wirksamkeit der Bewilligung nach § 19 GBO uneingeschränkt nachzuprüfen

[18] 3. Für das weitere Verfahren weist der Senat – ohne Bindungswirkung – darauf hin, dass es gleichwohl nicht ausgeschlossen erscheint, dem Beteiligten zu 2 im Wege der Zwischenverfügung aufzugeben, die Geschäftsfähigkeit des Beteiligten zu 1 im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung nachzuweisen. Denn diesbezügliche Zweifel können zumindest die Wirksamkeit der Bewilligung nach § 19 GBO in Frage stellen, die im Gegensatz zum zugrundeliegenden materiellen Rechtsgeschäft stets der vollen Nachprüfung durch das Grundbuchamt unterliegt (Hügel/Holzer § 19 Rn. 14).

Außerdem ist im Rahmen der späteren Eigentumsbeschreibung die Wirksamkeit der Auflassung nach § 20 GBO vollumfänglich zu prüfen

[19] Jedenfalls bei Stellung eines Antrags auf Eintragung der Auflassung wird dann zu berücksichtigen sein, dass der Beteiligte zu 2 die wirksame Einigung als Voraussetzung für den Eigentümerwechsel gemäß § 20 GBO nachzuweisen hat und insofern folglich die Vollmacht im Hinblick sowohl auf die Wirksamkeit ihrer Erteilung als auch auf ihren Umfang durch das Grundbuchamt zu prüfen ist (vgl. Demharter § 20 Rn. 21), selbst wenn der Notar bereits eine solche Prüfung vorgenommen hat (vgl. BayObLGZ 1954, 225).

III.

Keine Zulassung der Rechtsbeschwerde

[20] 1. [...]

[21] 2. Grund zur Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO besteht nicht. ■

4. Erbrecht – Zur Unwirksamkeit eines Erbvertrages und Auslegung als gemeinschaftliches Testament

(OLG Hamm, Beschluss vom 1.4.2020 – 15 W 479/19)

BGB §§ 2265, 2271, 2274, 2278 Abs. 1, 2084, 2296

Setzen sich Ehepartner in einem notariellen Erbvertrag gegenseitig zu Alleinerben ein, bestimmen aber zugleich, dass jeder Ehepartner die Erbeinsetzung durch Testament jederzeit einseitig abändern kann, so liegt kein wirksamer Erbvertrag, sondern ein gemeinschaftliches Ehegattentestament vor

(RNotZ-Leitsatz)

Zur Einordnung

Wollen Ehegatten gemeinschaftlich testieren, so stehen ihnen grundsätzlich zwei unterschiedliche Instrumente zur Verfügung: der Erbvertrag (§§ 2274 ff. BGB) und das gemeinschaftliche Testament (§§ 2265 ff. BGB).

Der Erbvertrag ermöglicht die *vertragliche* Erbeinsetzung, Anordnung von Vermächtnissen und Auflagen sowie Wahl des anzuwendenden Rechts (§§ 1941, 2274 ff. BGB). Er kann von jedermann errichtet werden, bedarf jedoch der notariellen Beurkundung (§ 2276 BGB). Seine Funktion liegt darin, eine Verfügung von Todes wegen mit Bindungswirkung auszustatten, da eine spätere Verfügung nach § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam ist, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde (vgl. Würzburger Notarhandbuch/Keim, 5. Aufl. 2018, Teil 4 Kap. 1 Rn. 326). Im Gegensatz dazu kann das gemeinschaftliche Testament zwar eigenhändig, jedoch nur von Ehegatten (§ 2265 BGB) und eingetragenen gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern (§ 10 Abs. 4 LPartG) errichtet werden, wobei zwingend beide Beteiligte eine letztwillige Verfügung anordnen müssen (BeckOK/Litzenburger, 55. Ed. 1.8.2020, BGB, § 2265 Rn. 8).

Weitere wesentliche Unterschiede ergeben sich hinsichtlich der Bindungswirkung der Verfügungen iSd § 2278 BGB: Der Erbvertrag *muss* zwingend mindestens eine bindende Verfügung enthalten (vgl. OLG München RNotZ 2015, 172 m. Einord. d. Schriftl.; MüKoBGB/Musielak, 8. Aufl. 2020, BGB Vorb. zu § 2274 Rn. 5). Die Bindungswirkung kann zwar bis zu einem völlig freien einseitigen Rücktrittsrecht eingeschränkt, niemals jedoch völlig aufgehoben werden (vgl. BeckOK/Litzenburger, 55. Ed. 1.8.2020, BGB, § 2274 Rn. 1). Im Unterschied dazu *kann* beim gemeinschaftlichen Testament Bindungswirkung allein durch Anordnung wechselbezüglicher Verfügungen und dies auch erst mit dem Tod des anderen Teils erzeugt werden (bis dahin ist jederzeit ein Widerruf durch notariell beurkundete Erklärung zulässig; vgl. BeckOK/Litzenburger, 55. Ed. 1.8.2020, BGB, § 2271 Rn. 23). Die Anordnung ebendieser ist jedoch nicht zwingend, so dass ein gemeinschaftliches Testament auch lediglich einseitige Anordnungen enthalten kann (vgl. BeckOK/Litzenburger, 55. Ed. 1.8.2020, BGB, § 2265 Rn. 8). Wollen Eheleute daher gemeinsam testieren, jedoch lediglich Verfügungen ohne Bindungswirkung anordnen, bleibt ihnen alleine das gemeinschaftliche Testament. Errichten sie dennoch einen Erbvertrag, so kann dieser gegebenenfalls als gemeinschaftliches oder einseitiges Testament aufrechterhalten werden, wenn die dafür geltenden Anforderungen

gen eingehalten sind (dogmatisch geschieht dies zumeist im Wege der Umdeutung, vgl. MüKoBGB/Musielak, 8. Aufl. 2020, BGB Vorb. zu § 2274 Rn. 5, 17).

Die vorstehenden Grundsätze hat das OLG Hamm in der gegenständlichen Entscheidung bestätigt; im Streitfall hatten die Eheleute eine mit „Ehe- und Erbvertrag“ bezeichnete notarielle Urkunde errichtet, die eine gegenseitige Erbeinsetzung mit jederzeitigem einseitigen Recht zur Änderung beinhaltete. Der Senat betonte, dass ein derartiger bedingungsloser Abänderungsvorbehalt mit dem Erfordernis mindestens einer vertragsmäßigen Verfügung unvereinbar sei, so dass kein Erbvertrag vorliege. Vielmehr seien die letztwilligen Verfügungen als gemeinschaftliches Testament zu verstehen.

Die Entscheidung ruft die Grundlagen und Unterschiede von Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament in Erinnerung. In diesem Zusammenhang sei noch darauf hingewiesen, dass die Verwahrung der Verfügung beim Nachlassgericht (zwingend beim gemeinschaftlichen Testament) zusätzliche Kosten von einmalig EUR 75,00 auslöst (KV-Nr. 12100 GNotKG). Ein Widerruf durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung ist inzwischen auch beim Erbvertrag möglich (§ 2300 Abs. 2 BGB).

Die Schriftleitung (JW)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Beteiligte zu 1) ist die Ehefrau des Erblassers.

[2] In der notariellen Urkunde vom 3.3.1967 (UR-Nr. ... 1937 des Notars Dr. Dr. F in W) haben die Eheleute H neben ehevertraglichen Regelungen auch die folgenden letztwilligen Verfügungen getroffen.

§ 3

[3] Wir setzen uns gegenseitig zu Erben ein, so dass der Letztlebende von uns der Alleinerbe des Erstversterbenden sein soll.

§ 4

[4] Jeder von uns ist berechtigt, vorstehende letztwillige Verfügung zu Lebzeiten beider Eheleute allein und ohne dass ein besonderer Grund aufgetreten ist, nach Belieben zu ändern.

[5] Am 23.7.2015 hat der Erblasser in einem formwirksam errichteten handschriftlichen Testament unter anderem die folgenden Verfügungen getroffen.

[6] Unter Widerruf der vorgenannten letztwilligen Verfügung setzte der Erblasser zu seinem „alleinigen Erben“ die „I Stiftung Sonderfonds der Bürgerstiftung der Stadt W“ ein. Er ordnete Testamentsvollstreckung an und ernannte den Beteiligten zu 2) zu seinem Testamentsvollstrecker. Die Beteiligte zu 1) bedachte der Erblasser mit Vermächtnissen.

[7] Der Beteiligte zu 2) hat sein Amt als Testamentsvollstrecker durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht vom 25.4.2019 angenommen (AG A. 18 VI 200/19).

[8] Am 17.7.2019 hat die Beteiligte zu 1) beantragt, ihr einen Erbschein zu erteilen, der sie als Alleinerbin nach dem Erblasser ausweist. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass es sich bei dem notariellen Vertrag vom 3.3.1967 um

einen Erbvertrag handele, den der Erblasser mit seinem handschriftlich errichteten Testament vom 23.7.2015 nicht wirksam widerrufen habe.

[9] Am 30.7.2019 hat der Beteiligte zu 2) beantragt, einen Erbschein zu erteilen, der die I Stiftung Sonderfonds der Bürgerstiftung der Stadt W als Alleinerbin und die Anordnung der Testamentsvollstreckung ausweist.

[10] Mit Beschluss vom 18.10.2019 hat das Nachlassgericht die zur Begründung des von dem Beteiligten zu 2) gestellten Erbscheinsantrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet und den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1) zurückgewiesen.

[11] Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1) vom 19.11.2019, der das Nachlassgericht mit Beschluss vom 25.11.2019 nicht abgeholfen und die es dem Senat zur Entscheidung vorgelegt hat.

[12] Nach dem rechtlichen Hinweis des Senats hat der Beteiligte zu 2) mit Schriftsatz vom 5.2.2020 mitgeteilt, dass es keine rechtsfähige Stiftung I Sonderfonds gebe. Es gebe nur eine rechtsfähige Stiftung privaten Rechts „Bürgerstiftung W“ mit Sitz in W, die von der Bezirksregierung N am 12.8.2005 anerkannt worden sei. In der Bürgerstiftung W sei das Fondsvermögen I bilanztechnisch getrennt aufgeführt. Der Erblasser habe die Bürgerstiftung W zu seiner Alleinerbin ernennen wollen. Diese habe die Erbschaft angenommen.

[13] Es werde daher hilfsweise der Antrag gestellt, einen Erbschein zu erteilen, der die Bürgerstiftung W als Alleinerbin und die Anordnung der Testamentsvollstreckung ausweise.

[14] Der Senat hat diesen hilfsweise gestellten Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1) und der Bürgerstiftung W zugelassen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist teilweise begründet

[15] Die zulässige Beschwerde ist in der Sache teilweise begründet.

Es verbleibt bei der Zurückweisung des Erbscheinsantrags der Beteiligten zu 1)

[16] Sie führt in Abänderung des Beschlusses des Nachlassgerichts vom 18.10.2019 zur Zurückweisung des Erbscheinsantrags des Beteiligten zu 2) vom 30.7.2019. Es hat allerdings auch bei der Zurückweisung des Erbscheinsantrags der Beteiligten zu 1) zu verbleiben.

[17] Auf den hilfsweise gestellten Erbscheinsantrag vom 5.2.2020 war der aus dem Tenor ersichtliche Feststellungsbeschluss zu erlassen.

[18] Den erst in der Beschwerdeinstanz hilfsweise gestellten Erbscheinsantrag erachtet der Senat in Fortführung seiner Rechtsprechung (Beschluss vom 9.11.2011 – 15 W 635/10 = FGPrax 2012, 321) für zulässig.

Der Erblasser hat die gemeinschaftlich errichtete Urkunde vom 3.3.1967 nachträglich abgeändert

[19] 1. Der Erblasser hat mit seiner letztwilligen Verfügung vom 23.7.2015 die gemeinschaftlich in dem notariellen Vertrag vom 3.3.1967 getroffene letztwillige Verfügung der Eheleute abgeändert.

Bei der gemeinschaftlich errichteten Urkunde vom 3.3.1967 handelt es sich mangels vertragsmäßiger Verfügung nicht um einen Erbvertrag

[20] Bei den notariell beurkundeten letztwilligen Verfügungen der Eheleute H vom 3.3.1967 handelt es sich nicht um einen Erbvertrag nach §§ 2274 ff. BGB. Zwar haben die Eheleute H in der Einleitung zu ihren Verfügungen erklärt, einen Ehe- und Erbvertrag beurkunden zu wollen. Sie haben unter den insoweit maßgeblichen §§ 3 und 4 der notariellen Urkunde allerdings keinen den Anforderungen der §§ 2274 ff. BGB genügenden Erbvertrag geschlossen. Ein Erbvertrag liegt nämlich nur dann vor, wenn in dem Vertrag zumindest eine vertragsmäßige Verfügung im Sinne des § 2278 Abs. 1 BGB enthalten ist (Palandt/Weidlich, BGB, 79. Auflage, § 2278 Rn. 1). Zwar haben die Eheleute H mit der gegenseitigen Erbeinsetzung in § 3 eine Verfügung getroffen, die als vertragsmäßige Verfügung getroffen werden kann. Sie haben jedoch unter § 4 vereinbart, dass jeder Ehegatte zu Lebzeiten des anderen berechtigt sein sollte, diese Erbeinsetzung allein und ohne besonderen Grund abzuändern. Dieser bedingungslose Abänderungsvorbehalt ist mit einer vertragsmäßig getroffenen Verfügung nicht zu vereinbaren. Damit fehlt es an einer vertragsmäßigen Verfügung und somit an einem Erbvertrag.

Vielmehr ist die Urkunde als gemeinschaftliches Ehegattentestament zu verstehen

[21] Es entspricht dem in der Urkunde zum Ausdruck kommenden Willen beider Eheleute die getroffenen letztwilligen Verfügungen als Ehegattentestament nach §§ 2265 ff. BGB mit einem Abänderungsvorbehalt zu verstehen.

[22] Anders als bei einem Erbvertrag können sich die Eheleute bei einem gemeinschaftlichen Testament nämlich vorbehalten, dass sie die dort getroffenen Verfügungen auch durch ein einseitiges Testament abändern können (vgl. Palandt/Weidlich, a. a. O., Rn. 20-24). Dass die Eheleute H mit einer einseitigen Abänderungsbefugnis des jeweiligen Ehepartners gerade einverstanden waren, haben sie in § 4 der notariellen Vereinbarung sehr deutlich zum Ausdruck gebracht („allein“ und „ohne besonderen Grund“). Angesichts der notariellen Hilfestellung, derer sich die Eheleute H bei der Errichtung ihrer letztwilligen Verfügung bedient haben, ist es auch fernliegend, in § 4 lediglich einen Rücktritts- oder Widerrufsvorbehalt nach §§ 2271, 2296 BGB zu sehen. Zum einen werden die dem Notar bekannten juristischen Fachbegriffe nicht verwendet. Stattdessen wird nicht nur das einseitige Außerkraftsetzen der gemeinsamen getroffenen Verfügung beschrieben, sondern bereits die diese ersetzende anderweitige Verfügung („ändern“).

Der Erblasser hat von seiner Abänderungsbefugnis wirksam Gebrauch gemacht

[23] Von der ihm eingeräumten Abänderungsbefugnis hat der Erblasser mit der Errichtung des Testaments vom 23.7.2015 Gebrauch gemacht.

[24] 2. In dem Testament vom 23.7.2015 hat der Erblasser die Bürgerstiftung W als Alleinerbin eingesetzt.

Der begünstigte Erbe ist – mangels Rechtsfähigkeit des eingesetzten Sonderfonds – durch Auslegung zu ermitteln

[25] Nach dem Wortlaut des Testaments hat der Erblasser die I Stiftung Sonderfonds der Bürgerstiftung der Stadt W

eingesetzt. Erbe kann jedoch nur eine rechtsfähige Person sein, so dass eine Erbenstellung des I Sonderfonds bzw. I Stiftung Sonderfonds nicht in Betracht kommt.

Grundsätze zur Testamentsauslegung

[26] Die Testamentsauslegung hat zum Ziel, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen. Dieser ist jedoch nicht bindend. Vielmehr sind der Wortsinn und die vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, um festzustellen, was er mit seinen Worten hat sagen wollen und ob er mit ihnen genau das wiedergegeben hat, was er zum Ausdruck bringen wollte (BGH NJW 1993, 256 m. w. N.). Maßgeblich ist insoweit allein sein subjektives Verständnis der von ihm verwendeten Begriffe (BGH FamRZ 1987, 475, 476; Palandt/Weidlich, BGB, a. a. O., § 2084 Rn. 1). Zur Ermittlung des Inhalts der testamentarischen Verfügungen ist der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände, auch solcher außerhalb des Testaments, heranzuziehen und zu würdigen (BGH NJW 1993, 256 m. w. N.). Solche Umstände können vor oder auch nach der Errichtung des Testaments liegen. Dazu gehört das gesamte Verhalten des Erblassers, seine Äußerungen und Handlungen (Palandt/Weidlich, a. a. O., § 2084 BGB Rn. 2 mit weiteren Nachweisen). Kann sich der Richter auch unter Auswertung aller Umstände von dem tatsächlich vorhandenen wirklichen Willen des Erblassers nicht überzeugen, muss er sich mit dem Sinn begnügen, der dem Erblasserwillen mutmaßlich am ehesten entspricht (BGH NJW 1993, 256).

Danach hat der Erblasser die Bürgerstiftung W., innerhalb derer der Sonderfonds angelegt ist, als Erbe eingesetzt

[27] Aus dem Testament kommt der Wille des Erblassers zum Ausdruck, dass sein Vermögen – soweit er darüber nicht durch Aussetzung von Vermächtnissen anderweitig disponiert hat – dem I Sonderfonds zugutekommen soll. Dieses Ziel kann der Erblasser nur erreichen, wenn die Bürgerstiftung W, innerhalb derer der I Sonderfonds angelegt ist, sein Erbe wird.

[28] Der Erblasser hat selbst an der Gründung der Bürgerstiftung W mitgewirkt. Er hat schon dabei Wert darauf gelegt, dass das von ihm lebzeitig zur Verfügung gestellte Vermögen bilanztechnisch gesondert erfasst wird. Rechtsinhaber des lebzeitig eingebrachten Vermögens ist aber auch insoweit bereits die Bürgerstiftung W geworden. Die vom Erblasser vorgenommene Erbeinsetzung kann daher nur so verstanden werden, dass Erbe die Bürgerstiftung W wird, verbunden mit der Auflage, auch das von Todes wegen erhaltene Vermögen bilanztechnisch gesondert für den I Sonderfonds auszuweisen.

[29] Darüber hinaus hat der Erblasser Testamentsvollstreckung angeordnet.

[30 – 35] ...

[36] 5. Die Voraussetzungen, unter denen eine Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 FamFG zuzulassen ist, liegen nicht vor. ■

5. Erbrecht – Zum anwendbaren Recht hinsichtlich der Bindungswirkungen in einem Ehegattentestament

(OLG München, Beschluss vom 24.8.2020 – 31 Wx 241/18)

EuErbVO Artt. 1 Abs. 1 S. 1, 22, 25, 83

Für die Frage, ob eine konkludente Wahl deutschen Rechts im Sinne von Art. 83 Abs. 2 EuErbVO für die Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen Testaments vorliegt, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

Zur Einordnung

Die Bestimmung des anwendbaren Rechts in Erbfällen kann sich für den Notar einerseits bei der rechtlichen Würdigung von Wirksamkeit und Inhalt bestehender Verfügungen von Todes wegen etwa im Rahmen von Erbscheinsanträgen, aber auch bei eigenen Entwürfen von Erbverträgen und Testamenten als notwendig erweisen. Das OLG München befasst sich in der nachstehend abgedruckten Entscheidung ua mit dem auf die Bindungswirkungen eines eigenhändigen gemeinschaftlichen Testaments anwendbaren Recht und einer darauf bezogenen konkludenten Rechtswahl.

Die kollisionsrechtliche Beurteilung eines Ehegattentestaments (das im unionsrechtlichen Sinne nach hM als Erbvertrag iSd Art. 25 EuErbVO anzusehen ist, vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b) EuErbVO; MüKo BGB/Dutta, EuErbVO, 8. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 11 mwN) erstreckt sich auf vier verschiedene Teilgesichtspunkte: Zulässigkeit, formelle und materielle Wirksamkeit sowie Bindungswirkungen. Zunächst betrifft die Zulässigkeit die Frage, ob das gemeinschaftliche Testament den Beteiligten als erbrechtliches Gestaltungsmittel generell offensteht (*Döbereiner MittBayNot* 2013, 358 [365]). Das ist nur der Fall, wenn es nach jedem der Rechte zulässig ist, die auf die Rechtsnachfolge der Ehegatten anzuwenden wären, wenn sie zu dem Zeitpunkt der Errichtung verstorben wären (Art. 25 Abs. 2 UAbs. 1 EuErbVO). Hinsichtlich der formellen Wirksamkeit enthält Art. 27 EuErbVO unterschiedliche Anknüpfungen, um eine Formungültigkeit der Verfügung von Todes wegen möglichst zu vermeiden (vgl. etwa BeckOGK EuErbVO/J. Schmidt, Stand 1.8.2020, Art. 27 Rn. 7). Insoweit ist allerdings zu beachten, dass nach Art. 75 Abs. 1 UAbs. 2 EuErbVO das Haager Testamentsformübereinkommen grundsätzlich vorrangig ist. Zur materiellen Wirksamkeit zählen (nach hM nur beispielhaft [vgl. MüKo BGB/Dutta, EuErbVO, 8. Aufl. 2020, Art. 26 Rn. 2; Palandt/Thorn, BGB, 79. Aufl. 2020, Art. 26 EuErbVO Rn. 1; Nordmeier ZEV 2013, 117 [118]; für abschließende Aufzählung dagegen: BeckOGK EuErbVO/J. Schmidt, Stand 1.8.2020, Art. 26 Rn. 4) gem. Art. 26 Abs. 1 EuErbVO etwa die Testierfähigkeit (lit. a), die Auslegung der Verfügung von Todes wegen (lit. d) oder die Beurteilung von Willensmängeln (lit. e). Der Begriff der Bindungswirkungen bezeichnet alle Rechtsfolgen des Erbvertrags oder Ehegattentestaments, die einer späteren abweichenden Verfügung entgegenstehen (vgl. BeckOK EuErbVO/Loyal, Stand 1.8.2020, Art. 25 Rn. 4). Materielle Wirksamkeit und Bindungswirkungen richten sich gem. Art. 25 Abs. 2 UAbs. 2 EuErbVO nach demjenigen fiktiven Erbstatut aus UAbs. 1, zu dem die engste Verbindung besteht.

Art. 83 Abs. 2 und 3 EuErbVO enthalten Übergangsregelungen für den Fall, dass vor dem 17.8.2015 eine Verfügung von Todes wegen errichtet wurde. Nach Abs. 2 ist eine Rechtswahl weiterhin wirksam, wenn sie es nach den Bestimmungen der EuErbVO oder dem zum Errichtungszeitpunkt geltenden IPR des gewöhnlichen Aufenthalts oder Heimatrechts des Erblassers war. Umstritten ist dabei, ob die Frage nach dem tatsächlichen Vorliegen einer (konkludenten) Rechtswahl auf Grundlage des potentiell gewählten Rechts (so etwa *Leitzen ZEV* 2013, 128 [129]) oder unionsrechtsautonom (so etwa MüKo BGB/Dutta, EuErbVO, 8. Aufl. 2020, Art. 22 Rn. 14; BeckOGK EuErbVO/J. Schmidt, Stand 1.8.2020, Art. 22 Rn. 21) zu beantworten ist. Abs. 3 betrifft die Zulässigkeit sowie die formelle und materielle Wirksamkeit der Verfügung von Todes wegen und trifft insoweit eine Parallelregelung zu Abs. 2, wobei als vierte Variante zusätzlich das IPR der mit der Erbsache befassten Behörde bestimmt ist. Eine Ansicht möchte Art. 83 Abs. 3 EuErbVO über seinen Wortlaut hinaus auch auf die nicht erwähnten Bindungswirkungen anwenden (aus systematischen und teleologischen Gründen: BeckOGK EuErbVO/J. Schmidt, Stand 1.8.2020, Art. 83 Rn. 18). Die dies ablehnende Meinung befürwortet dagegen eine Anknüpfung an das ehemals geltende Kollisionsrecht (Palandt/Thorn, BGB, 79. Aufl. 2020, Art. 83 EuErbVO Rn. 6) oder an das Errichtungsstatut der Artt. 24 ff. EuErbVO (MüKo BGB/Dutta, EuErbVO, 8. Aufl. 2020, Art. 83 Rn. 19; Hüßtege/Mansel/Magnus, NK-BGB, 3. Aufl. 2019, Art. 83 EuErbVO Rn. 34 f.).

Das OLG München hatte über ein Ehegattentestament mit wechselbezüglichen Verfügungen eines Österreicher und einer Deutschen, die nach dem Tod des Mannes abweichend testierte, zu entscheiden. Hinsichtlich der Bindungswirkungen nimmt das Gericht unter Berücksichtigung von Wortlaut und Zweck des Testaments eine konkludente Rechtswahl zu Gunsten des deutschen Rechts an. Gegen die Entscheidung ist die Rechtsbeschwerde beim BGH anhängig (Az.: IV ZB 33/20).

Für die notarielle Praxis ruft der Beschluss die Zweckmäßigkeit einer Rechtswahl in Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten (und zwar nicht nur bezüglich des auf die Rechtsnachfolge anwendbaren Rechts) in Erinnerung. Nur falls bei Errichtung beide Beteiligte ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland und keine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat haben (vgl. Art. 25 Abs. 2 iVm Art. 21 EuErbVO), bestimmen sich Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und Bindungswirkungen stets nach deutschem Recht. Anderenfalls ist das auf materielle Wirksamkeit und Bindungswirkungen anwendbare Recht („engste Verbindung“) ggf. nur schwer zu ermitteln. Die Zulässigkeit des Erbvertrages lässt sich in diesem Fall ohne Kenntnis des materiellen ausländischen Rechts schlechterdings nicht beurteilen. Hier kann, sofern mindestens ein Beteiligter Deutscher ist, eine Rechtswahl zu Gunsten des deutschen Rechts nach Art. 25 Abs. 3 iVm Art. 22 EuErbVO Rechtssicherheit schaffen.

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Erblasserin war deutsche Staatsangehörige und hatte ihre letzte Wohnanschrift in der ... in Sie war in

einzigere Ehe verheiratet mit dem österreichischen Staatsangehörigen ..., der am ..., zu diesem Zeitpunkt ebenfalls wohnhaft in ..., verstorben war. Die Erblasserin und ihr Ehemann waren im Jahr 1995 von Österreich nach ... [Erg. d. Schrftl.: Bad Reichenhall] umgezogen.

[2] Am 25. März 1996 verfassten die Ehegatten in getrennten, aber wortgleichen, jeweils eigenhändig ge- und unterschriebenen Urkunden zwei mit „Gemeinschaftlichen Testament“ überschriebene Schriftstücke folgenden Wortlauts:

[3] Gemeinschaftliches Testament Ich Frau ... geb. ... in ... derzeit wohnhaft in der ... in ... bin deutsche Staatsangehörige und habe keine Kinder. Ich, Herr ... geb. am ... in xx (Österreich) derzeit wohnhaft in der ... in ... bin österreichischer Staatsangehöriger und habe als einzigen Abkömmling meine am ... in Gotha geborene Tochter ..., die ihrerseits verheiratet und österreichische Staatsangehörige ist.

[4] Wir sind miteinander seit 30.V.95 verheiratet, In der freien Verfügung über unser Vermögen sind wir nicht beschränkt, weder durch einen Ehe oder Erbvertrag oder durch ein früheres Testament.

[5] Höchst vorsorglich widerrufen wir alle bisher von uns errichteten früheren Verfügungen von Todes wegen und wir bestimmen nun mehr folgendes als unseren gemeinsamen letzten Willen:

I.

Wir setzen uns gegenseitig zu Alleinerben ein.

II.

Nach dem Tod des zweiten von uns sollen gemeinsame Schlusserben

a) ...

b) ...

c) ...

d) ... zu gleichen Teilen sein.

III

Die hier getroffene Verfügung von Todes wegen (Erbeinsetzung, Schlusserbeneinsetzung u. Vermächtnisanordnung) sind wechselseitig verbindlich. Sie können zu unserer beiden Lebzeiten nur gemeinschaftlich aufgehoben werden. Nach dem Tod eines von uns beiden ist der überlebende Ehegatte nicht mehr berechtigt die Erbeinsetzungen und Vermächtnisanordnungen abzuändern.

IV.

Weitere Verfügungen wollen wir heute nicht treffen.

Das Original dieses Testaments befindet sich bei unseren persönlichen Unterlagen. Eine Fotokopie befindet sich in der Kanzlei des RAe

Weitere Abschriften oder Kopien haben wir nicht gefertigt.

... Mit Testament vom 7. Oktober 2013 verfügte die Erblasserin, dass sie „mein Haus + Inventar sowie mein Barvermögen Herrn + Frau ...“ vererbe. Am 4. Dezember 2013 verfasste die Erblasserin ein eigenhändig ge- und unterschriebenes Schreiben, in dem es unter anderem heißt:

„Sollte meine Schwester oder mein Neffe sowie Nichten von meinen Konten Geld abgehoben haben müssen sie die-

se an den Erben zurückbezahlt werden. Ich hatte ihnen nie erlaubt Geld abzuheben“

[6] Mit Antrag vom 26.10.2017 haben die Beschwerdeführer einen Erbschein dahingehend beantragt, dass sie Erben zu je ½ geworden sind.

[7] Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass sich die Rechtsfolge nach der Erblasserin nach dem Testament vom 25. März 1996 richte. Dieses sei wirksam und habe Bindungswirkung, die den späteren Verfügungen der Erblasserin entgegenstehe. Dass gelte unabhängig von dem auf die Bindungswirkung anwendbaren Recht, da auch nach österreichischem Erbrecht kein formelles oder materielles Verbot bestehe, sich durch letztwillige Verfügung zu binden. Den Ehegatten habe es daher auch nach österreichischem Recht offen gestanden, durch ausdrückliche Anordnung ihrer Verfügungen von Todes wegen Bindungswirkung zu verleihen. Damit könne dahinstehen, nach welchem Recht sich die Bindungswirkung des Testaments richte. Das gemeinschaftliche Testament sei auch nicht durch die letztwillige Verfügung vom 7. Oktober 2013 oder die Erklärung vom 4. Dezember 2013 widerrufen worden.

[8] Mit der Beschwerde vom 29. Mai 2018 verfolgen die Beschwerdeführer ihren Erbscheinsantrag weiter. Sie sind der Meinung, dass das gemeinschaftliche Testament schon deshalb keine Bindungswirkung entfalte, weil es in zwei getrennten Urkunden errichtet sei. Außerdem scheide nach österreichischem Erbrecht eine Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments aus. Jedenfalls für den Ehegatten der Erblasserin sei aber gemäß dem vormaligen Kollisionsrecht österreichisches Erbrecht anwendbar, sodass das gemeinschaftliche Testament insgesamt keine Bindungswirkung entfalten könne. Darüber hinaus habe die Erblasserin das gemeinschaftliche Testament durch die Urkunden aus dem Jahr 2013 wirksam widerrufen.

[9] Die Beteiligten zu 3) bis 6) sind der Meinung, das gemeinschaftliche Testament entfalte Bindungswirkung. Es genüge insofern, dass das deutsche Recht dem Testament Bindungswirkung zuspräche. Darüber hinaus stehe es auch nach österreichischem Recht Ehegatten frei, sich in einem wechselseitigen Testament unwiderruflich zu binden.

Aus den Gründen:

Die Erbfolge richtet sich nach dem gemeinschaftlichen Testament der Eheleute

II.

[10] Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das Nachlassgericht hat den Erbscheinsantrag im Ergebnis zurecht abgelehnt. Die Erbfolge nach der Erblasserin richtet sich nämlich nach dem wirksamen gemeinschaftlichen Testament vom 25. März 1996, dessen Bindungswirkung den späteren Verfügungen der Erblasserin entgegensteht.

Die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments war zulässig

[11] 1. Die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments vom 25. März 1996 war zulässig.

[12] a) Da die Erblasserin nach dem 17. August 2015 verstorben ist, ihre Rechtsnachfolge von Todes wegen Prüfungsgegenstand ist und mit der österreichischen Staatsangehörigkeit ihres Ehemanns, mit dem gemeinsam sie das

Testament vom 25. März 1996 errichtet hat, ein grenzüberschreitender Bezug vorliegt, bestimmt sich das anwendbare Recht grundsätzlich nach Art. 1 Abs. 1 S. 1, Art. 83 EuErbVO. Art. 83 Abs. 3 EuErbVO bestimmt, dass eine vor dem 17. August 2015 errichtete Verfügung von Todes wegen zulässig sowie materiell und formell wirksam ist, wenn sie die Voraussetzungen des Kapitels III der Verordnung erfüllt oder wenn sie nach dem zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung geltenden Vorschriften des Internationalen Privatrechts in dem Staat, in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, oder in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit er besaß, oder in dem Mitgliedstaat, dessen Behörde mit der Erbsache befasst ist, zulässig sowie materiell und formell wirksam ist. Nach dem Konzept dieser Übergangsregelung genügt es somit, wenn das Testament nach nur einem der von den unterschiedlichen Kollisionsrechten (EuErbVO, ehemaliges IPR des Aufenthaltsstaates, ehemaliges IPR des Staates der Staatsangehörigkeit, ehemaliges IPR des angerufenen Gerichts) berufenen Rechte zulässig und wirksam ist.

Die Zulässigkeit des vor Inkrafttreten der EuErbVO errichteten Testaments ergibt sich aus Art. 83 Abs. 3 Var. 1 iVm Art. 25 Abs. 2 UAbs. 1 EuErbVO

[13] b) Das gemeinschaftliche Testament ist nach dem durch die Kollisionsnormen des Kapitels III der EuErbVO berufenen Recht (Art. 83 Abs. 3, 1. Alt. EuErbVO) zulässig.

[14] aa) Für die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments gilt Art. 25 EuErbVO. Es stellt nämlich einen Erbvertrag im unionsrechtlichen Sinne des Art. 3 Abs. 1. b) EuErbVO dar. Hiernach ist ein Erbvertrag eine Vereinbarung, einschließlich einer Vereinbarung aufgrund gegenseitiger Testamente, die mit oder ohne Gegenleistung Rechte am künftigen Nachlass oder künftigen Nachlässen einer oder mehrerer an dieser Vereinbarung beteiligter Personen begründet, ändert oder entzieht. Jedenfalls ist das gemeinschaftliche Testament nach deutschem Recht, das wechselbezügliche Verfügungen enthält (§ 2270 BGB), ein Erbvertrag im Sinne des autonom zu bestimmenden Begriffs der EuErbVO (Dutta in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2018, EuErbVO Art. 3 Rn. 11 mit umfangreichen Nachweisen auch zur Gegenansicht in Fn. 23). Nach der Ausgestaltung des gemeinschaftlichen Testaments insbesondere in Ziffer III beabsichtigten die Erblasserin und deren vorverstorbenen Ehemann eine bindende Ausgestaltung der Verfügungen.

[15] Das gemeinschaftliche Testament betrifft mit der Erblasserin und ihrem Ehemann den Nachlass mehrerer Personen, sodass sich das auf die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments anwendbare Recht grundsätzlich nach Art. 25 Abs. 2 UAbs. 1 EuErbVO richtet.

Ob eine auf das Errichtungsstatut beschränkte Rechtswahl möglich und erfolgt ist, kann dahinstehen

[16] Ob eine vorrangige, auf das Errichtungsstatut beschränkte, konkludente Wahl des deutschen Rechts durch Bezugnahme auf Form und Inhalt eines gemeinschaftlichen Testaments nach Vorbild der §§ 2265 ff. BGB gemäß Art. 25 Abs. 3 iVm Art. 22 Abs. 2 Alt. 2 EuErbVO vorliegt, kann zunächst noch dahinstehen. Denn auch nach der objektiven Anknüpfung des Errichtungsstatutes (Art. 25 Abs. 2 UAbs. 1 EuErbVO) richtet sich die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments allein nach deutschem Recht. Hiernach ist das gemeinschaftliche Testament nur zulässig, wenn es nach jedem der Rechte zulässig ist, die nach dieser Verordnung auf die Rechtsnachfolge

der einzelnen beteiligten Personen anzuwenden wären, wenn sie zu dem Zeitpunkt verstorben wären, in dem der Erbvertrag geschlossen wurde. Somit ist für beide an dem gemeinschaftlichen Testament beteiligten Personen das hypothetische Erbstatut nach der EuErbVO unter den zum Errichtungszeitpunkt vorliegenden Umständen zu ermitteln.

Weil beide Ehegatten im Errichtungszeitpunkt ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten, wäre zu diesem Zeitpunkt deutsches Recht auf ihre Rechtsnachfolge von Todes wegen zur Anwendung gekommen

[17] Die so ermittelte objektive Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO führt für beide Ehegatten in das deutsche Recht. Der gewöhnliche Aufenthalt ist durch eine Prüfung aller Umstände des Einzelfalls (Erwägungsgründe = Erwgr. Nr. 23 S. 2, Erwgr. Nr. 24 S. 5 EuErbVO) zu bestimmen, wobei maßgeblich auf den Lebensmittelpunkt des Erblassers in familiärer und sozialer Hinsicht abzustellen ist (Erwgr. Nr. 24 S. 3 EuErbVO). Nach den Feststellungen des Nachlassgerichts zogen die Erblasserin und ihr vorverstorbenen Ehemann im Jahr 1995 von Österreich nach Bad Reichenhall. Ab diesem Zeitpunkt hatten die Ehegatten ihren gemeinsamen Hausstand in Deutschland, nennenswerte berufliche, familiäre oder sonstige soziale Beziehungen nach Österreich bestanden nicht mehr. Somit lag der gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung in Deutschland, auch wenn sie ihren Lebensmittelpunkt erst seit ungefähr einem Jahr von Österreich nach Deutschland verlagert haben. Da so das Erbstatut nach der EuErbVO für beide Ehegatten deutsches Recht ist, ist die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments allein hiernach zu bestimmen. Eine zusätzliche Prüfung der Zulässigkeit nach österreichischem Sachrecht, wie das Nachlassgericht sie angestellt hat (S. 7 f. des angegriffenen Beschlusses), ist darüber hinaus nicht angezeigt.

[18] bb) Nach deutschem Recht ist eine Vereinbarung über Rechte am eigenen künftigen Nachlass zulässig. Mit wechselbezüglichen Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten (§§ 2270, 2271 BGB) und vertragsmäßigen Verfügungen im Erbvertrag (§§ 2278, 2289 BGB) kennt das deutsche Recht die Möglichkeit, bindende Verfügungen von Todes wegen zu treffen.

Das gemeinschaftliche Testament ist formell wirksam

[19] 2. Das gemeinschaftliche Testament vom 25. März 1996 ist formell wirksam. Art. 83 Abs. 3 EuErbVO gilt auch für die formelle Wirksamkeit.

Die formelle Wirksamkeit des Testaments ergibt sich aus Art. 83 Abs. 3 Var. 1 iVm Art. 27 Abs. 1 UAbs. 1 lit a) EuErbVO (Errichtung in Deutschland)

[20] a) Die formelle Wirksamkeit des Testaments ist nach Art. 27 iVm Art. 83 Abs. 3 1. Alt. EuErbVO zu bestimmen. Das Haager Testamentsformübereinkommen, das nach Art. 75 Abs. 1 UAbs. 2 EuErbVO vorrangig zu berücksichtigen ist, findet sachlich keine Anwendung. Denn das vorliegende gemeinschaftliche Testament wurde in zwei Testamentsurkunden errichtet, sodass im unionsrechtlichen Sinne zwar ein Erbvertrag (Art. 3 Abs. 1 b) EuErbVO), jedoch kein gemeinschaftliches Testament (Art. 3 Abs. 1 c) EuErbVO) vorliegt (Burandt/Rojahn/Burandt/Schmuck, 3. Aufl. 2019, EuErbVO Art. 27 Rn. 2; Dutta in: MüKo a.a.O., EuErbVO Art. 27 Rn. 1). Nach Art. 4 des Übereinkommens über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht (HTestformÜ) ist auch

das Übereinkommen nur auf gemeinschaftliche Testamente im formalen Sinne, also auf durch mehrere Personen in einer Urkunde errichtete Testamente anwendbar.

[21] Art. 27 EuErbVO lässt es für die formelle Wirksamkeit des Testamentes ausreichen, wenn das Testament den Anforderungen eines der von fünf unterschiedlichen Anknüpfungen berufenen Rechte genügt. Hier ist das gemeinschaftliche Testament bereits nach dem von Art. 27 Abs. 1 a) EuErbVO berufenen Recht des Staates, in dem die Verfügung errichtet worden ist – hier Deutschland –, formell wirksam.

Nach deutschem Recht kann ein gemeinschaftliches Testament auch in zwei Urkunden errichtet werden

[22] b) Ein gemeinschaftliches Testament kann nach deutschem Recht auch in zwei getrennten Urkunden errichtet werden (Braun in: BeckOGK BGB, 1.11.2019, § 2265 Rn. 9; Musielak in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, § 2267 Rn. 18; Palandt/Weidlich, 79. Auflage 2020, Einf v § 2265 Rn. 3 f; Staudinger/Kanzleiter, BGB, 2019, § 2267 Rn. 3). Die durch die Beteiligten zu 1) und 2) angeführte Ansicht des Reichsgerichtes, dass ein gemeinschaftliches Testament in einer einzigen Urkunde errichtet werden muss (sogenannte objektive Theorie) (RGZ 72, 204, 206), ist inzwischen zurecht überholt. Abgesehen davon, dass eine solche Einschränkung keine Stütze im Gesetzeswortlaut findet, sondern im Gegenteil § 2267 S. 1 BGB vielmehr eine Form erleichterung darstellt, ließe sich eine solche auch nicht mit der grundrechtlich geschützten Testierfreiheit vereinbaren (Braun in: BeckOGK a.a.O. § 2265 Rn. 12). Zwei getrennte Urkunden bilden somit dann ein gemeinschaftliches Testament, wenn sich die Gemeinschaftlichkeit aus anderen Umständen als der Urkundeneinheit ergibt, die in den Testamentsurkunden zumindest angedeutet sind (BGH NJW 1953, 698, 699; OLG München MittBayNot 2009, 55; OLG Braunschweig ZEV 2007, 178). Wie schon das Nachlassgericht zutreffend ausgeführt hat, ergibt sich die Gemeinschaftlichkeit des Testamentes hier daraus, dass die beiden Ehegatten die jeweilige Urkunde zur selben Zeit, am selben Ort in gleichem Wortlaut verfasst haben. Auch die Überschrift „Gemeinschaftliches Testament“ auf den beiden Einzeltestamenten verdeutlicht die auf Gemeinschaftlichkeit ausgerichtete Willensrichtung. Jede der beiden Urkunden führt darüber hinaus beide Ehegatten auf und formuliert die einzelnen Verfügungen in „Wir“-Form.

Die materielle Wirksamkeit des Testamentes ergibt sich aus Art. 83 Abs. 3 Var. 1 iVm Art. 25 Abs. 2 UAbs. 2 EuErbVO (gewöhnlicher Aufenthalt jedes Ehegatten in Deutschland)

[23] 3. Das gemeinschaftliche Testament vom 25. März 1996 ist schließlich nach Art. 25 Abs. 2 UAbs. 2 in Verbindung mit Art. 83 Abs. 3, 1. Alt. 1 EuErbVO materiell wirksam. Die objektive Anknüpfung der materiellen Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testamentes führt zum deutschen Recht, sodass es im Rahmen der materiellen Wirksamkeit nicht darauf ankommt, ob die Ehegatten konkludent durch Bezugnahme auf erbrechtliche Bestimmungen des BGB das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht der Erblasserin als Errichtungsstatut nach Art. 25 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 83 Abs. 2 EuErbVO gewählt haben. Nach Art. 25 Abs. 2 UAbs. 2 EuErbVO richtet sich die materielle Wirksamkeit eines Erbvertrages im unionsrechtlichen Sinne, der den Nachlass mehrerer Personen betrifft, nämlich nach demjenigen hypothetischen Erbstatut im Sinne des Art. 25 Abs. 2 UAbs. 1 EuErbVO, zu dem die engste Verbindung besteht. Da hier das hypothetische Erb-

statut sowohl der Erblasserin als auch ihres vorverstorbenen Ehemannes zum Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testamentes das deutsche Recht ist, kommt auch für die objektive Anknüpfung der materiellen Wirksamkeit allein deutsches Recht in Betracht.

Die Bindungswirkung des Ehegattentestaments steht späteren Verfügungen der Ehefrau entgegen

[24] 4. Das gemeinschaftliche Testament vom 25. März 1996 entfaltet Bindungswirkung, die den späteren Verfügungen der Erblasserin entgegensteht.[25] a) Auf die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testamentes findet deutsches Recht Anwendung.

[26] aa) Entgegen der Ansicht des Nachlassgerichts kann die Ermittlung des insoweit anwendbaren Rechts nicht dahinstehen, da nach den Rechtsordnungen, zu denen das gemeinschaftliche Testament eine Beziehung aufweist (Österreich und Deutschland), die Bindungswirkung des Testamentes vom 25. März 1996 jeweils unterschiedlich zu beurteilen ist.

Nach österreichischem Recht kann ein gemeinschaftliches Testament keine Bindungswirkung haben

[27] Unter Anwendung des zum Testamentserrichtungszeitpunkt geltenden österreichischen Rechts kommt dem gemeinschaftlichen Testament nämlich – anders als das Nachlassgericht meint – keine Bindungswirkung zu.

[28] Nach dem auf Testamente, die vor dem 1. Januar 2017 errichtet worden sind (§ 1503 Abs. 7 Nr. 5 ABGB), anwendbaren § 1248 S. 2 ABGB aF, der inhaltlich § 586 Abs. 2 S. 2 ABGB entspricht, sind gemeinschaftliche Testamente widerruflich. Jeder Ehegatte kann seine Verfügung vor wie nach dem Tod des Erstversterbenden ohne dessen Kenntnis oder gar Einverständnis widerrufen (OGH 4.11.1997, 10 Ob 388/97z; Jesser-Huß in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar V, 4. Auflage 2014, § 1248 Rz 4 OGH 18.11.1964, 7 Ob 263/64; OGH 18.12.2009, 6 Ob 167/09s; Fischer-Czermak in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge, 2. Auflage 2018, § 20 Rz. 103; Apathy/Neumayr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar, 5. Auflage 2017, § 587 Rz. 3; Jesser-Huß a.a.O.; Weiß/Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht, S. 178; Gschnitzer/Faistenberger, Erbrecht, 2. Auflage 1983, S. 51). Das gilt unverändert auch im Fall von wechselbezüglichen Verfügungen, die in gleichem Maße, aber mit der besonderen Folge frei widerruflich sind, dass mit dem Widerruf auch die Verfügungen des (auch vorverstorbenen) anderen Ehegatten ex tunc unwirksam werden (Fischer-Czermak a.a.O.; Weiß/Likar-Peer a.a.O.; Gschnitzer/Faistenberger, a.a.O.).

[29] Unzutreffend ist die Annahme des Nachlassgerichts, dass es Ehegatten nach österreichischem Recht freistehe, die Widerrufsmöglichkeit hinsichtlich eines gemeinschaftlichen Testamentes auszuschließen und sich so durch letztwillige Verfügung selbst zu binden. Das ergibt sich einerseits aus der Legaldefinition des § 552 ABGB, wonach die Erklärung des letzten Willens „die Anordnung [ist], wodurch ein Erblasser sein Vermögen, oder einen Theil desselben Einer oder mehreren Personen widerruflich auf den Todesfall überläßt“, andererseits aus dem der aktuellen Normfassung inhaltsgleichen § 716 ABGB aF, der ausdrücklich bestimmt, dass „[d]er in einem Testament oder Kodizill angehängte Beisatz: daß jede spätere Anordnung überhaupt, oder, wenn sie nicht mit einem bestimmten Merkmale bezeichnet ist, null und nichtig sein solle, [...] als nicht beigesetzt anzusehen [ist].“ Die nicht dispositive einseitige Wi-

derrufflichkeit ist damit ein unverzichtbares Wesensmerkmal von letztwilligen Verfügungen auch in gemeinschaftlichen Testamenten (OGH 26.1.1982, 5 Ob 785/81; Gschnitzer/Faistenberger, a.a.O., S. 44; Apathy/Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar, 5. Auflage 2017, § 716 Rz. 1; Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar III, 4. Auflage 2013, § 716 Rz. 1; Welser in Rummel/Lukas, ABGB, 4. Auflage 2014, Vor § 713 Rz. 1; Weiß/Likar-Peer, a.a.O., S. 188). Nach österreichischem Recht ist das gemeinschaftliche Testament damit nicht geeignet, eine dem deutschen Verständnis von verbindlicher Einheitslösung (§§ 2269 Abs. 1, 2270 Abs. 1, 2271 Abs. 1 und 2 BGB) vergleichbare Nachlassplanung zu erreichen (Fischer-Czermak, a.a.O., Rz. 105).

Eine Bindung kann nach österreichischem Recht nur durch einen Erbvertrag erreicht werden

[30] Bindende Verfügungen von Todes wegen sind nach österreichischem Erbrecht deshalb allein in Erbverträgen (§§ 1249 ff. ABGB) möglich, die als Ehepakte im Sinne der §§ 1217 ff. ABGB nur in der besonderen Form des Notariatsaktes (§ 1 Abs. 1 a) NotAktG) geschlossen werden können (Jesser-Huß, a.a.O., § 1249 Rn. 5). In solchen Erbverträgen können Ehegatten in einem Umfang von bis zu drei Vierteln ihres Nachlasses (§ 1253 ABGB) einseitig unwiderrufliche (§ 1254 ABGB) Verfügungen treffen. Auch die Bindungswirkung der erbvertraglichen Verfügungen sind jedoch nach österreichischem Recht neben der gegenständlichen Beschränkung auf drei Viertel des Nachlasses in weiterer, zweifacher Weise beschränkt. Einerseits können in österreichischen Erbverträgen bindende Verfügungen nur zugunsten des Ehegatten getroffen werden, während die Erbeinsetzung Dritter in frei widerrufliche testamentarische Verfügungen umzudeuten sind (St. Rspr.: Rechtssatznummer RS0017047 („Erbverträge zugunsten Dritter sind dem österreichischen Recht fremd.“), u.a.: OGH 13.2.1958, 3 Ob 34/58; OGH 18.1.1972, 4 Ob 653/71; OGH 12.9.1985, 7 Ob 692/84; OGH 15.5.2014, 6 Ob 168/13 v; und Rechtssatznummer RS0017048 („Verfügungen auf den Todesfall in einem Erbvertrag zugunsten Dritter sind frei widerruflich.“), u. a.: OGH 22.11.1950, 2 Ob 237/50; OGH 30.8.1967, 1 Ob 121/67; OGH 20.1.1971, 6 Ob 326/70; OGH 12.9.1985, 7 Ob 692/84; zustimmend Jesser-Huß, a. a. O., Rn 8; Koch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar, 5. Auflage 2017, § 1249 Rn. 5; M. Bydlinski in Rummel/Lukas, ABGB, 4. Auflage 2019, § 1249 Rn 3; Fischer-Czermak a.a.O., Rn 64; aA Gschnitzer/Faistenberger, a.a.O., S. 47). Andererseits endet die Unwiderruflichkeit der Verfügungen mit dem Tod des Vertragserben, bei einer gegenseitigen Erbeinsetzung der Ehegatten also mit dem Tod des Erstversterbenden (OGH 22.12.1961, 5 Ob 420/61; Jesser-Huß, a.a.O., § 1252 Rn. 1; M. Bydlinski, a.a.O., § 1253 Rn. 2; Fischer-Czermak, a.a.O., Rz. 70, 83; Fritsch in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht, S. 257; Gschnitzer/Faistenberger, a.a.O., S. [sic].

[31] Somit ist dem österreichischen Recht in der vorliegenden Konstellation, in der die Ehegatten sich gegenseitig als Allein- und Dritte als Schlusserben eingesetzt haben, eine Bindungswirkung der Verfügungen zugunsten Dritter insbesondere über den Tod des Erstversterbenden hinaus fremd. Nach österreichischem Recht entfaltet das Testament vom 25. März 1996 keine Bindungswirkung, die die Erblasserin daran hindern hätte können, die Erbeinsetzung der Beteiligten H. und G. [Erg. d. Schrftl.: die Beschwerdeführer] durch spätere Einzeltestamente zu ersetzen.

Auf Grund konkludenter Rechtswahl richtet sich die Bindungswirkung nach deutschem Recht

[32] bb) Die Anwendbarkeit deutschen Rechts auf die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments ergibt sich aus einer entsprechenden konkludenten Rechtswahl.

Für die Bindungswirkung kann nach Art. 83 Abs. 2 iVm Art. 25 Abs. 3 EuErbVO ein Recht gewählt werden, das ein Beteiligter für seine Rechtsnachfolge von Todes wegen gem. Art. 22 EuErbVO hätte wählen können

[33] Nach Art. 25 Abs. 3 EuErbVO können die Parteien eines Erbvertrages im unionsrechtlichen Sinne auch für die Bindungswirkung ihres Erbvertrags, einschließlich der Voraussetzungen für seine Auflösung, das Recht wählen, das die Person oder eine der Personen, deren Nachlass betroffen ist, nach Artikel 22 unter den darin genannten Bedingungen hätte wählen können. Eine solche Wahl des auf die Bindungswirkung anwendbaren Rechts, die vor dem 17. August 2015 erfolgte, ist nach der Übergangsregelung des Art. 83 Abs. 2 EuErbVO wirksam, wenn sie die Voraussetzungen des Kapitels III der EuErbVO erfüllt. Soweit Art. 83 Abs. 2 EuErbVO hierbei Rückwirkung entfaltet, ist das europa- und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (BGH NJW 2019, 3449). Die Übergangsregelung des Art. 83 Abs. 2 EuErbVO umfasst hierbei alle Rechtswahlstatbestände der EuErbVO und damit auch eine Teilrechtswahl des Errichtungsstatutes nach Art. 25 Abs. 3 EuErbVO (BGH NJW 2019, 3449, 33450; J. Schmidt in: Beck-OGK, 1.2.2020, EuErbVO Art. 83 Rn. 10 f.; Burandt/Rojahn/Burandt/Schmuck, 3. Aufl. 2019, EuErbVO Art. 83 Rn. 4; Dutta/Weber/Bauer, 1. Auflage 2016, EuErbVO Art. 83 Rn. 10; Palandt/Thorn, BGB, 79. Auflage 2020, Art. 83 EuErbVO Rn. 4; Rudolf ZfRV 2015, 212, 213; Schoppe IPrax 2014, 27, 29; aA (Anwendung von Art. 83 Abs. 3 EuErbVO als lex specialis für das Errichtungsstatut einschließlich diesbezüglicher Rechtswahl) NK-BGB/Magnus, 2. Auflage 2015, Art. 83 Rn. 14; von Bary, IPrax 2019, 1565; so bei Ausnahme der in Art. 83 Abs. 3 nicht genannten Bindungswirkung auch MüKoBGB/Dutta, 7. Aufl. 2018, EuErbVO Art. 83 Rn. 7).

Eine ausdrückliche Rechtswahl ist nicht erfolgt

[34] Eine ausdrückliche Wahl deutschen Rechts für die Bindungswirkung enthält das Testament vom 26. März 1996 nicht. Jedoch umfasst Art. 83 Abs. 2 EuErbVO auch eine konkludente Rechtswahl (Dutta/Weber/Bauer, 1. Auflage 2016, EuErbVO Art. 83 Rn. 36; NK-BGB/Magnus, 2. Auflage 2015 Art. 83 Rn. 38; Dutta in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2018, EuErbVO Art. 83 Rn. 13). Die EuErbVO enthält nämlich einen autonomen Rechtswahlbegriff, der auch für die Übergangsregelung in Art. 83 EuErbVO gilt. Wie sich aus Art. 22 Abs. 2 Alt. 2 EuErbVO ergibt, kann sich eine Rechtswahl im unionsrechtlichen Sinne auch aus den Bestimmungen einer Verfügung von Todes wegen ergeben, also konkludent erfolgen.

Ob eine konkludente Rechtswahl vorliegt, ist unionsrechtsautonom anhand aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen

[35] Das gemeinschaftliche Testament vom 26. März 1996 enthält eine solche konkludente Wahl deutschen Rechts für die Bindungswirkung, die die Voraussetzungen des Kapitels III der EuErbVO erfüllt (Art. 83 Abs. 2 Var. 1 EuErbVO). Ob eine konkludente Rechtswahl in diesem Sinne vorliegt, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Ein-

zelfalles zu bestimmen. (Dutta in: MüKoBGB/, a. a. O. Art. 22 Rn. 14; J. Schmidt in: BeckOGK, a. a. O. Rn. 21; Dutta/Weber/Bauer, 1. Auflage 2016, EuErbVO Art. 22 Rn. 19; NK-BGB/Looschelders, 2. Auflage 2015, Art. 22 Rn. 28; Solomon in: Dutta/Herrler, EuErbVO, S. 19, 40 f (Rn.56); Palandt/Thorn, BGB, 79. Auflage 2020, Art. 22 EuErbVO Rn. 6; wohl auch OLG Köln NJW-RR 2019, 1353; aA (Maßgeblichkeit des hypothetisch gewählten Rechts) GKKW IntErbR/Köhler, 3. Auflage 2020, § 4 Rn. 30; Burandt/Rojahn/Burandt/Schmuck, 3. Aufl. 2019, EuErbVO Art. 22 Rn. 6; jurisPK-BGB/Sonntag, 9. Auflage 2020, Art. 22 EuErbVO Rn. 20; Leitzen ZEV 2013, 128, 129; Pfeiffer IPrax 2016, 310, 313). Eine autonome Begriffsbestimmung der konkludenten Rechtswahl ergibt sich dabei insbesondere daraus, dass sich andernfalls nicht erklären ließe, weshalb die Verordnung selbst in Erwgr. Nr. 39 Kriterien für die Ermittlung konkludenter Rechtswahlen bereithalten sollte, wenn sie diese Frage als von dem Rechtswahlstatut beantwortet wissen wollte (so auch NK-BGB/Looschelders, 2. Auflage 2015, Art. 22 Rn. 28). Darüber hinaus ist nur so gewährleistet, dass die Voraussetzungen einer konkludenten Rechtswahl nicht abhängig von dem gewählten Recht unterschiedlich zu behandeln sind. An Rechtswahlwillen und Rechtswahlbewusstsein sind hierbei keine strengen Anforderungen zu stellen (Dutta in: MüKoBGB/, a. a. O. Art. 22 Rn. 14; Dutta/Weber/Bauer, 1. Auflage 2016, EuErbVO Art. 22 Rn. 19; Palandt/Thorn, BGB, 79. Auflage 2020, Art. 22 EuErbVO Rn. 6.). Nach Erwgr. Nr. 39 S. 2 der EuErbVO ist Indiz für eine konkludente Rechtswahl unter anderem, „wenn z. B. der Erblasser in seiner Verfügung Bezug auf spezifische Bestimmungen des Rechts des Staates, dem er angehört, genommen hat oder das Recht dieses Staates in anderer Weise erwähnt hat.“ Somit sprechen die Bezugnahme auf Rechtsinstitute eines nach der EuErbVO wählbaren Rechts, die Verwendung charakteristischer Rechtsbegriffe einer nationalen Erbrechtsordnung oder die Nachbildung von durch nationale Gesetze vorgezeichneten Regelungskonzepten für eine konkludente Rechtswahl.

Hier sprechen die Umstände (Verwendung von Terminologie deutschen Sachrechts, gewollte Bindungswirkung) für die Wahl des deutschen Rechts

[36] Nach diesen Grundsätzen haben die Erblasserin und ihr vorverstorbenen Ehemann im Testament vom 26. März 1996 für die Bindungswirkung übereinstimmend konkludent deutsches Recht gewählt. Die Erblasserin und ihr vorverstorbenen Ehegatte haben nämlich zum einen in ihrem gemeinschaftlichen Testament eine Terminologie verwendet, die auf deutsches Erbrecht hinweist. Insbesondere haben sie die Beteiligten ... und ... ausdrücklich als Schlusserben eingesetzt. Der Begriff des Schlusserben ist in deutscher Rechtsprechung anerkannt (BGH NJW 1998, 543; 2002, 1126; 2017, 329), während er im österreichischen Recht keine Verwendung findet. Zum anderen ergibt sich die konkludente Wahl deutschen Rechts für die Bindungswirkung aus dem Zusammenspiel der Ziffern I-III des gemeinschaftlichen Testaments. Wenn sich die Ehegatten hier nämlich gegenseitig als Alleinerben und Verwandte der Erblasserin als Schlusserben des Letztversterbenden einsetzen, hierbei ferner bestimmen, dass Erbeneinsetzung und Schlusserbeneinsetzung „wechselseitig verbindlich“ sein sollen, zu Lebzeiten beider Ehegatten nur gemeinschaftlich aufgehoben werden können und die Verfügungen nach dem Tod eines Ehegatten unabänderlich sind, ist damit deutlich auf das in §§ 2270 Abs. 1, Abs. 2, 2271 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB vorgezeichnete Regelungskonzept des

deutschen Rechts zur verbindlichen gemeinsamen Nachlassplanung in gemeinschaftlichen Testamenten hingewiesen. Für eine konkludente Wahl deutschen Rechts und die Bindungswirkung der Verfügungen spricht letztlich auch, dass nur so der ausdrückliche Wille der Ehegatten, die Verfügungen nach dem Tod eines Ehegatten unwiderruflich auszugestalten, verwirklicht wird.

Wegen der deutschen Staatsangehörigkeit der Ehefrau ist die Rechtswahl wirksam (Art. 22 EuErbVO)

[37] Diese konkludente Wahl deutschen Rechts für die Bindungswirkung der Verfügungen aus dem gemeinschaftlichen Testament vom 26. März 1996 ist auch nach Art. 83 Abs. 2, 1. Alt. EuErbVO wirksam. Das deutsche gehört als Recht der Staatsangehörigkeit der Erblasserin, deren Nachlass durch das gemeinschaftliche Testament betroffen ist, zu den nach Art. 25 Abs. 3 iVm 22 Abs. 1 EuErbVO wählbaren Rechten. Der Verweis auf Art. 22 in Art. 25 Abs. 3 EuErbVO verdeutlicht, dass auch die Teilrechtswahl hinsichtlich des Errichtungsstatutes konkludent erfolgen kann. Das Formerfordernis des Art. 22 Abs. 2 iVm Art. 25 Abs. 3 EuErbVO („in Form einer Verfügung von Todes wegen“) ist ebenfalls erfüllt, weil das gemeinschaftliche Testament vom 26. März 1996 als Erbvertrag im unionsrechtlichen Sinne nach Art. 3 Abs. 1 lit. d) eine Verfügung von Todes wegen im Sinne der EuErbVO ist.

Die abweichende Verfügung der Ehefrau ist wegen Verstoßes gegen die Bindungswirkungen des Ehegatten-testaments unwirksam

[38] b) Nach dem somit maßgeblichen Errichtungsstatut gingen von den Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament vom 26. März 1996 die Erblasserin bindende Wirkungen aus. Die gegenseitigen Alleinerbeneinsetzung sowie jede Alleinerbeneinsetzung im Verhältnis zur Schlusserbeneinsetzung waren wechselbezüglich im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB. Das ergibt sich schon aus der ausdrücklichen Anordnung in Ziffer III des Testaments, sodass auf die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB nicht zurückgegriffen werden muss. Diese Wechselbezüglichkeit band die Erblasserin in ihren Verfügungen nach dem Tod ihres Ehegatten im Umfang des § 2270 Abs. 2 S. 1 BGB.

[39] c) Die Erbeinsetzung der Beschwerdeführer im Testament vom 7. November 2013 ist damit unwirksam. Denn diese Verfügung widerspricht der Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten ... und ... in dem gemeinschaftlichen Testament und schließt die Rechte der dort Bedachten aus.

[40] 4. Diese wechselbezüglichen Verfügungen sind auch nicht wirksam widerrufen worden. Diese Bindungswirkung der Verfügungen aus dem gemeinschaftlichen Testament ist insbesondere nicht etwa deshalb erloschen, weil die Erblasserin sie in ihrem Testament vom 7.11.2013 aufgehoben hat. Insofern fehlt es nach Auffassung des Senats aber bereits an einem Aufhebungsrecht nach § 2271 Abs. 2 S. 2 in Verbindung mit §§ 2294, 2333 oder 2336 BGB. Ein wirksamer Widerruf zu Lebzeiten gemäß § 2271 Abs. 1 BGB ist ebenfalls unstreitig nicht erfolgt.

[41] 5. Das die Erbfolge nach der Erblasserin bestimmende gemeinschaftliche Testament vom 25. März 1996 enthält keine Erbeinsetzung der Beschwerdeführer, sodass ihnen der beantragte Erbschein nicht zu erteilen ist.

III.

[...]

Die Rechtsbeschwerde wird wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen

IV.

[43] Die Rechtsbeschwerde ist nach § 70 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 FamFG zuzulassen. Ob das Vorliegen einer konkludenten Rechtswahl nach der EuErbVO unionsautonom oder unter Rückgriff auf das hypothetische Rechtswahlstatut zu entscheiden ist, ist nämlich in der Lehre umstritten. Diese Frage hat über den hier entschiedenen Einzelfall hinaus allgemeine Bedeutung, weil sie in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen auftreten kann und deshalb ein abstraktes Interesse an der einheitlichen Behandlung durch die Rechtsprechung besteht. Diese Frage ist außerdem entscheidungserheblich. Nach deutschem Recht ist hier nämlich nicht von einer konkludenten Wahl deutschen Rechts auszugehen. Es bestehen nämlich nicht genügend Anhaltspunkte, um bei den an dem gemeinschaftlichen Testament Beteiligten ein nach deutschem Recht für eine konkludente Rechtswahl erforderliches Erklärungsbewusstsein (BeckOK BGB/Lorenz, 53. Ed. 1.2.2020, EGBGB Art. 25 Rn. 21) anzunehmen. ■

6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Änderung des Vereinszwecks

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.2.2020 – I-3 Wx 214/19)

BGB §§ 33 Abs. 1, 57 Abs. 1
GmbHG § 4 S. 2
FamFG §§ 58 ff.

Zur durch Auslegung der Vereinssatzung vorzunehmenden Abgrenzung zwischen einer die Allstimmigkeit der Mitglieder des eingetragenen Vereins erfordernden Änderung einer den Vereinszweck in seinem Kernbereich (hier: „... im Interesse des ... haus tätig zu sein und es zu unterstützen“) tangierenden Satzungsbestimmung von einer mit 3/4 Mehrheit der abgegebenen Stimmen zu beschließenden Anpassung der bisherigen Ziele im Sinne einer Zweckverfolgung mit modifizierten Mitteln unter Aufrechterhaltung des bisherigen, den Charakter des Vereins festlegenden obersten Leitsatzes der Vereinstätigkeit (hier: Änderung des Satzungswortlautes: „Der Satzungszweck wird verwirklicht insbesondere durch ideelle und finanzielle Mithilfe bei der Förderung der Kinder, Jugendlichen und Erwachsenen des ...hauses...“, durch Streichung der Worte „ideelle und“ sowie Eröffnung der Mittelbeschaffung in Trägerschaft einer gemeinnützigen GmbH zur Verwirklichung steuerbegünstigter Zwecke).

Zur Einordnung

Gegenstand dieser Entscheidung ist die Änderung einer Regelung über die Zweckbestimmung in einer Vereinssatzung und die Frage, ob der Satzungsänderung alle Mitglieder des Vereins zustimmen müssen.

Der Zweck eines Vereins ist der den Charakter eines Vereins festlegende oberste Leitsatz der Vereinstätigkeit (BGH NJW 1986, 1033 [1034]; OLG Nürnberg BeckRS 2015, 19357; s.a. Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, § 33 Rn. 3; MünchHB GesR V/Wagner, 4. Aufl. 2016, § 23 Rn. 47). Die Gründer eines Vereins legen in der Satzung fest, welchen Zweck der Verein verfolgt (BeckOK BGB/Schöpflin, 55. Ed. 1.8.2020, § 21 Rn. 87). Soll der Zweck geändert werden, ist daher die Satzung des Vereins zu än-

dern. Gem. § 33 Abs. 1 S. 1 BGB bedarf die Änderung der Satzung eines Vereins grundsätzlich einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Für Änderungen des Vereinszwecks verlangt § 33 Abs. 1 S. 2 BGB die Zustimmung aller Mitglieder des Vereins, entweder in der Mitgliederversammlung, in der über die Änderung abgestimmt wird, oder nachträglich durch schriftliche Zustimmungserklärung der nicht erschienenen Mitglieder. Das Einstimmigkeitserfordernis dient dem Schutz der Vereinsmitglieder vor Änderungen des Vereinszwecks, mit denen sie bei ihrem Beitritt nicht rechnen konnten (vgl. BGH NJW 1986, 1033 [1034]; MüKoBGB/Leuschner, 8. Aufl. 2018, § 33 Rn. 1; BeckOK BGB/Schöpflin, 55. Ed. 1.8.2020, § 33 Rn. 8). § 33 Abs. 1 S. 2 BGB gilt allerdings nur, wenn der Charakter und die grundlegende Zweckrichtung eines Vereins geändert werden (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB 79. Aufl. 2020, § 33 Rn. 3; OLG Nürnberg BeckRS 2015, 19357; BGH NJW 1986, 1033 [1034]). Um eine solche Änderung handelt es sich, wenn die Leitidee des Vereins ausgetauscht wird, wegen derer sich die Vereinsmitglieder ursprünglich zusammengeschlossen hatten (OLG Jena BeckRS 2016, 19872; ähnlich auch schon BGH NJW 1986, 1033 [1034]; Beispiele s. BeckOK BGB/Schöpflin, 55. Ed. 1.8.2020, § 33 Rn. 8). Die Entscheidung muss von so grundlegender Bedeutung für den Verein und seine Mitglieder sein, dass sie nicht mit Mehrheitsbeschluss getroffen werden kann (OLG Nürnberg BeckRS 2015, 19357). Wird nur eine Formulierung verändert (Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, § 33 Rn. 3), die Art der Zweckverfolgung ergänzt (OLG Jena BeckRS 2016, 19872), der Zweck selbst ergänzt, beschränkt oder unter Beibehaltung der Leitidee dem Wandel der Zeit entsprechend angepasst (OLG Nürnberg BeckRS 2015, 19357; BayObLG NJW-RR 2001, 1260 [1261]), handelt es sich nicht um eine unter § 33 Abs. 1 S. 2 BGB fallende Zweckänderung. Nicht Bestandteil des nur einstimmig abänderbaren Vereinszwecks sind ferner die zur Verfolgung des Vereinszwecks zu erfüllenden Aufgaben und die hierzu erforderlichen Mittel (MünchHB GesR V/Wagner, 4. Aufl. 2016, § 23 Rn. 46; vgl. auch MüKoBGB/Leuschner, 8. Aufl. 2018, § 33 Rn. 11). Im Einzelfall kann die Abgrenzung allerdings Schwierigkeiten bereiten (Beispiele hierzu s. MüKoBGB/Leuschner, 8. Aufl. 2018, § 33 Rn. 13 f.).

Im vorliegenden Fall war in der Satzung ursprünglich geregelt, dass der Satzungszweck insbesondere durch ideelle und finanzielle Mithilfe verwirklicht wird. Aus der Regelung wurde die Unterstützung durch ideelle Mithilfe gestrichen. Der Beschluss war zwar in der Sitzung einstimmig gefasst worden, die nicht erschienenen Mitglieder hatten aber keine Zustimmung nachgereicht. Das OLG Düsseldorf kommt anhand der vorstehend aufgeführten Grundsätze zu dem Ergebnis, dass diese Änderung keine Zweckänderung darstellt und § 33 Abs. 1 S. 2 BGB nicht anwendbar ist (s.a. den weiteren Beschluss des OLG Düsseldorf v. 19.2.2020 – I-3 Wx 196/19 – Ls. im Forum am Ende dieses Heftes).

Für die notarielle Praxis ruft die Entscheidung die Anforderungen an Satzungs- und Zweckänderungen bei einem Verein in Erinnerung. Es sei darauf hingewiesen, dass die in § 33 Abs. 1 BGB enthaltenen Anforderungen – auch das Einstimmigkeitserfordernis aus § 33 Abs. 1 S. 2 BGB – gem. § 40 BGB durch Satzungsregelung abgedungen werden können (MüKoBGB/Leuschner, 8. Aufl. 2018, § 33 Rn. 23).

Die Schriftleitung (IK)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Im Rahmen der am 25. September 2018 abgehaltenen Jahreshauptversammlung haben die anwesenden Mitglieder des Beteiligten einstimmig die Änderung seiner Satzung beschlossen.

[2] Zum einen wurde die Änderung von § 2 der Satzung, der Zweck und Aufgabe des Beteiligten regelt, beschlossen. § 2 der Satzung in der Fassung vom 20. September 2016, die als aktuell gültige Fassung im Vereinsregister eingetragen ist, ist der Vereinszweck wie folgt geregelt:

„Der Verein verfolgt ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne des Abschnitts „Steuerbegünstigte Zwecke“ der Abgabenordnung.

Zweck der Körperschaft ist die Förderung gemeinnütziger Zwecke, insbesondere die Förderung der Jugendhilfe und die Förderung der Hilfe für Zivilbeschädigte und behinderte Menschen.

Der Satzungszweck wird verwirklicht insbesondere durch ideelle und finanzielle Mithilfe bei der Förderung der Kinder, Jugendlichen und Erwachsenen des ...hauses im Einvernehmen mit der Heimleitung.

Daneben ist der Zweck des Vereins auch die Beschaffung von Mitteln für die Einrichtung ...haus in Trägerschaft der gemeinnützigen „... GmbH“ zur Verwirklichung seiner steuerbegünstigten Zwecke.

...“

[3] Beschlossen wurde am 25. September 2018 die Änderung des dritten Satzes von § 2 dahin, dass die Worte „ideelle und“ gestrichen werden.

[4] Zum anderen wurde die Ergänzung der bisherigen Satzung um eine neue Regelung zum Datenschutz, die als § 19 in die Satzung aufgenommen wurde, beschlossen.

[5] Am 11. März 2019 hat die in der Mitgliederversammlung wiedergewählte Vorstandsvorsitzende des Beteiligten unter Beifügung der geänderten Satzung, der Einladung zur Jahreshauptversammlung sowie des Protokolls über die Mitgliederversammlung die Änderung der Satzung zur Eintragung im Vereinsregister angemeldet.

[6] Zunächst telefonisch und dann mit Schreiben vom 5. April 2019 hat das Amtsgericht darauf hingewiesen, dass es sich bei der beschlossenen Neufassung der Bestimmung zum Vereinszweck um eine Änderung des Vereinszwecks handele, die nur mit Zustimmung aller Mitglieder erfolgen könne. Die in § 2 der aktuell gültigen Fassung geregelte ideelle Mithilfe sei eine besonders starke Motivation, sich in einem Verein, der sich die Förderung von behinderten Menschen zum Ziel gesetzt habe, zu engagieren. Die beschlossene Streichung sei eine substantielle Änderung des Vereinszwecks, denn es sei ein fundamentaler Unterschied, ob die Zielsetzung des Vereins in der ideellen und finanziellen Mithilfe der Förderung oder nur in der finanziellen Mithilfe bestehe.

[7] Dem ist der Beteiligte mit Schriftsätzen seines Verfahrensbevollmächtigten vom 1. April 2019 und vom 10. April 2019 entgegen getreten und hat geltend gemacht, die grundsätzliche Zweckrichtung des Vereins, seine Leitidee sei von der beschlossenen Änderung nicht betroffen, sondern bleibe unverändert aufrecht erhalten. Die beschlossene Streichung sei lediglich deshalb erfolgt, um eine Anpassung

an die aktuellen steuerlichen Voraussetzungen zur Anerkennung der Gemeinnützigkeit des Vereins zu schaffen.

[8] Das Amtsgericht hat an seiner Auffassung festgehalten und dem Beteiligten mit Zwischenverfügung vom 26. Juni 2019 eine Frist gesetzt, innerhalb derer die Zustimmungserklärungen der bei der Hauptversammlung nicht erschienenen Mitglieder nachzureichen seien.

[9] Nach erfolglos gebliebenem Fristablauf hat das Amtsgericht den Eintragungsantrag des Beteiligten mit Beschluss vom 26. September 2019 insgesamt zurückgewiesen. Der Eintragung der Änderung von § 2 der Satzung stünde entgegen, dass der Nachweis der Zustimmung aller Vereinsmitglieder zu der beschlossenen Änderung des Vereinszwecks nicht vorgelegt worden sei. Eine Eintragung der Änderung der Satzung durch Einfügung des neuen § 19 scheitere daran, dass diesbezüglich ein neues Satzungsexemplar, welches nur die Einfügung des neuen § 19 enthalten dürfe und im übrigen den alten Satzungstext enthalten müsse, nicht vorliege. Da aber der Beteiligte bereits zum Ausdruck gebracht habe, an seiner Auffassung zur Wirksamkeit der Änderung von § 2 der Satzung festzuhalten, sei nicht damit zu rechnen, dass er ein neues Satzungsexemplar einreichen werde, welches lediglich die als § 19 beschlossene neue Bestimmung enthalte.

[10] Mit seiner Beschwerde vom 21. Oktober 2019 wiederholt und vertieft der Beteiligte seine Auffassung zur Wirksamkeit der beschlossenen Änderung von § 2 der Satzung und führt ergänzend aus, die beschlossene Satzungsänderung betreffe lediglich die Bestimmungen zur Verwirklichung des Vereinszwecks.

[11] Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Düsseldorf mit weiterem Beschluss vom 30. Oktober 2019 zur Entscheidung vorgelegt. Die beschlossene Zweckbeschränkung beeinflusse die Motivation zur Vereinsmitgliedschaft, denn Mitgliedern, deren Hauptanliegen die ideelle Unterstützung sei, könne nicht ohne deren Zustimmung dieses Merkmal entzogen werden. Im übrigen seien Satzungsbestimmung zum Vereinszweck und zu dessen Verwirklichung untrennbar miteinander verbunden; oft ergebe sich der eigentliche Zweck erst aus den Bestimmungen über die Verwirklichung. Dass die Streichung der Worte „ideelle und“ aus steuerlichen Gründen zwingend erforderlich sei, sei nicht dargetan.

[12] Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet

[13] Das Rechtsmittel des Beteiligten ist als befristete Beschwerde nach Maßgabe der §§ 58 ff. FamFG statthaft und auch im übrigen zulässig. Es ist dem Senat nach der vom Amtsgericht ordnungsgemäß ausgesprochenen Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, § 68 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz FamFG.

Die beschlossene Neufassung beinhaltet keine Änderung des Vereinszwecks

[14] Die Beschwerde ist auch begründet. Entgegen der Rechtsauffassung des Amtsgerichts liegt in der beschlosse-

nen Neufassung von § 2 der Satzung des Beteiligten keine Änderung des Vereinszwecks im Sinne von § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB. Ein Nachweis der Zustimmung auch der Mitglieder des Beteiligten, die bei der Jahreshauptversammlung vom 25. September 2018 nicht anwesend waren, ist nicht erforderlich.

Zu den Voraussetzungen einer Satzungsänderung

[15] Die Voraussetzungen, unter denen eine Satzungsänderung wirksam ist, sind in § 33 BGB geregelt. Nach dessen Absatz 1 ist für eine Satzungsänderung eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen notwendig (Satz 1). Soll der in der Satzung festgelegte Zweck des Vereins geändert werden, ist die Zustimmung aller, auch der nicht in der Mitgliederversammlung erschienenen, Mitglieder erforderlich; die nicht erschienenen Mitglieder müssen schriftlich zustimmen (Satz 2). Bei den Vorgaben des § 33 BGB handelt es sich nicht um zwingendes Recht, § 40 BGB; Satzungsvorschriften, die Satzungsänderungen abweichend von § 33 Abs. 1 Satz 1 BGB regeln, gelten für Zweckänderungen indes nur, wenn sich dies aus Wortlaut oder Sinn der einschlägigen Satzungsvorschrift selbst ergibt (Palandt-Ellenberger, BGB, 78. Aufl. 2019, § 33 Rn. 3).

[16] Bei der Beurteilung, ob in einer geänderten Regelung zum Vereinszweck zugleich eine Änderung des Vereinszwecks als solchem zu sehen ist, ist die Satzung des Vereins auszulegen. Diese Auslegung hat objektiv, lediglich aus dem Inhalt der Satzung heraus zu erfolgen; Willensäußerungen der satzungsbeschließenden Vereinsmitglieder oder sonstige, dem Satzungsinhalt nicht zu entnehmende Umstände spielen für die Auslegung keine Rolle (OLG Nürnberg RPflegler 2016, 159).

Nicht jede Änderung einer Satzungsbestimmung zum Vereinszweck ist zugleich eine unter § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB fallende Änderung des Vereinszwecks

[17] Nicht jede Änderung einer Satzungsbestimmung zum Vereinszweck ist zugleich eine unter § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB fallende Änderung des Vereinszwecks. Vereinszweck in diesem Sinne ist vielmehr (nur) der den Charakter des Vereins festlegende oberste Leitsatz der Vereinstätigkeit, also der satzungsmäßig (§ 57 Abs. 1 BGB) festgelegte Zweck, der für das Wesen der Rechtspersönlichkeit des Vereins maßgebend ist und der das Lebensgesetz des Vereins – seine große Linie – bildet, um derentwillen sich die Mitglieder zusammengeschlossen haben und mit dessen Abänderung schlechterdings kein Mitglied bei seinem Beitritt zum Verein rechnen kann (BGHZ 96, 245; OLG Nürnberg a.a.O.; Thüringer OLG, Beschluss vom 22. Juni 2015, 3 W 240/15, veröffentlicht bei juris; OLG Zweibrücken BeckRS 2014, 1588; OLG Hamm FGPrax 2012, 36; Palandt-Ellenberger, a.a.O., § 33 Rn. 3; BeckOK/Schöpflin, BGB, 51. Edition Stand 1. August 2019, § 33 Rn. 7). Geboten ist eine enge Auslegung von § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB, denn eine weite Auslegung des Bereichs, in dem nur einheitliche Beschlüsse aller Mitglieder zulässig sind, entspricht regelmäßig nicht dem Interesse des Vereins und seiner Mitglieder (BGHZ 96, 245; OLG Hamm a.a.O.). Dementsprechend sind auch Zweckergänzungen oder -beschränkungen keine Änderungen im Sinne von § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB, wenn die bisherige Zweckrichtung aufrecht erhalten bleibt (OLG Hamm, a.a.O.; BeckOK/Schöpflin, a.a.O.). Ebenfalls keine Zweckänderung ist die Anpassung der bisherigen Ziele an den Wandel der Zeit und die Zweckverfolgung mit anderen Mitteln (BayObLG NJW-RR 2001, 1260).

Die beschlossene Änderung ist keine Zweckänderung iSd § 33 Abs. 1 S. 2 BGB, sondern als Änderung des Wortlauts einer der Satzungsregelungen zu den Mitteln zur Verfolgung des Vereinszwecks

[18] Nach Maßgabe der vorstehenden Prinzipien ist die am 25. September 2018 beschlossene Streichung der Worte „ideelle und“, die in § 2 im dritten Satz der bisher gültigen Satzung des Beteiligten enthalten sind, nicht als Zweckänderung im Sinne von § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB zu bewerten. Das hat zur Folge, dass sich die Wirksamkeit der zur Eintragung angemeldeten Satzungsänderung nach § 16 der Satzung des Beteiligten richtet und eine ¾ Mehrheit der in der Mitgliederversammlung erschienenen Mitglieder genügt.

[19] In der aktuell als gültig im Vereinsregister eingetragenen Satzungsfassung von § 2 wird im zweiten Satz die Förderung gemeinnütziger Zwecke, insbesondere die Förderung der Jugendhilfe und die Förderung für Zivilbeschädigte und behinderte Menschen als übergreifender Zweck des Beteiligten definiert. Diese Zweckbestimmung wird im dritten Satz von § 2 näher konkretisiert, nämlich dahin dass der Vereinszweck insbesondere durch die ideelle und finanzielle Mithilfe bei der Förderung der Kinder, Jugendlichen und Erwachsenen im ...haus verwirklicht wird. Eine weitere Konkretisierung des Vereinszwecks enthält Satz 4 von § 2 der Satzung, denn dort ist festgehalten, dass die Beschaffung von Mitteln für die Einrichtung ...haus bezweckt ist. Die oberste Leitlinie des Beteiligten, sein Kernzweck, ist folglich darin zu sehen, im Interesse des ...haus tätig zu sein und es zu unterstützen. Ein entsprechendes Verständnis legt auch der Name des Beteiligten nahe, er ist der Förderverein des ...haus.

[20] Den Vereinszweck so verstanden erweist sich die in Rede stehende Satzungsänderung lediglich als eine Änderung des Wortlauts einer der Satzungsregelungen zu den Mitteln zur Verfolgung des Vereinszwecks. In der Sache hat die beschlossene Satzungsänderung indes weder eine Änderung des Vereinszwecks als solchem noch eine Änderung der nach der Satzung zulässigen Mittel zur Verwirklichung des Vereinszwecks zur Folge.

Der Vereinszweck erfährt durch die Neufassung keine als wesentlich oder grundlegend zu bewertende Einschränkung

[21] Anders als es das Amtsgericht meint, erfährt der Vereinszweck dadurch dass in der beschlossenen Neufassung von Satz 3 die Worte „ideelle und“ nicht mehr enthalten sind, keine als wesentlich oder grundlegend zu bewertende Einschränkung. Insbesondere bedeutet die Streichung nicht, dass eine ideelle Mithilfe bei der Förderung künftig nicht mehr stattfinden soll. Entsprechendes ergibt sich bereits aus der – alten wie neuen – Formulierung „der Satzungszweck wird verwirklicht insbesondere durch ...“. Die Verwendung des Wortes „insbesondere“ zeigt, dass es sich bei der in Satz 3 getroffenen Regelung um eine nähere, beispielhafte Aufzählung der Mittel zur Verwirklichung der Leitidee des Beteiligten, der Förderung des ...haus, handelt.

[22] Wenn in § 2 Satz 3 der Satzung nunmehr nur noch ausdrücklich festgehalten ist, dass der Zweck des Beteiligten insbesondere durch die finanzielle Mithilfe bei der Förderung der Menschen im ...haus verwirklicht wird, führt dies nicht dazu, dass der Beteiligte, wenn er andere gemeinnützige, aber nicht ausdrücklich genannte Wege zur Mithilfe bei der Förderung des ...hauses einschlägt, gegen seine

Satzung verstoßen würde. Denn, wie gesagt, einen abschließenden Regelungsgehalt hat Satz 3 auch nach der beschlossenen Neufassung, die nach wie vor die Wendung „insbesondere“ enthält, ersichtlich nicht.

[23] Dass nach dem Vereinszweck auch eine Mithilfe, die über die Bereitstellung von Finanzmitteln hinaus geht, zulässig ist, zeigen auch die übrigen Satzungsbestimmungen, denn in ihnen – alt wie neu – erfolgt keine nähere Eingrenzung bzw. Festlegung bestimmter Aufgaben oder Tätigkeiten des Beteiligten. Die in der Altfassung ausdrücklich genannte ideelle Mithilfe bei der Förderung des ...hauses im Sinne einer Mitwirkung an der grundlegenden Idee der Unterstützung behinderter Menschen, die im ...haus leben und dort versorgt werden, ist auch danach unverändert zulässig.

[24] Ferner spricht auch der Inhalt von § 8 der Satzung des Beteiligten, der von der am 25. September 2018 beschlossenen Änderung nicht erfasst ist, gegen die Würdigung der Änderung als Streichung eines der Kernbestandteile des vom Beteiligten verfolgten Zwecks. § 8 der Satzung – alt wie neu – regelt die Pflichten der Mitglieder des Beteiligten dahin, dass jedes Mitglied verpflichtet ist, sich für die Aufgaben des Vereins einzusetzen und die Mitgliedsbeiträge zu zahlen. Gehört danach zum Pflichtenkreis der einzelnen Mitglieder auch ein – zwar inhaltlich nicht näher definiertes – Engagement, spricht auch das dafür, dass sich die vom Beteiligten bezweckte Förderung des ...hauses auch künftig nicht in der schlichten Bereitstellung von finanziellen Mitteln erschöpfen soll.

Auch der Minderheitenschutz, der dem Einstimmigkeitsprinzip des § 33 Abs. 1 S. 2 BGB zugrunde liegt, gebietet keine andere Auslegung

[25] Schließlich ist auch aus Gründen des Minderheitenschutzes, der dem Einstimmigkeitsprinzip des § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB, zugrunde liegt, keine andere Auslegung geboten (s. zu diesem Gedanken: OLG Hamm a.a.O.). Ein Mitglied, das zum Zeitpunkt der Gültigkeit der Satzungsfassung vom 20. September 2016 eingetreten ist, wollte durch seine Mitgliedschaft das ...haus unterstützen, dies nicht nur in „ideeller“ – geistiger, nicht materieller – Hinsicht, sondern auch in finanzieller Hinsicht, nämlich durch Zahlung von Mitgliedsbeiträgen, die ausschließlich für die satzungsmäßigen Zwecke verwendet werden dürfen (§ 2 Satz 6 und § 7 der Satzung). Ersteres bleibt jedem Mitglied auch nach Maßgabe der Neufassung der Satzung unverändert möglich und wird – wie soeben ausgeführt – in § 8 der Satzung auch vorausgesetzt. Die Mitgliedschaft beim Beteiligten erweist sich unverändert als Engagement für das ...haus. Die Stoßrichtung (vgl. OLG Zweibrücken a.a.O.) der Tätigkeit des Beteiligten, seine spezifische Kontur (vgl. OLG Hamm a.a.O.) bleiben gleich; eine Ausweitung oder eine Eingrenzung der Aufgaben findet nicht statt, finanzielle Auswirkungen auf die Aufgaben des Beteiligten oder auf die Höhe der von den einzelnen Mitgliedern zu entrichtenden Mitgliedsbeiträge hat die beschlossene Änderung auch nicht (vgl. zu diesen Erwägungen: OLG Hamm a.a.O.).

[26] Abschließend ist zu vergegenwärtigen, dass die hiesige Auslegung des Vereinszwecks in einem weit gefassten Sinne der Förderung des ...hauses den Interessen des Beteiligten, seinen Mitgliedern und auch den der unterstützten Einrichtung gerecht wird, denn das hiesige weite Verständnis erlaubt eine flexible Anpassung der Tätigkeit des Beteiligten an die jeweils als förderungswürdig angesehenen Belange.

[27] Die auf der unzutreffenden Rechtsauffassung zur Erforderlichkeit einer Zustimmung sämtlicher Vereinsmit-

glieder zu der beschlossenen Änderung vom § 2 Satz 3 der Satzung beruhende Entscheidung des Amtsgerichts über die Zurückweisung des Eintragungsantrages insgesamt kann daher keinen Bestand haben. Da auch sonstige Eintragungshindernisse nicht ersichtlich sind, gibt der Senat die Sache an das Amtsgericht zur Vornahme der beantragten Eintragungen zurück.

III.

[28] Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Gerichtskosten fallen für das erfolgreiche Rechtsmittel nicht an, §§ 22 Abs. 1, 25 Abs. 1 GNotKG. Eine Anordnung der Erstattung außergerichtlicher Kosten kommt nicht in Betracht, da am Beschwerdeverfahren nur der Beteiligte teilgenommen hat. Eine Wertfestsetzung erübrigt sich ebenso wie eine Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde. ■

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zum Erfordernis familiengerichtlicher Genehmigung bei schenkweiser Übertragung eines Kommanditanteils

(*OLG Schleswig*, Beschluss vom 27.1.2020 – 15 WF 70/19)

BGB §§ 107, 398, 413, 1822 Nr. 3 Alt. 3, 1915 Abs. 1 S. 1

HGB §§ 105, 161, 172 Abs. 4, 176 Abs. 2

FamFG §§ 58 Abs. 1, 111 Nr. 2, 151 Nr. 5

1. Beim schenkweisen Erwerb eines Kommanditanteils geht der Minderjährige im Sinne des § 1822 Nr. 3 3. Var. BGB einen Gesellschaftsvertrag mit den übrigen Gesellschaftern ein.
2. Ob die familiengerichtliche Genehmigung zu erteilen ist, hängt maßgeblich davon ab, ob das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft bei Abwägung aller konkreten Vor- und Nachteile zum Zeitpunkt der Entscheidung insgesamt dem Interesse und Wohl des Kindes entspricht. Bei Eingehung eines Gesellschaftsvertrags ist eine Prognose geboten, bei der unternehmerische und wirtschaftliche Risiken unter Einbeziehung von Zweckmäßigkeitserwägungen zu bewerten sind. Dabei ist allerdings nicht jedes mit der Beteiligung an einem Erwerbsgeschäft verbundene wirtschaftliche Risiko vom Minderjährigen fernzuhalten. Es genügt, wenn im Ganzen gesehen, das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen vorteilhaft ist.

(RNotZ-Leitsätze)

Zur Einordnung

Vor allem die Aussicht auf wiederholte Ausnutzung der schenkungsteuerlichen Freibeträge (§ 16 ErbStG) erklärt, warum vermögende Klienten bisweilen schon frühzeitig Teile ihres Vermögens an die nächste Generation weitergeben möchten. Im Falle einer gewerblich oder auch nur vermögensverwaltend tätigen Familien-KG kann dies bedeuten, dass Kommanditbeteiligungen schenkweise an die noch minderjährigen Kinder oder Enkelkinder übertragen werden sollen.

Der Notar, der mit der Beurkundung und/oder mit dem Handelsregistervollzug eines solchen Vorhabens befasst ist, hat einerseits zu prüfen, ob der beteiligte Minderjährige den Vertrag selbst wirksam abschließen kann oder

ob er vertreten werden muss und wer ihn ggf. vertreten darf (dazu näher OLG Köln RNotZ 2018, 494 [496 f.] m. Einordn. d. Schriftltg.; OLG Bremen RNotZ 2008, 625 f.; *Maier-Reimer/Marx* NJW 2005, 3025 ff.). Andererseits stellt sich die Frage, ob zur Wirksamkeit des Geschäfts eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich ist. Nach §§ 1643 Abs. 1 bzw. 1915 Abs. 1 S. 1 BGB jeweils iVm § 1822 Nr. 3 3. Var. BGB ist dies der Fall für einen Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird. Erwerbsgeschäft ist jede auf Dauer angelegte, berufsmäßig mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübte und auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit (BayObLG DNotZ 1995, 941 [942]; Palandt/Götz, BGB, 79. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 5). Die Grenzen zur hiervon nicht erfassten privaten Vermögensverwaltung sind fließend, wobei die aus dem Einkommensteuerrecht bekannten Kriterien nicht auch hier zugrunde zu legen sind. Bereits ein langjähriges Bestehen der Gesellschaft, ein großes Ausmaß des von der Gesellschaft gehaltenen Vermögens oder der mit ihr verfolgte Zweck, Grundbesitz erheblichen Umfangs zwecks Verwaltung und Verwertung zu erwerben, können im Einzelfall für ein Erwerbsgeschäft iSd Vorschrift sprechen (vgl. OLG Nürnberg MittBayNot 2015, 235 [237]; BayObLG DNotZ 1995, 941 [943]; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 22). Nach überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum ist gem. § 1822 Nr. 3 3. Var. BGB nicht nur der zwecks Gründung geschlossene Gesellschaftsvertrag, sondern – im Hinblick auf die vergleichbare Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen – auch der Beteiligungserwerb an einer bereits existierenden Gesellschaft genehmigungsbedürftig (OLG Oldenburg MittBayNot 2020, 269 mAnm *Menzel*; OLG Frankfurt am Main RNotZ 2008, 627; OLG Zweibrücken ZEV 2001, 76 f.; OLG Bremen MittRhNotK 1999, 284; BayObLG BeckRS 2010, 26658; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 23; *Ivo* ZEV 2005, 193 [195 f.]; *Reimann* DNotZ 1999, 179 [190 f.]; aA jedoch *Wachter* EWiR 2020, 555 [556]; *Damrau* ZEV 2000, 209 ff.). Ob und unter welchen Voraussetzungen der Erwerb einer Kommanditbeteiligung für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft und aufgrund dessen ggf. gar nicht erst genehmigungsbedürftig ist, wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt (OLG Köln RNotZ 2018, 494 [496 f.] m. Einordn. d. Schriftltg. und OLG Bremen RNotZ 2008, 625 [626] halten lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit für möglich, anders hingegen OLG Oldenburg MittBayNot 2020, 269 [270 f.] und OLG Frankfurt am Main RNotZ 2008, 627 f.).

In der hier mitgeteilten Entscheidung wendet das OLG Schleswig die vorstehend genannten Grundsätze auf die Übertragung von Kommanditanteilen an einer Familien-Holding an, die ihrerseits an mehreren Gesellschaften mit operativem Geschäft in den Bereichen Elektroinstallation, Hotel- und Restaurantbetrieb sowie Immobilienvermietung beteiligt ist. Es bejaht insoweit den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts iSd § 1822 Nr. 3 3. Var. BGB und geht aufgrund ausführlicher Auslegung im Einklang mit der hM davon aus, dass auch der derivative Beteiligungserwerb durch den Minderjährigen genehmigungsbedürftig ist. Eine rechtliche und/oder wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit der aufschiebend auf die Handelsregistereintragung bedingten Übertragung des vollgezählten Kommanditanteils vermag nach Auffassung des Gerichts nicht schon die Genehmigungbedürftigkeit entfallen lassen, sondern ist erst im Rahmen der Geneh-

migungsfähigkeit als Abwägungskriterium zu berücksichtigen.

Die Entscheidung erinnert daran, dass der Anwendungsbereich des § 1822 Nr. 3 3. Var. BGB nach wie vor nicht höchstrichterlich geklärt ist und die Abgrenzung zwischen erwerbswirtschaftlichen und vermögensverwaltenden Gesellschaften in Grenzfällen mit Unsicherheiten verbunden ist. Die Empfehlung für die Praxis lautet, im Zweifel von einer weiten Auslegung der Vorschrift auszugehen und schon bei *möglicher* Genehmigungbedürftigkeit auf die Einholung einer familiengerichtlichen Genehmigung hinzuwirken. Ergeht ein Negativattest des Familiengerichts, kann – wie der vorliegende Fall zeigt – die Entscheidung des kollegial besetzten Beschwerdegerichts eingeholt werden. Möglicherweise bannt dies etwaige Gefahren einer Notarhaftung, sollte ein anderes Gericht später doch von Genehmigungbedürftigkeit und damit von der Unwirksamkeit eines genehmigungslos geschlossenen Vertrags ausgehen (vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 19 Rn. 115 mwN).

Die Schriftleitung (JHB)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Der Antragsteller ist der am ... 2004 geborene Sohn der weiteren Beteiligten. Er begehrt die familiengerichtliche Genehmigung der schenkweisen Übertragung einer Gesellschaftsbeteiligung seines Vaters auf ihn.

[2] Der Kindesvater ist gemeinsam mit seinem Bruder ... Kommanditist der ... GmbH & Co. KG (nachfolgend: Gesellschaft), die im Handelsregister des Amtsgerichts ... unter der Nummer ... eingetragen und zugleich Alleingesellschafterin der Komplementärin, der ... Verwaltungsgesellschaft mbH, ist. Nach § 3 Abs. 3 des zugrundeliegenden Gesellschaftsvertrages (nachfolgend „GV“) beträgt die Hafteinlage jeweils ... €. Gesellschafter kann nur ein Angehöriger der Familienstämme ... sein (§ 10 Abs. 1 GV). Dementsprechend ist die Ausübung von Stimm- und Zustimmungsrechten an den jeweiligen Familienstamm gebunden (§ 10 Abs. 2 ff. GV) und die Verfügung über Geschäftsanteile auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt (§ 15 GV). Die Gesellschaft ist auf unbestimmte Zeit geschlossen (§ 14 Abs. 1 Satz 1 GV). Der ordentliche Austritt aus der Gesellschaft ist erstmals mit Ablauf des zehnten Geschäftsjahres als Gesellschafter zulässig (§ 14 GV). Der Eintritt der Volljährigkeit berechtigt den Gesellschafter zur Kündigung aus wichtigem Grund (§ 16 Abs. 8 GV). Gesellschaftszweck ist nach § 2 GV die Verwaltung eigenen Vermögens, insbesondere die Beteiligung an anderen Gesellschaften sowie die Tätigkeit als geschäftsleitende (Familien-) Holding. Die Gesellschaft ist alleinige Kommanditistin der Elektro ... GmbH & Co. KG, der Hotel ... GmbH & Co. KG und der ... I. GmbH & Co. KG. Bei diesen Gesellschaften handelt es sich um Besitzgesellschaften, in denen sich der jeweilige Immobilienbestand befindet. Die drei Kommanditgesellschaften sind zudem alleinige Gesellschafterinnen der jeweiligen Komplementär-GmbH. Die Elektro ... GmbH ist als Elektroinstallationsbetrieb mit Elektrofachhandel tätig. Die Hotel ... GmbH betreibt ein Hotel mit Restaurant. Die ... I. GmbH & Co. KG ist im Bereich der Immobilienvermietung tätig. Die drei Kommanditgesellschaften erzielten im Jahr 2018 aus Vermietung und Verpachtung einen Gewinn in Höhe

von insgesamt ... €; die Gesellschaft selbst erzielte einen Gewinn in Höhe von ... €. Am Gewinn und Verlust der Gesellschaft nehmen die Gesellschafter im Verhältnis ihrer Kapitalanteile teil (§ 21 Abs. 1 GV). Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den eingereichten Gesellschaftsvertrag Bezug genommen.

[3] Mit Schreiben vom 15. Januar 2019 hat der für das minderjährige Kind bestellte Ergänzungspfleger die familiengerichtliche Genehmigung des an demselben Tag geschlossenen Übertragungsvertrages beantragt, mit dem der Kindesvater seinem Sohn, dem Antragsteller, aus seiner Beteiligung an der Gesellschaft einen Anteil am Kommanditkapital (Haft einlage) schenkweise als Maßnahme vorweggenommener Erbfolge überträgt. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 des Übertragungsvertrages entspricht dieser Anteil einer Kommanditeinlage in Höhe von ... €, die zugleich Haftsumme und Kapitalanteil des Antragstellers darstellt. Das eingetragene Haftkapital des Kindesvaters in Höhe von ... € ist voll eingezahlt sowie durch Verluste oder Entnahmen nicht gemindert (Präambel des Übertragungsvertrages). Die Kommanditeinlage des Antragstellers wird nach § 1 Abs. 2 des Übertragungsvertrages in der Weise erbracht, dass der Betrag zu Lasten des Kapitalanteils des Kindesvaters der Kommanditeinlage des Antragstellers gutgeschrieben wird. Die Übertragung erfolgt aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt, in dem die Eintragung des Antragstellers als Kommanditist sowie ein entsprechender Rechtsnachfolgevermerk im Handelsregister erfolgt bzw. eingetragen ist (§ 1 Abs. 3 Übertragungsvertrag). Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den eingereichten Übertragungsvertrag vom 15. Januar 2019 (...) verwiesen.

[4] Das Amtsgericht – Familiengericht – Schleswig hat mit Beschluss vom 20. Februar 2019 festgestellt, dass der Vertrag keiner familiengerichtlichen Genehmigung bedürfe, weil die Gesellschaft nicht den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts im Sinne von § 1822 Nr. 3 BGB bezwecke; Gegenstand sei die Verwaltung eigenen Vermögens.

[5] Hiergegen richtet sich die am 8. März 2019 eingegangene Beschwerde des durch den Ergänzungspfleger vertretenen Kindes, mit dem die Aufhebung des familiengerichtlichen Beschlusses und die Erteilung der Genehmigung begehrt wird. Zur Begründung wird ausgeführt, dass die Frage einer Genehmigungsbedürftigkeit der Übertragung von Kommanditanteilen auf Minderjährige obergerichtlich unterschiedlich beurteilt werde. Jedenfalls sei zumindest vorsorglich die familiengerichtliche Genehmigung zu erteilen, um dem Interesse des Antragstellers Rechnung zu tragen.

[7] Auf Nachfrage des Senats hat der Antragsteller im Beschwerdeverfahren weitere Angaben zu den Beteiligungen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Gesellschaft gemacht.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg

[7] Die Beschwerde des Antragstellers ist zulässig und hat in der Sache Erfolg.

Die Beschwerde ist statthaft

[8] 1. Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist gemäß § 111 Nr. 2, § 151 Nr. 5, § 58 Abs. 1 FamFG statthaft. Da es sich um ein Verfahren handelt, das die Pfl

enschaft für einen Minderjährigen betrifft, sind die Vorschriften des Verfahrens in Kindschaftssachen anzuwenden und ausschließlich die Familiengerichte zuständig (Münch-Komm-BGB/Schwab, 7. Aufl., § 1915 Rn. 9). Die Verweigerung der Genehmigung im Sinne der § 1915 Abs. 1 Satz 1, § 1822 Nr. 3 BGB ist als Endentscheidung des Familiengerichts mit der Beschwerde anfechtbar (vgl. Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 22. März 2013 – 2 WF 26/13, FamRZ 2014, 140 – juris Rn. 11). Beschwerdeberechtigt ist gemäß § 59 Abs. 1, § 60 FamFG auch das Kind, das – wie hier – wirksam vertreten durch den Ergänzungspfleger Beschwerde einlegen kann (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 14. Juni 2012 – 6 UF 148/11, FamRZ 2012, 1961 – juris Rn. 8 f). Die gemäß § 61 Abs. 1 FamFG erforderliche Beschwerdesumme ist erreicht. Die angefochtene Entscheidung beschwert den Antragsteller in Höhe von mehr als 600 €. Die familiengerichtliche Feststellung, dass der Anteilserwerb nicht genehmigungsbedürftig sei (sog. Negativattest), steht der familiengerichtlichen Genehmigung nicht gleich (BGH, Urteil vom 30. November 1965 – V ZR 58/63, BGHZ 44, 325, 327 f. – juris Rn. 26 ff.). Sie hat keinen Einfluss auf die materielle Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts (MüKo-BGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl., § 1828 Rn. 24; jurisPK-BGB/Lafontaine, 9. Aufl., § 1828 Rn. 119). Ihr kommt auch keine Tatbestandswirkung zu, so dass es nicht ausgeschlossen ist, dass die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit nachfolgend abweichend beurteilt und das Rechtsgeschäft wegen Fehlens einer Genehmigung als unwirksam bewertet wird (Staudinger/Veit, BGB, 2014, § 1828 Rn. 49 f.; vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 14. Januar 1999 – 3 W 253/98, FamRZ 2000, 117, 119). Das negativ beschiedene Interesse des Antragstellers an der Genehmigung des Anteilserwerbs bemisst sich nicht nach dem Nennbetrag des zu übertragenden Kommanditanteils von ... €, sondern nach den mit der Beteiligung an der Gesellschaft verbundenen Vermögensvorteilen. Diese schätzt der Senat im Hinblick darauf, dass die Gesellschaft nach den Angaben des Antragstellers über nicht unerhebliches Immobilienvermögen verfügt, darunter auch gewerblich nutzbare Immobilien, auf einen Betrag von jedenfalls mehr als 600 €.

Die Beschwerde ist begründet

[9] 2. Die Beschwerde des Antragstellers ist begründet. Die schenkweise Übertragung des Kommanditanteils an der Gesellschaft vom Kindesvater auf den Antragsteller mit Vertrag vom 15. Januar 2019 ist gemäß § 1915 Abs. 1 Satz 1, § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB genehmigungsbedürftig. Die familiengerichtliche Genehmigung ist zu erteilen.

Der Vertrag, durch den der Vater seinem minderjährigen Sohn einen Kommanditeil an der Familien-Holding überträgt, ist gem. § 1822 Nr. 3 3. Var. BGB genehmigungsbedürftig

[10] a) Der Abschluss des Vertrages über den Erwerb der Beteiligung an der bestehenden Gesellschaft bedarf der familiengerichtlichen Genehmigung. Der Antragsteller geht hiermit einen Gesellschaftsvertrag zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts im Sinne des § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB ein. Dass mit dem Beteiligungserwerb aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Erwerbsvorgangs und der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an der Gesellschaft nur ein geringes wirtschaftliches Risiko für den Antragsteller verbunden ist, hat allein auf der Rechtsfolgenseite bei der Frage der Genehmigungsfähigkeit im Rahmen der Gesamtabwägung aller mit dem Erwerbsvorgang verbundenen Vor- und Nachteile Bedeutung.

Die Kommanditgesellschaft betreibt ein Erwerbsgeschäft

[11] aa) Die Gesellschaft, an der die Beteiligung erworben wird, betreibt ein Erwerbsgeschäft im Sinne des § 1822 Nr. 3 BGB.

[12] (1) Maßgeblich ist, ob der Gesellschaftsvertrag inhaltlich auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist (OLG München, Beschluss vom 4. Januar 2018 – 2 WF 1509/17, juris Rn. 14; OLG Dresden, Beschluss vom 25. April 2018 – 17 W 160/18, NZG 2018, 1108 – juris Rn. 10 mwN). Ein Erwerbsgeschäft ist jede regelmäßig ausgeübte, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit (jurisPK-BGB/Lafontaine, 9. Aufl., § 1822 Rn. 40; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 15. Aufl., § 1822 Rn. 5 a) unabhängig von ihrer Art (RGRK-BGB/Dickescheid, 12. Aufl., § 1822 Rn. 11), die mit dem Willen zur Gewinnerzielung erfolgt und auf eine gewisse Dauer angelegt ist (BayObLG, Beschluss vom 6. Juli 1995 – 1Z BR 157/94, FamRZ 1996, 119, 121 – juris Rn. 15; OLG München, Beschluss vom 6. November 2008 – 31 Wx 76/08, NZG 2009, 104 – juris Rn. 7; OLG München, Beschluss vom 4. Januar 2018, aaO – juris Rn. 14). Die Voraussetzungen sind bei der Verwaltung privaten Vermögens, insbesondere Grundbesitzes, nicht in jedem Fall gegeben. Anders liegt es bei einer Gesellschaft, deren Gegenstand die Verwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert ist (OLG München, Beschluss vom 6. November 2008, aaO).

[13] (2) Nach diesem Maßstab ist ein Erwerbsgeschäft gegeben. Die Gesellschaft hält neben den Anteilen an ihrer Komplementärin entsprechend ihrem Gesellschaftszweck 100 %-ige Beteiligungen an drei Kommanditgesellschaften, die ihrerseits Immobilien besitzen, verpachten und vermieten. Die ... I. GmbH & Co. KG ist im Bereich der Immobilienvermietung tätig und erzielte hieraus in 2018 einen Gewinn in Höhe von ... €. Die Elektro ... GmbH ist ein Elektroinstallationsbetrieb mit Elektrofachhandel; an ihr ist die Gesellschaft vermittelt durch die 100 %-ige Kommanditistenstellung in der Elektro ... GmbH & Co. KG beteiligt. Der Gewinn dieser Kommanditgesellschaft betrug im Jahr 2018 ... €. Die Hotel ... GmbH betreibt ein Hotel mit Restaurant; an ihr ist die Gesellschaft vermittelt durch die 100 %-ige Kommanditistenstellung in der Hotel ... GmbH & Co. KG beteiligt. Der Gewinn dieser Kommanditgesellschaft belief sich im Jahr 2018 auf ... €. Die Verwaltung solcher Vermögenswerte sowie die – mittelbar – betriebene operative wirtschaftliche Tätigkeit überschreitet eine bloße private Vermögensverwaltung. Sie kommt nach Art und Umfang einer geschäftsmäßigen, beruflichen Tätigkeit gleich und erfordert den Abschluss von Rechtsgeschäften mit den daraus folgenden – abstrakten – Haftungsrisiken (vgl. BayObLG, Beschluss vom 5. März 1997 – 1Z B 210/96, FamRZ 1997, 842 – juris Rn. 16; LG Aachen, Beschluss vom 21. Juni 1993 – 3 T 128/93, NJW-RR 1994, 1319, 1321; OLG München, Beschluss vom 6. November 2008, aaO – juris Rn. 7; Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 22. März 2013 – 2 WF 26/13, FamRZ 2014, 140 – juris Rn. 24 und 35; OLG Nürnberg, Beschluss vom 16. Dezember 2014 – 11 WF 1415/14, FamRZ 2015, 1407 – juris Rn. 26; OLG Dresden, Beschluss vom 25. April 2018 – 17 W 160/18, NZG 2018, 1108 – juris Rn. 12; OLG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2019 – 12 W 53/19, NZG 2019, 1059 – juris Rn. 15; Lüdecke, NJOZ 2018, 681, 684; Staudinger/Veit, BGB, 2014, § 1822 Rn. 75 f. mwN; jurisPK-BGB/Lafontaine, aaO § 1822 Rn. 46 ff.; für Familiengrundstücksgesellschaften BeckOK-BGB/Bettin, Stand 1. August 2019, § 1822 Rn. 12).

Mit Erwerb des Kommanditanteils geht der Minderjährige iSd § 1822 Nr. 3 3. Var. BGB einen Gesellschaftsvertrag ein

[14] bb) Mit Annahme der ihm schenkweise überlassenen Beteiligung geht der Antragsteller einen Gesellschaftsvertrag mit den anderen Gesellschaftern der Gesellschaft im Sinne des § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB ein.

Ob auch der derivative Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung als Eingehung eines Gesellschaftsvertrages anzusehen ist, ist höchstrichterlich noch nicht geklärt, aber bei Auslegung des Genehmigungserfordernisses zu bejahen

[15] (1) Ob unter den Begriff der Eingehung eines Gesellschaftsvertrages auch vertragliche Erklärungen fallen, als deren Folge der Minderjährige Gesellschafter einer bereits bestehenden Gesellschaft wird, ist höchstrichterlich noch nicht geklärt. Die Frage ist bei Auslegung des § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB nach Wortlaut, Gesetzgebungsgeschichte, Systematik sowie Sinn und Zweck jedenfalls für Personengesellschaften wie die Kommanditgesellschaft zu bejahen (wie hier OLG Bremen, Beschluss vom 24. Februar 1999 – 4 UF 16/99, NZG 1999, 588 – juris Rn. 2; OLG Frankfurt, Beschluss vom 27. Mai 2008 – 20 W 123/08, NZG 2008, 749 – juris Rn. 7; OLG Oldenburg, aaO – juris Rn. 14; für den Eintritt in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts LG Aachen, Beschluss vom 21. Juni 1993 – 3 T 128/93, NJW-RR 1994, 1319, 1321; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 14. Januar 1999 – 3 W 253/98, FamRZ 2000, 117, 119; für analoge Anwendung OLG München, Beschluss vom 4. Januar 2018 – 2 WF 1509/17, juris Rn. 13; letztlich offengelassen von OLG Dresden, aaO – juris Rn. 9 f.; MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, 7. Aufl., § 1822 Rn. 22; BeckOK-BGB/Bettin, aaO § 1822 Rn. 12 – für Beitritt; wohl auch Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl., § 1822 Rn. 22 – jedenfalls bei Gesellschafterwechsel durch Vertrag; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 15. Aufl., § 1822 Rn. 13 b – Beitritt zu Personengesellschaft genehmigungsbedürftig; skeptisch jurisPK-BGB/Lafontaine, aaO § 1822 Rn. 84; Staudinger/Veit, aaO § 1822 Rn. 80; ablehnend Damrau, ZEV 2000, 209, 210 und Wachter GmbHR 2019, 1122, 1125 f.).

Grammatikalische Überlegungen

[16] (a) Nach seinem Wortlaut erfasst § 1822 Nr. 3 Fall 3 die Eingehung eines Gesellschaftsvertrages, also die Abgabe einer Willenserklärung gerichtet auf den Abschluss eines Vertrages, durch den sich – wie § 705 BGB legal definiert – die Gesellschafter gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks – hier der gemeinsame Betrieb eines Erwerbsgeschäfts – in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern. Die Rechtsposition eines (Mit-)Gesellschafters mit den daran anknüpfenden Rechten und Pflichten gegenüber den anderen Gesellschaftern erlangt der Minderjährige als Folge seiner Willenserklärung nicht ausschließlich dann, wenn er an der Errichtung der Gesellschaft mitwirkt, sondern in gleicher Weise, wenn er die Erklärung zu einem späteren Zeitpunkt abgibt, zu dem die Gesellschaft bereits errichtet ist.

Gesetzgebungsgeschichtliche Überlegungen

[17] (b) Der tatbestandlichen Anknüpfung von § 1822 Nr. 3 Fall 3 an die „Eingehung“ eines Gesellschaftsvertrages lässt sich auch bei historischer Auslegung nicht entnehmen, dass der Eintritt des Minderjährigen in eine Personengesellschaft infolge eines Gesellschafterwechsels von der gesetzlichen Regelung bewusst nicht erfasst sein sollte. Die Gesetzgebungsmaterialien (vgl. Mugdan, Die gesamten

Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1899, IV. Band, S. 607 zu § 1674 Nr. 14 des Entwurfs) treffen insoweit keine Aussage.

[18] (aa) Zwar stellt die auch bei der Personengesellschaft mögliche Anteilsübertragung als solche keinen Gesellschaftsvertrag mit den vorhandenen Gesellschaftern dar, sondern ein Verfügungsgeschäft zwischen dem Altgesellschafter und dem Neugesellschafter nach §§ 398, 413 BGB, kraft dessen der Altgesellschafter seine Mitgliedschaft auf den Neugesellschafter überträgt (hierzu MünchKomm-HGB/K. Schmidt, 4. Aufl., § 104 Rn. 210). Allerdings fand der historische Gesetzgeber das damals herrschende gesellschaftsrechtliche Verständnis vor, wonach sich ein Gesellschafterwechsel bei der Personengesellschaft mittels getrennter vertraglicher Vereinbarungen der übrigen Gesellschafter mit dem ausscheidenden Gesellschafter und mit dem neu eintretenden Gesellschafter vollzieht, die in Form eines Doppelvertrages miteinander verbunden werden können (vgl. Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl., § 105 Rn. 288; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 45 III 2. a); jeweils mwN). Der Eintritt des Minderjährigen infolge eines Gesellschafterwechsels setzte jedenfalls auch den Abschluss eines Vertrages durch den Minderjährigen mit den anderen Gesellschaftern voraus.

[19] Zudem erfordert die Übertragung der Beteiligung an einer Personengesellschaft auf eine andere Person auch nach dem neueren Verständnis wegen des höchstpersönlichen Charakters des Zusammenschlusses, dem durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Vertrauensverhältnis und zum Schutz der übrigen Gesellschafter, denen der einzelne Gesellschafter nicht an seiner Stelle einen Dritten als Vertragspartner aufzwingen können soll, stets eine Willensübereinstimmung aller Gesellschafter, sofern diese nicht einvernehmlich abweichendes geregelt haben (bereits BGH, Urteil vom 28. April 1954 – II ZR 8/53, BGHZ 13, 179, 183 f. – juris Rn. 11 f.; vgl. auch BGH, Urteil vom 8. November 1965 – II ZR 223/64, BGHZ 44, 229, 231 – juris Rn. 11; für die GbR jurisPK-BGB/Bergmann, 9. Aufl., § 719 Rn. 7; für die oHG Staub/Schäfer, aaO § 105 Rn. 294; für die KG Staub/Casper, aaO § 161 Rn. 56; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, aaO § 105 Rn. 213 und § 173 Rn. 24; allgemein Wertenbruch, aaO Rn. 215; hierauf stellt für § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB auch ab OLG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2019 – 12 W 53/19, NZG 2019, 1059 – juris Rn. 6 und 14). Denn die Abtretung eines Gesellschaftsanteils greift in ein bestehendes Vertragsverhältnis ein (BGH, Urteil vom 28. April 1954, aaO S. 184 – juris Rn. 12); sie betrifft die Bestimmung der Mitgesellschafter als Vertragspartner und damit eine wesentliche Vertragsbedingung (OLG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2019 – juris Rn. 6). Eine solche Änderung des Vertragsverhältnisses bedarf, wenn hierzu nicht schon im Gesellschaftsvertrag eine generelle Zustimmung oder eine Zustimmung für besondere Fälle erteilt wurde, der Zustimmung der davon betroffenen Vertragspartner (BGH, Urteil vom 28. April 1954, aaO S. 184 – juris Rn. 12).

[20] (bb) Mit dem Erfordernis einer allseitigen Zustimmung unterscheidet sich die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer Personengesellschaft von der Übertragung von Geschäftsanteilen an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, für die der Bundesgerichtshof die Anwendbarkeit des § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB verneint hat. Da bei den körperschaftlich strukturierten Kapitalgesellschaften die Geschäftsanteile grundsätzlich frei übertragbar sind und eine Zustimmung der Gesellschafter nur ausnahmsweise erforderlich ist (Vinkulierung nach § 15 Abs. 5 GmbHG,

§ 68 Abs. 2 AktG; Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 105 Rn. 215), können die Erwägungen des Bundesgerichtshofs nicht auf die Personengesellschaft übertragen werden (so auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 27. Mai 2008 – 20 W 123/08, NZG 2008, 749 – juris Rn. 8).

Teleologische Überlegungen

[21] (c) Sinn und Zweck der Regelung in § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB erfordern die gerichtliche Prüfung jedenfalls auch beim Eintritt des Minderjährigen in eine Personengesellschaft wie die Kommanditgesellschaft im Streitfall. Der vom Gesetzgeber mit dem Genehmigungserfordernis bezweckte besondere Schutz des Minderjährigen im Zusammenhang mit dem gemeinschaftlichen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ist in gleicher Weise geboten, wenn der Minderjährige die gesellschaftsvertragliche Verpflichtung erst nach Errichtung der Gesellschaft einget.

[22] (aa) § 1822 Nr. 3 BGB soll das mit dem Betrieb eines Erwerbsgeschäfts verbundene – abstrakte – Risiko von Schäden oder Nachteilen für das Vermögen des Mündels bzw. Minderjährigen erfassen (BGH, Urteil vom 28. Januar 1957 – III ZR 155/55, WM 1957, 426 ff. – juris Rn. 27; vgl. auch BGH, Urteil vom 28. Januar 2003 – X ZR 199/99, DNotZ 2004, 152 – juris Rn. 29). Die §§ 1822 f. BGB greifen eine Reihe besonders bezeichneter Geschäfte im Hinblick auf ihre – abstrakt – gefährliche oder sonst bedenkliche Natur oder im Hinblick auf die Wichtigkeit des betroffenen Vermögensgegenstandes als genehmigungspflichtig heraus (vgl. BGH, Urteil vom 30. April 1955 – II ZR 202/53, BGHZ 17, 160, 163 – juris Rn. 11; vom 20. Februar 1989 – II ZR 148/88, BGHZ 107, 24, 30 – juris Rn. 13; für die Regelung insgesamt Mugdan, aaO S. 575 f. zu § 1649 des Entwurfs und S. 602 zu § 1674 des Entwurfs). Es handelt sich um Geschäfte, die wegen ihrer Wichtigkeit für das Wohl des Mündels bzw. des Minderjährigen einer besonders sorgfältigen Prüfung bedürfen (Mugdan, aaO S. 1095 Prot. zu § 1674). Der Schutz Minderjähriger durch das Erfordernis der Genehmigung bezieht sich nur auf diese abstrakt umschriebenen bedeutsamen Geschäfte; bei konkreten Gefahren für das Kindesvermögen besteht eine Befugnis des Gerichts zum Einschreiten auf der Grundlage des § 1667 BGB (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Mai 1986 – 1 BvR 1542/84, NJW 1986, 1859, 1860 f.).

[23] (bb) Diesem Schutzzweck entsprechend zählt § 1822 Nr. 3 BGB bestimmte vom Gesetzgeber als genehmigungsbedürftig angesehene Kategorien von Rechtsgeschäften (vgl. Mugdan, aaO S. 602) mit Bezug zum Erwerbsgeschäft auf (entgeltlicher Erwerb, Veräußerung, Eingehung eines Gesellschaftsvertrages). Mit dem 3. Fall – der Eingehung eines Gesellschaftsvertrages zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts – soll die besondere Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen im Hinblick auf die dauerhafte gesellschaftsrechtliche Bindung von Person und Vermögen des Minderjährigen und das besondere Haftungsrisiko erfasst werden, das sich aus der gemeinsamen unternehmerischen Tätigkeit mit anderen sowie aus der gegenüber Dritten unbeschränkten Vertretungsmacht der vertretungsberechtigten Gesellschafter ergibt (vgl. BayObLG, Beschluss vom 6. Juli 1995, aaO – juris Rn. 16; jurisPK-BGB/Lafontaine, aaO § 1822 Rn. 70). Deshalb unterscheidet Nr. 3 Fall 3 für die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit auch nicht danach, ob sich die Eingehung des Gesellschaftsvertrages selbst für den Minderjährigen entgeltlich oder unentgeltlich gestaltet (jurisPK-BGB/Lafontaine, aaO).

[24] (cc) Das mit dem gemeinschaftlichen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erfasste abstrakte Risiko besteht für den Minderjährigen unabhängig davon, ab welchem Zeitpunkt dieser gemeinschaftliche Betrieb aufgenommen wird. Die Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen hängt insbesondere nicht von dem – zufälligen – Zeitpunkt des Erwerbs seiner Stellung als Mitgesellschafter ab. Maßgeblich ist, ob dem Minderjährigen infolge der Eingehung von gesellschaftsrechtlichen Bindungen bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ein gewisses Unternehmerrisiko aufgebürdet wird (BayObLG, Beschluss vom 6. Juli 1995 – 1Z BR 157/94, FamRZ 1996, 119, 121 – juris Rn. 16), ob er also als Mitinhaber des Erwerbsgeschäfts erscheint, d. h. am wirtschaftlichen Risiko des Betriebes (abstrakt) beteiligt wird (vgl. BGH, Urteil vom 30. April 1955 – II ZR 202/53, BGHZ 17, 160, 164 f. – juris Rn. 13; vom 28. Januar 1957, aaO – juris Rn. 26 f.).

[25] (dd) Dieses abstrakte Risiko besteht auch bei dem Eintritt in eine bestehende Kommanditgesellschaft, ohne dass es auf die konkrete Ausgestaltung der Beteiligung ankäme (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 27. Mai 2008 – 20 W 123/08, NZG 2008, 749 – juris Rn. 6 für die unentgeltliche Übertragung eines KG-Anteils).

[26] Der Bundesgerichtshof hat bereits frühzeitig betont, dass sich die Stellung eines Kommanditisten angesichts der vielfältigen Erscheinungsformen der Kommanditgesellschaften im Wirtschaftsleben nicht auf eine reine (einmalige) Kapitalbeteiligung beschränken lässt (BGH, Urteil vom 30. April 1955 – II ZR 202/53, BGHZ 17, 160, 163 f. – juris Rn. 12 f.; RGRK-BGB/Dickescheid, 12. Aufl., 1999, § 1822 Rn. 24). Für die Anwendbarkeit des § 1822 Nr. 3 BGB kommt es aber nicht darauf an, wie die Kommanditgesellschaft oder der zum Anteilerwerb führende rechtsgeschäftliche Übertragungsvorgang im jeweiligen Einzelfall ausgestaltet ist. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hätte eine differenzierte, auf den jeweiligen Einzelfall abstellende Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der Rechtsunsicherheit für das Rechts- und Wirtschaftsleben unheilbare Folgen und stünde mit dem Grundgedanken dieser Bestimmungen nicht im Einklang (BGH, Urteil vom 30. April 1955, aaO S. 163 – juris Rn. 11). Das entscheidende Gewicht bei der Anwendung und Auslegung der §§ 1822 f. BGB ist deshalb darauf zu legen, dass sie für den Rechtsverkehr eine praktisch klare Handhabung ermöglichen (grundlegend BGH, Urteil vom 30. April 1955, aaO S. 163 – juris Rn. 11). Der Kreis der genehmigungspflichtigen Geschäfte ist formal und nicht nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu bestimmen (BGH, Urteil vom 20. Februar 1989 – II ZR 148/88, BGHZ 107, 24, 30 – juris Rn. 13; vom 28. Januar 2003 – X ZR 199/99, DNotZ 2004, 152 – juris Rn. 29).

[27] Ob und in welchem Ausmaß sich das abstrakte Risiko etwa im Hinblick auf eine Verlustbeteiligung aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Erwerbsvorgangs und der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung im Einzelfall überhaupt realisieren kann, ist deshalb nicht bei den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1822 Nr. 3 BGB zu untersuchen (in diesem Sinne auch OLG Dresden, Beschluss vom 25. April 2018 – 17 W 160/18, NZG 2018, 1108 – juris Rn. 13; anders aber im Ergebnis OLG Bremen, Beschluss vom 16. Juni 2008 – 2 W 38/08, FamRZ 2009, 621 – juris Rn. 21, das bereits die Genehmigungspflicht verneint; ähnlich OLG Jena, Beschluss vom 22. März 2013 – 2 WF 26/13, FamRZ 2014, 140 – juris Rn. 19; OLG Köln, Beschluss vom 26. März 2018 – 4 Wx 2/18, NZG 2018, 1187 Rn. 8 ff). Im Interesse des mit

§ 1822 BGB verfolgten Minderjährigenschutzes bedarf es vielmehr einer sorgfältigen gerichtlichen Prüfung, die auf der Rechtsfolgenseite im Rahmen der Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit vorzunehmen ist (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 2003, aaO – juris Rn. 30; OLG Dresden, Beschluss vom 25. April 2018, aaO – juris Rn. 13). Die mit dem Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung verbundene Beschränkung der rechtlichen Handlungs- und Entscheidungsbefugnis von Vormund und Kindeseltern ist geringfügig und zum Schutz des Minderjährigen verfassungsrechtlich geboten (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Mai 1986, aaO). Auch in Fällen, in denen das betreffende Rechtsgeschäft aufgrund seiner konkreten Ausgestaltung kein wirtschaftliches oder rechtliches Risiko für den Minderjährigen bedeutet, wird der Vermögensstatus der Beteiligten nicht dadurch beeinträchtigt, dass die gerichtliche Entscheidung über die Genehmigung abgewartet werden muss (vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 1984 – II ZR 223/83, BGHZ 92, 259, 267 – juris Rn. 24).

Anwendung der rechtlichen Kriterien auf den vorliegenden Fall

[28] (2) Nach diesem Maßstab unterfällt im Streitfall die Übertragung des Kommanditanteils an der Gesellschaft vom Vater des Antragstellers auf diesen dem Begriff der Eingehung eines Gesellschaftsvertrages im Sinne des § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB.

[29] Die Übertragung erfolgt gemäß § 1 Abs. 4 Satz 1 GV mit allen dazu gehörenden Rechten und Pflichten. Der Antragsteller erwirbt die Stellung als Kommanditist der gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 GV auf unbestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaft. Er nimmt nach § 21 Abs. 1 GV an Gewinn und Verlust im Verhältnis seines Kapitalanteils unter Berücksichtigung der Haftungsbeschränkung als Kommanditist teil.

[30] Die gesellschaftsvertraglichen Regelungen spiegeln im Streitfall den höchstpersönlichen Charakter des Zusammenschlusses, das bestehende Vertrauensverhältnis als Grundlage der Zusammenarbeit und den mit den Regeln bezweckten Schutz der übrigen Gesellschafter wider. So sieht § 10 GV vor, dass Gesellschafter nur ein Angehöriger der beiden Familienstämme sein kann und trifft besondere Regelungen zur Ausübung von Stimm- und Zustimmungrechten in Anknüpfung an den jeweiligen Familienstamm. § 15 Abs. 1 GV ermöglicht die Übertragung der Geschäftsanteile – ohne dass über die Eingehung des Gesellschaftsvertrages hinaus nochmals eine Zustimmung zum konkreten Rechtsgeschäft erforderlich wäre – nur unter bestimmten engen Vorgaben und nur im Hinblick auf einen festgelegten Personenkreis (Erben erster Ordnung, Familienstamm). § 15 Abs. 2 GV knüpft andere Verfügungen an das Erfordernis eines einstimmigen Gesellschaftsbeschlusses. § 15 Abs. 3 GV erstreckt diese Regelungen auf sich aus dem Gesellschaftsverhältnis gegenüber der Gesellschaft oder anderen Gesellschaftern ergebende Einzelansprüche. Nach § 9 Abs. 1 GV sind die mit der Stellung als Gesellschafter verbundenen Belange grundsätzlich persönlich durch den Gesellschafter auszuüben.

Die Voraussetzungen für die Erteilung der familiengerichtlichen Genehmigung sind hier erfüllt

[31] b) Die familiengerichtliche Genehmigung ist zu erteilen. Der Erwerb der Beteiligung an der Gesellschaft ist mit vermögensrechtlichen Vorteilen verbunden, denen aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Erwerbsvorgangs

und des Beteiligungsverhältnisses keine wirtschaftlichen Risiken zu Lasten des Antragstellers gegenüberstehen.

[32] aa) Die Entscheidung, ob ein Geschäft im Sinne der §§ 1821 f. BGB zu genehmigen ist, obliegt dem pflichtgemäßen Ermessen des Familiengerichts und des gemäß § 69 Abs. 1 Satz 1 FamFG an seine Stelle tretenden Beschwerdegerichts bei Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls (BGH, Urteil vom 22. Mai 1986 – III ZR 237/84, NJW 1986, 2829, 2830 – juris Rn. 23; BayObLG, Beschluss vom 6. Juli 1995, aaO S. 121 f. – juris Rn. 20 und 23; vom 5. März 1997, aaO S. 844 – juris Rn. 22; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 2. März 2000 – UF 4/00, FamRZ 2001, 181 – juris Rn. 11). Maßgeblich ist, ob das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft bei Abwägung aller konkreten Vor- und Nachteile zum Zeitpunkt der Entscheidung insgesamt dem Interesse und Wohl des Kindes entspricht (BGH, Urteil vom 28. Januar 2003 – X ZR 199/99, DNotZ 2004, 152 – juris Rn. 31; OLG Nürnberg, Beschluss vom 16. Dezember 2014 – 11 WF 1415/14, FamRZ 2015, 1407 – juris Rn. 28). Die Erwägungen sind vom Standpunkt eines verständigen, die Tragweite des Geschäfts überblickenden Volljährigen aus vorzunehmen (BayObLG, Beschluss vom 5. März 1997, aaO S. 844 – juris Rn. 23; OLG Jena, Beschluss vom 22. März 2013 – 2 WF 26/13, FamRZ 2014, 140 – juris Rn. 27). Bei Eingehung eines Gesellschaftsvertrages ist eine Prognose geboten, bei der unternehmerische und wirtschaftliche Risiken unter Einbeziehung von Zweckmäßigkeitserwägungen zu bewerten sind (BayObLG, Beschluss vom 5. März 1997, aaO S. 844 – juris Rn. 25; OLG Nürnberg, Beschluss vom 16. Dezember 2014, aaO Rn. 28). Dabei ist allerdings nicht jedes mit der Beteiligung an einem Erwerbsgeschäft verbundene wirtschaftliche Risiko vom Minderjährigen fernzuhalten (BayObLG, Beschluss vom 6. Juli 1995, aaO S. 122 – juris Rn. 21). Es genügt, wenn im Ganzen gesehen, das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen vorteilhaft ist (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 2. März 2000 – 5 UF 4/00, FamRZ 2001, 181 Rn. 11).

[33] bb) Nach diesem Maßstab entspricht die Beteiligung des Antragstellers an der Gesellschaft als Kommanditist insgesamt seinem Interesse und Wohl. Das wirtschaftliche Risiko beschränkt sich für den Antragsteller mit seinem Eintritt als Kommanditist auf den Verlust der bereits von seinem Vater erbrachten Kommanditeinlage, was allenfalls die möglichen Vorteile der unentgeltlichen Anteilsübertragung verringert, diese aber nicht rechtlich nachteilig oder risikobehaftet macht (vgl. auch BGH, Urteil vom 20. Februar 1989 – II ZR 148/88, BGHZ 107, 24, 30 – juris Rn. 13).

[34] (1) Die Übertragung des Kapitalanteils ist mit einem unmittelbaren Vermögenszuwachs beim Antragsteller verbunden. Der Antragsteller kann seinen Geschäftsanteil wegen der Beschränkungen in §§ 10, 15 GV zwar nicht frei verwerten und damit als Vermögenswert beliebig einsetzen. Allerdings hat die Beteiligung selbst einen wirtschaftlichen Wert, der sich wiederum unter Berücksichtigung der von der Gesellschaft gehaltenen Beteiligungen bemisst. Der Antragsteller nimmt zudem nach § 21 Abs. 1 GV am Gewinn im Verhältnis seines Kapitalanteils teil, erhält also eine Einkunftsquelle, ohne dass er – weil die Übertragung schenkweise erfolgt – hierfür eigenes Vermögen einsetzen musste. Die Übertragung ist ausweislich der Präambel des Übertragungsvertrages Teil der vom Vater des Antragstellers bezweckten Sicherstellung der Nachfolge innerhalb der Familie und der vorweggenommenen Erbfolge. Sie dient damit erkennbar der vermögensrechtlichen Begünstigung des Antragstellers durch seinen Vater. Auch wenn § 14 Abs. 3 Satz 1 GV einen ordentlichen Austritt als Gesell-

schafter grundsätzlich erstmals nach 10 Jahren Mitgliedschaft erlaubt, trägt das Sonderkündigungsrecht bei Eintritt der Volljährigkeit nach § 16 Abs. 8 GV dem schutzwürdigen Interesse des Antragstellers Rechnung, nicht mit unzumutbaren Belastungen in die Volljährigkeit entlassen zu werden. Im Falle seines Ausscheidens erhält der Antragsteller nach § 19 GV eine Abfindung.

[35] (2) Die den Antragsteller als Kommanditisten gegenüber der Gesellschaft treffende Verpflichtung zur Leistung der Kommanditeinlage ist mit der bereits voll erbrachten Einzahlung durch seinen Vater gemäß § 362 BGB erloschen. Zwar könnte die Einlagepflicht des Antragstellers gemäß § 172 Abs. 4 HGB wieder aufleben mit der Folge einer unmittelbaren Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft nach § 171 Abs. 1 Hs. 1, § 172 Abs. 1 HGB. Jedoch folgt dies nicht aus dem Erwerb der Kommanditistenstellung selbst, sondern knüpft an weitere Handlungen wie die Rückzahlung der Einlage oder die Entnahme eines Gewinnanteils an, die vom minderjährigen Antragsteller allein nicht wirksam vorgenommen werden könnten, weil sie rechtlich nicht lediglich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB sind (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 26. März 2018 – 4 Wx 2/18, NZG 2018, 1187 Rn. 10). Zudem träge den Antragsteller dieses Risiko nur in dem Umfang, in dem die Rückzahlung an ihn selbst erfolgt ist, und beschränkt auf den für ihn eingetragenen Betrag der Kommanditeinlage (vgl. OLG Bremen, Beschluss vom 16. Juni 2008 – 2 W 38/08, FamRZ 2009, 621 – juris Rn. 18; jurisPK-BGB/Lafontaine, 9. Aufl., § 1795 Rn. 93; Maier-Reimer/Marx, NJW 2005, 3025, 3026). Eine Nachschusspflicht sieht der eingereichte Gesellschaftsvertrag nicht vor. Auch soweit in der Rückzahlung der Kommanditeinlage unter Umständen zugleich eine Einlagenrückgewähr bei der Komplementär-GmbH gesehen werden könnte, bestünde das Risiko für den Antragsteller allenfalls in Höhe des Betrages, der ihm zugeflossen ist. Mangels eigener unmittelbarer Beteiligung an der Komplementär-GmbH scheidet für ihn als Kommanditisten zudem das Risiko einer Ausfallhaftung gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG aus (vgl. Maier-Reimer/Marx, aaO S. 3026 mwN).

[36] (3) Die Gefahr einer persönlichen Haftung des Antragstellers für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und seiner Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gemäß § 176 Abs. 2 HGB besteht nicht, weil der Erwerb der Kommanditbeteiligung nach § 1 Abs. 3 des Übertragungsvertrages nur unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung des Antragstellers und eines auf die Sonderrechtsnachfolge hinweisenden zusätzlichen Vermerks in das Handelsregister erfolgt. Der Senat geht davon aus, dass der Kindsvater sowie die persönlich haftende Gesellschafterin der Kommanditgesellschaft die für die Eintragung dieses Vermerks erforderliche Erklärung noch abgeben werden, dass der Kindsvater im Zusammenhang mit seinem teilweisen Ausscheiden aus der Gesellschaft weder seine Einlage noch sonstige Leistungen oder Versprechungen der Gesellschaft erhalten hat (sog. negative Abfindungsversicherung; vgl. BGH, Beschluss vom 19. September 2005 – II ZB 11/04, NZG 2006, 15 unter III. 2.; Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 747 ff.).

[37] (4) Nach § 3 Abs. 6 GV bestehen weitere Beitragspflichten der Kommanditisten nicht. Auch das Risiko einer Ausfallhaftung für die anderen Gesellschafter trifft den Antragsteller bei Erwerb einer Kommanditbeteiligung nicht (vgl. Maier-Reimer/Marx, aaO S. 3026). Dafür, dass sich aus der jeden Gesellschafter treffenden Treuepflicht für das Vermögen des Antragstellers ein mehr als nur unerheblich-

ches Gefährdungspotential ergeben könnte (vgl. hierzu OLG Köln, aaO Rn. 10; Lüdecke, NJOZ 2018, 681, 686 f.), bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte. Im Übrigen beschränken die Treuepflichten den Antragsteller nur in der Wahrnehmung der erworbenen Gesellschafterrechte und begründen keine Verpflichtungen, die über die geschenkte Beteiligung hinausreichen (vgl. Maier-Reimer/Marx, aaO S. 3026).

III.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen

[38] [...]

[39] Die Rechtsbeschwerde ist im Hinblick auf die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung und wegen Grundsatzbedeutung zuzulassen. Die Frage, ob die Übertragung des Geschäftsanteils an einer Kommanditgesellschaft auf einen Minderjährigen im Sinne des § 1822 Nr. 3 BGB genehmigungsbedürftig ist, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden. ■

8. Berufsrecht – Zur Mitwirkung eines Notars an einer Umgehung des GrdstVG

(BGH, Beschluss vom 20.7.2020 – NotSt(BrfG) 2/20)

BDG § 77 Abs. 1

BeurkG § 4

BNotO §§ 14 Abs. 2, 95, 105, 109, 111 g Abs. 1

GKG § 52 Abs. 1

GrdstVG § 2

VwGO §§ 124 Abs. 2 Nr. 5, 124 a Abs. 5 S. 2, 154 Abs. 2

1. Genehmigungsbefähigt nach § 2 GrdstVG ist unter dem Gesichtspunkt des Umgehungsgeschäfts auch der Verkauf kleinerer, die Freigrenze nicht überschreitender, Flächen, wenn Trennstücke eines die Freigrenze übersteigenden Grundstücks gleichzeitig oder nacheinander veräußert werden, die einzelnen Rechtsgeschäfte in einem inneren Zusammenhang stehen und nach einem einheitlichen Plan durchgeführt werden (Anschluss an BGH, Urteil vom 15. Oktober 1992 – IX ZR 43/92, NJW 1993, 648).
2. Der Notar verletzt seine Amtspflichten nach § 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG, wenn er an einem derartigen Umgehungsgeschäft mitwirkt, und kann sich deswegen eines Dienstvergehens schuldig machen.

Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des BGH betrifft die disziplinarrechtliche Ahndung der Beteiligung eines Notars an einer Umgehung der Genehmigungsvorschriften des GrdstVG.

Nach § 2 Abs. 1 GrdstVG bedürfen der schuldrechtliche und dingliche Veräußerungsvertrag über ein land- oder forstwirtschaftliches Grundstück iSd § 1 GrdstVG der Genehmigung der zuständigen Behörde (in NRW: die Landwirtschaftskammer, in Rheinland-Pfalz: die Stadtverwaltung in den kreisfreien Städten, sonst die Kreisverwaltung, vgl. Krauß, Immobilienkaufverträge idP, 8. Aufl. 2017, Rn. 2219). Nach § 2 Abs. 2 GrdstVG sind einer Grundstücksveräußerung gleichgestellt: die Einräumung oder Veräußerung eines Miteigentumsanteils, die Einräumung eines Nießbrauchsrechtes und die Veräußerung eines Erbteils, wenn der Nachlass im Wesentlichen aus einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb besteht. Ob ein land-

oder forstwirtschaftliches Grundstück im Sinne des Gesetzes vorliegt, richtet sich nicht nach der tatsächlichen Nutzung, sondern der objektiven Eignung zu einer solchen Nutzung, weil anderenfalls der Eigentümer durch tatsächliche Nutzungsänderung sein Grundstück vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausnehmen könnte (BGH BeckRS 1981, 31073675; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3938; aA offenbar OLG Oldenburg NJW-RR 1997, 147 [148]). Hierzu hat das Grundbuchamt keine eigenen Ermittlungen anzustellen, sondern vielmehr auf Basis des Vertrags, des Grundbuchinhalts und offenkundiger Tatsachen (zB etwaiger eigener Ortskenntnisse) zu entscheiden und bei Zweifeln eine Zwischenverfügung zu erlassen (OLG Saarbrücken RNotZ 2006, 619; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 4025).

§ 2 Abs. 3 Nr. 2 GrdstVG eröffnet den Ländern die Möglichkeit, bei Nichterreichen von Mindestgrößen eine Befreiung von der Genehmigungspflicht anzuordnen. In NRW betrifft das Grundstücke, die eine Größe von einem Hektar nicht überschreiten (§ 1 AGGrdstVG), in Rheinland-Pfalz solche, die nicht größer als 5.000 qm oder (bei Weinbaulicher Nutzung) nicht größer als 1.000 qm sind (§ 1 AGGrdstVG). Bei der Beurteilung der Überschreitung dieser Grenze ist nach der Rechtsprechung des BGH kein wirtschaftlicher Grundstücksbegriff zu Grunde zu legen; es ist vielmehr auf das Grundstück im Rechtssinne abzustellen, soweit nicht das Landesrecht eine abweichende Regelung trifft (vgl. BGH BeckRS 1986, 05678 zum NRW-AGGrdstVG; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3940; vgl. aber zur Erstreckung des Genehmigungserfordernisses auf kleinere Flurstücke im Rahmen eines Gesamtgeschäfts: OLG Brandenburg RNotZ 2018, 404 m. Einordn. d. Schrftl.). Allerdings kann die Genehmigungspflicht nicht dadurch umgangen werden, dass eine Gestaltung gewählt wird, mit der dem Zweck des Gesetzes in einer dem äußeren Anschein nach zulässigen Weise zuwidergehandelt wird (BGH BeckRS 1957, 31200701). Deshalb ist auch der Verkauf kleinerer, die Freigrenze an sich nicht überschreitender Flächen genehmigungsbedürftig, wenn derartige Teilflächen eines die Freigrenze übersteigenden Grundstücks gleichzeitig oder nacheinander veräußert werden, die einzelnen Rechtsgeschäfte in einem inneren Zusammenhang stehen und nach einem einheitlichen Plan durchgeführt werden (BGH BeckRS 1959, 31202834). Von einer Umgehung in diesem Sinne ist die Rechtsprechung etwa dann ausgegangen, wenn ein Makler für einen Verkäufer die Parzellierung plant und den späteren Abverkauf steuert (BGH NJW 1993, 648).

In seinem Beschluss erblickt der BGH eine Umgehung darin, dass nach einem an der verweigerten GrdstVG-Genehmigung gescheiterten Kaufvertrag eine Zerlegung des Grundstücks und Veräußerung an den ursprünglichen Kaufinteressenten sowie dessen Ehegatten erfolgte. Der Senat bestätigt die gegen den in jedes der Veräußerungsgeschäfte involvierten Notar verhängte Geldbuße (§ 97 Abs. 1 Nr. 2 BNotO) iHv 1.000 Euro.

Beurkundungsrechtlich ist zu beachten, dass § 18 BeurkG nicht schon dann Genüge getan ist, wenn pauschal auf die Genehmigungsbefähigkeit des Vertrages hingewiesen wird. Etwaige Genehmigungserfordernisse sind vielmehr in der Urkunde konkret zu bezeichnen (Beck-OGK BeurkG/Regler, Stand 15.7.2020, § 18 Rn. 10; Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 18 Rn. 3).

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Der Kläger ist Rechtsanwalt und wurde im Mai 2016 zum Notar bestellt.

[2] Am 9. August 2016 übersandte der Kläger dem Landesamt für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein (nachfolgend: LLUR) einen von ihm gefertigten Kaufvertragsentwurf über die Veräußerung des Flurstücks 37/4 der Flur 004 der Gemarkung B. -S. mit einer Größe von 21.132 m² und beantragte hierfür die Erteilung der Genehmigung nach § 2 des Grundstücksverkehrsgesetzes (GrdstVG). Mit Bescheid vom 8. September 2016 versagte das LLUR die Genehmigung mit der Begründung, dass der Kaufinteressent kein Landwirt sei. Hierüber informierte der Kläger die Kaufvertragsparteien mit Schreiben vom 13. September 2016. Ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung wurde nicht gestellt. In der Folgezeit wurde das Flurstück 37/4 durch den Eigentümer (Verkäufer) in die neu gebildeten Flurstücke 152 (9.411 m²) und 153 (11.721 m²) zerlegt. Die diesbezügliche Grundbucheintragung erfolgte am 29. November 2016. Am 28. Dezember 2016 beurkundete der Kläger den Verkauf des Flurstücks 152 an die Ehefrau des ursprünglichen Kaufinteressenten und am 13. Juni 2017 den Verkauf des Flurstücks 153 an den früheren Kaufinteressenten selbst. Die Erteilung einer Grundstücksverkehrsgenehmigung wurde für diese beiden Verträge nicht beantragt. Wegen des Verdachts der unerlaubten Umgehung des Genehmigungserfordernisses wandte sich das LLUR am 16. Januar 2018 mit einer Beschwerde an die Schleswig-Holsteinische Notarkammer. Nach Einleitung eines Disziplinarverfahrens verhängte der Präsident des Landgerichts gegen den Kläger durch Disziplinarverfügung wegen eines grob fahrlässigen Verstoßes gegen die Pflichten aus § 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG eine Geldbuße von 1.000 €. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Darstellung im Urteil des Oberlandesgerichts verwiesen.

[3] Mit seiner Klage begehrt der Kläger die Aufhebung der Disziplinarverfügung. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen und die Berufung nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seinem Antrag auf Zulassung der Berufung, mit der er seinen Klageantrag weiterverfolgen möchte.

Aus den Gründen:

Die Berufung war nicht zuzulassen, weil keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils bestehen

II.

[4] 1. Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist zulässig, bleibt in der Sache aber ohne Erfolg. Ein Grund zur Zulassung der Berufung (§ 124 a Abs. 5 Satz 2, § 124 Abs. 2 VwGO iVm § 64 Abs. 2 BDG, § 105 BNotO) liegt nicht vor. Entgegen der Auffassung des Klägers bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils. Die Rechtssache weist keine besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten auf und hat auch keine grundsätzliche Bedeutung. Ein Verfahrensfehler liegt ebenfalls nicht vor.

Das OLG hat zu Recht ein Dienstvergehen angenommen, weil der Notar grob fahrlässig seine Pflicht verletzt hat, seine Amtstätigkeit bei der Mitwirkung an der Verfolgung unerlaubter oder unredlicher Zwecke zu versagen

[5] a) Der Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der

Richtigkeit des angefochtenen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) ist nur gegeben, wenn der Antragsteller im Zulassungsverfahren einen einzelnen tragenden Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt hat (s. zB Senat, Beschluss vom 23. November 2015 – NotSt(Brfg) 5/15, NJW-RR 2016, 754, 755 Rn. 5 mwN). Zweifel an der Richtigkeit einzelner Rechtssätze oder tatsächlicher Feststellungen füllen den Zulassungsgrund dann nicht aus, wenn solche Zweifel nicht auch die Richtigkeit des Ergebnisses erfassen (Senat aaO mwN). Die hier angegriffene Entscheidung begegnet keinen solchen Bedenken. Das Oberlandesgericht hat die Disziplinarverfügung zutreffend für rechtmäßig befunden. Der Kläger hat die Pflicht des Notars, seine Amtstätigkeit zu versagen, wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden (§ 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG), grob fahrlässig verletzt. Dies stellt ein Dienstvergehen dar (§ 95 BNotO; vgl. dazu zB Senat, Beschlüsse vom 23. November 2015 – NotSt(Brfg) 4/15, DNotZ 2016, 227, 228 f Rn. 17 und vom 8. April 2019 – NotSt(Brfg) 5/18, NJW-RR 2019, 1143, 1145 Rn. 16), welches die Verhängung der getroffenen Disziplinarmaßnahme rechtfertigt.

[6] aa) Zu Recht hat das Oberlandesgericht eine unerlaubte Umgehung des Genehmigungserfordernisses nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG angenommen.

Genehmigungsbedürftig iSd GrdstVG sind auch Veräußerungen von Flächen unterhalb der Freigrenze, wenn sie zusammen über der Freigrenze liegen und die Verträge einen inneren Zusammenhang aufweisen und einheitlich geplant sind

[7] (1) Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG bedürfen die rechtsgeschäftliche Veräußerung eines landwirtschaftlichen Grundstücks und der schuldrechtliche Vertrag hierüber der Genehmigung. Von dieser Genehmigungspflicht ist gemäß § 1 Abs. 2 des Gesetzes zur Durchführung des Grundstücksverkehrsgesetzes des Landes Schleswig-Holstein (idF vom 21. Februar 1996, GVBl. S. 231) i. V. m. § 2 Abs. 3 Nr. 2 GrdstVG die Veräußerung von Grundstücken ausgenommen, die nicht größer als 2 ha (= 20.000 m²) sind (Freigrenze). Danach wäre die gesonderte Veräußerung der neu gebildeten Flurstücke 152 (9.411 m²) und 153 (11.721 m²) – im Gegensatz zum Verkauf des früheren Flurstücks 37/4 (21.132 m²) – nicht von der Genehmigungspflicht erfasst gewesen, weil deren Größe jeweils unter der Freigrenze liegt. Allerdings ist unter dem Gesichtspunkt des Umgehungsgeschäfts auch der Verkauf kleinerer, die Freigrenze nicht überschreitender Flächen genehmigungsbedürftig, wenn Trennstücke eines die Freigrenze übersteigenden Grundstücks gleichzeitig oder nacheinander veräußert werden, die einzelnen Rechtsgeschäfte in einem inneren Zusammenhang stehen und nach einem einheitlichen Plan durchgeführt werden (s. BGH, Urteil vom 15. Oktober 1992 – IX ZR 43/92, NJW 1993, 648 mwN; vgl. ferner BGH, Beschluss vom 24. April 1986 – BLw 14/85, AgrarR 1986, 211 f.; Schleswig-Holsteinisches OLG, RNotZ 2007, 210, 211; OLG Rostock, NJW-RR 2015, 1238 f. Rn. 10 und NJOZ 2015, 1767, 1768 Rn. 10; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 3968; Gutachten des Deutschen Notarinstituts, DNotI-Report 2011, 187, 189).

Hier lag eine solche Umgehung vor

[8] (2) Ein solches Umgehungsgeschäft lag hier vor. Nachdem das ursprüngliche Vorhaben, das Flurstück 37/4 zu

verkaufen, an der Versagung der Grundstückverkehrs-genehmigung gescheitert war, wurde es vom Eigentümer in zwei neu gebildete Flurstücke zerlegt, deren Größe jeweils unterhalb der Freigrenze lag; sodann wurden diese beiden Flurstücke an den ursprünglichen Kaufinteressenten und dessen Ehefrau verkauft. Der vorbezeichnete Geschehensablauf als solcher, der hiervon umfasste Zeitraum von wenigen Monaten und die eheliche Verbindung der Käufer genügen für den erforderlichen inneren Zusammenhang der Grundstücksrechtsgeschäfte und die Annahme eines Vorgehens nach einem einheitlichen Plan. Dieser Würdigung steht der vom Kläger angemahnte Schutz der Ehe nach Art. 6 Abs. 1 GG nicht entgegen. Ehegatten werden insofern nicht anders behandelt als andere Personen, die sich zu einer Lebens- oder Wirtschaftsgemeinschaft oder sonst zur Verfolgung gemeinsamer wirtschaftlicher Zwecke verbunden haben. Ebenso wenig wie diesen ist es Ehegatten gestattet, gesetzliche Genehmigungserfordernisse zu unterlaufen. Im einen wie im anderen Falle geht es darum, die gesetzliche Genehmigungspflicht vor einer gezielten Umgehung zu schützen.

An der hierdurch verwirklichten Verfolgung unerlaubter Zwecke hat der Notar grob fahrlässig mitgewirkt

[9] bb) Mit der Umgehung des Genehmigungserfordernisses nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG werden unerlaubte Zwecke im Sinne von § 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG verfolgt. Hieran hat der Kläger durch Vornahme und Vollzug der Beurkundungen vom 28. Dezember 2016 und 13. Juni 2017 (ohne Einholung der gebotenen Grundstückverkehrsgenehmigung) mitgewirkt. Das Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts war für ihn insgesamt erkennbar. Er hat insofern grob fahrlässig gehandelt.

Die rechtliche Bewertung der Umgehung des Genehmigungserfordernisses nach dem GrdstVG musste dem Notar bekannt sein

[10] (1) Die Genehmigungsbedürftigkeit nach § 2 GrdstVG unter dem Gesichtspunkt des Umgehungsgeschäfts wird für die Veräußerung kleinerer, die Freigrenze nicht überschreitender, Flächen, die aus der Zerlegung eines die Freigrenze übersteigenden Grundstücks gebildet worden sind, bereits seit Jahrzehnten in Rechtsprechung und Schrifttum behandelt und erläutert und musste dem Kläger daher auch bekannt sein (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 15. Oktober 1992 aaO S. 649 mwN). Er hatte auch Kenntnis von den Umständen, die zur Einordnung der von ihm beurkundeten Grundstücksveräußerungen als Umgehungsgeschäft führen. Dies gilt für das ursprüngliche Vorhaben, das Flurstück 37/4 zu verkaufen, und dessen Scheitern infolge der Versagung der Grundstückverkehrsgenehmigung ebenso wie für die zeitnahe Zerlegung dieses Flurstücks in zwei neue, die Freigrenze jeweils unterschreitende, Flurstücke sowie deren Veräußerung an den ursprünglichen Kaufinteressenten und dessen Ehefrau. Der Verdacht auf das Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts drängte sich hiernach, wie das Oberlandesgericht zutreffend dargelegt hat, geradezu auf. Daran änderte es unter den genannten Gegebenheiten nichts, wenn die beiden Ehegatten dem Kläger gegenüber erklärt haben sollten, die neu gebildeten Flurstücke 152 und 153 gesondert zur jeweils eigenständigen Eigentums- und Vermögensbildung erwerben zu wollen. Der innere Zusammenhang der Grundstücksrechtsgeschäfte und das Vorgehen nach einem einheitlichen Plan blieben hiervon unberührt.

Die Verweigerung der Mitwirkung hätte keinen Verstoß gegen die Urkundsgewährungspflicht bedeutet

[11] (2) Ohne Erfolg beruft sich der Kläger auf einen Konflikt mit der notariellen Urkundsgewährungspflicht. Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO ist es dem Notar lediglich verwehrt, seine Amtstätigkeit ohne ausreichenden Grund zu verweigern. Ein ausreichender Grund zur Verweigerung einer Beurkundung liegt indes, worauf auch das Oberlandesgericht zu Recht hingewiesen hat, stets vor, wenn der Notar mit der Vornahme der gewünschten Beurkundung gegen Amtspflichten verstößt (s. nur Senat, Urteil vom 14. März 2016 – NotSt(Brfg) 6/15, DNotZ 2016, 876, 878 Rn. 22 mwN). Demzufolge bestand für den Kläger unter den vorliegenden Umständen keine „Pflichtenkollision“. Vielmehr war er gehalten, seine Mitwirkung an der Veräußerung der Flurstücke 152 und 153 ohne Einholung einer Grundstückverkehrsgenehmigung zu verweigern (§ 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG).

Art und Höhe der verhängten Sanktion sind nicht zu beanstanden

[12] cc) Im Hinblick auf die Auswahl der für das einheitliche Dienstvergehen (§ 95 BNotO) verhängten Sanktion in Gestalt einer Geldbuße (§ 97 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNotO) und die Bemessung ihrer – maßvollen – Höhe bestehen ebenfalls keine Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils. Insofern erhebt der Kläger auch keine Einwände.

[13] b) Auch der Zulassungsgrund der besonderen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten der Rechtssache (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) liegt nicht vor. Eine Rechtssache weist dann besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten auf, wenn sie wegen einer erheblich über dem Durchschnitt liegenden Komplexität des Verfahrens oder der ihr zugrundeliegenden Rechtsmaterie in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht das normale Maß nicht unerheblich überschreitende Schwierigkeiten verursacht und sich damit von den üblichen Streitigkeiten deutlich abhebt (s. nur Senat, Beschluss vom 13. November 2017 – NotZ (Brg) 2/17, DNotZ 2018, 469, 476 Rn. 29 mwN). Diese Voraussetzungen legt die Antragsbegründungsschrift nicht ausreichend dar und sind – wie sich aus den obigen Ausführungen (zu a) ergibt – auch im Übrigen nicht ersichtlich.

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung

[14] c) Der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) ist erfüllt, wenn es im konkreten Fall auf eine Tatsachen- oder Rechtsfrage ankommt, die über den von der ersten Instanz entschiedenen Fall hinausgeht und an deren Klärung daher im Interesse der Einheit oder der Fortbildung des Rechts auch für vergleichbare Fälle ein Interesse besteht (s. zB Senat, Beschluss vom 23. November 2015 – NotSt(Brfg) 5/15, NJW-RR 2016, 754, 756 Rn. 19 mwN). Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben, wenn die Streitfrage bereits in der obergerichtlichen Rechtsprechung geklärt ist (Senat aaO). Letzteres ist hier, wie oben (unter a) ausgeführt, der Fall und gilt insbesondere für den vom Kläger angesprochenen Konflikt mit der notariellen Urkundsgewährungspflicht.

[15] d) Einen Verfahrensmangel (§ 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO) zeigt die Antragsbegründung nicht auf und ein solcher ist auch sonst nicht ersichtlich.

[16] 2. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 109 BNotO, § 77 Abs. 1 BDG iVm § 154 Abs. 2 VwGO. Die Wertfestsetzung beruht auf § 111 g Abs. 1 BNotO iVm § 52 Abs. 1 GKG. ■

Rechtsprechung in Leitsätzen

1. Liegenschaftsrecht – Zu den Voraussetzungen arglistiger Täuschung beim Grundstückskauf (fehlende Nutzungsgenehmigung)

(BGH, Urteil vom 6.3.2020 – V ZR 2/19)

BGB §§ 123 Abs. 1, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 444, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1

1. Der objektive Tatbestand der Arglist ist erfüllt, wenn der Verkäufer zusammen mit einem Wochenendhaus eine Motorradgarage verkauft, die erkennbar als Wohnraum genutzt wird, obwohl die für eine solche Nutzung erforderliche baurechtliche Genehmigung nicht vorliegt.
2. Der Verkäufer handelt in subjektiver Hinsicht arglistig, wenn er einen Mangel mindestens für möglich hält und gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass sein Vertragspartner den Mangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris) ■

2. Liegenschaftsrecht – Zum Nachweis des Erlöschens einer auf Lebenszeit befristeten Reallast

(KG, Beschluss vom 17.4.2020 – 1 W 262/19)

BGB §§ 133, 759, 873 Abs. 1, 874, 973, 1105, 1111
GBO §§ 13 Abs. 1 S. 2, 19, 22 Abs. 1 S. 1, 29, 35 Abs. 1 S. 1, 71 Abs. 1

Zum Nachweis des Erlöschens einer subjektiv-persönlichen Reallast kann die Vorlage der Sterbeurkunde des Berechtigten genügen, wenn eine Befristung der Belastung – auf die Lebenszeit des Berechtigten – im Grundbuch zwar selbst nicht vermerkt ist, sich durch Auslegung der Eintragungsbewilligung aber ergibt, dass die Reallast ein Leibrentenversprechen dinglich sichern sollte.

(Fundstellen: beck-online, Entscheidungsdatenbank Berlin-Brandenburg, juris) ■

3. Liegenschaftsrecht – Zum Grundstückserwerb zu Bruchteilen durch in Errungenschaftsgemeinschaft italienischen Rechts verheiratete Eheleute

(OLG München, Beschluss vom 25.6.2020 – 34 Wx 504/19, mitgeteilt durch RiOLG Dr. Andreas Stegbauer)

GBO § 18 Abs. 1

1. Ist in einer Zwischenverfügung des Grundbuchamts nur das Eintragungshindernis, nicht aber das Mittel zu dessen Beseitigung unmissverständlich benannt, ist die Zwischenverfügung aufzuheben.

2. Haben die in Errungenschaftsgemeinschaft nach italienischem Recht verheirateten Ehegatten im Zuge des Erwerbs eine Finanzierungsgrundschuld über fast die Hälfte des Kaufpreises einer Immobilie bestellt, steht fest, dass die Ehegatten ihren Anteil an der Immobilie nicht vollständig aus eigenen Mitteln zahlen. Damit können sie nicht als Bruchteilseigentümer der Immobilie eingetragen werden.

(Fundstellen: beck online, juris) ■

4. Liegenschaftsrecht – Zur Bindung an eine vom Rechtsvorgänger erklärte Auflassung

(OLG Naumburg, Beschluss vom 21.10.2019 – 12 Wx 38/19)

BGB §§ 873 Abs. 2, 925, 927, 1922
GBO §§ 19, 20, 22, 29

Eine Bindung an die Auflassung eines Rechtsvorgängers scheidet aus, wenn die Gesamtrechtsnachfolge durch einen Erwerb aufgrund Rechtsgeschäfts unterbrochen ist.

(Fundstellen: beck-online, juris, Rechtsprechungsdatenbank Sachsen-Anhalt) ■

5. Erbrecht – Keine Erklärung eines vollmachtlosen Vertreters für bereits Verstorbenen

(OLG Bremen, Beschluss vom 16.4.2020 – 3 W 9/20)

BGB §§ 104, 177, 179, 1922 Abs. 1, 1960 Abs. 2, 2197
EU-ErbVO Art. 20, 21, 34
EGBGB Art. 3, 43 Abs. 1
GBO § 19
GNotKG §§ 45 Abs. 3, 53 Abs. 1 S. 1

Ein vollmachtloser Vertreter kann nicht für eine im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung bereits verstorbene Person auftreten, so dass die Erben diese Erklärung auch nicht genehmigen können.

(Fundstellen: beck-online, juris, Oberlandesgericht Bremen) ■

6. Erbrecht – Zur Wirksamkeit eines Nottestaments

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.4.2020 – I-3 Wx 12/20)

BGB § 2249 Abs. 1 S. 4
BeurkG § 13 Abs. 1 S. 1
GBO §§ 18 Abs. 1, 35 Abs. 1 S. 2 Alt. 1, 71 Abs. 1, 72, 73, 75

1. Ein „vor dem Allgemeinen Vertreter des Bürgermeisters ... sowie den beiden unabhängigen und nicht im Testament bedachten Zeugen ...“ errichtetes, von sämtlichen Beteiligten unterzeichnetes „Nottestament vor dem Bürgermeister nach § 2249 BGB“ ist nicht deshalb unwirksam, weil in der Niederschrift – entgegen der Sollvorschrift des § 13 Abs. 1 Satz 2 BeurkG – der Ver-

merk fehlt, dass das Testament dem Erblasser vorgelesen, von ihm genehmigt und unterschrieben wurde.

2. Dem Antragsteller des Berichtigungsantrages aufgrund Erbfolge kann das Grundbuchamt nicht im Wege der Zwischenverfügung aufgeben (gar in der Form des § 29 GBO) nachzuweisen, dass die gesetzliche Vermutung des § 13 Abs. 1 Satz 3 BeurkG, nicht widerlegt sei.

(Fundstellen: beck-online, juris)

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Bestellung eines Nachtragsliquidators für eine nach Beendigung gelöschte Personenhandelsgesellschaft

(KG, Beschluss vom 20.4.2020 – 22 W 27/18)

AktG § 273 Abs. 4

HGB §§ 146, 157, 161 Abs. 2, 145 Abs. 1, 146 Abs. 2

Die gerichtliche Bestellung von Nachtragsliquidatoren für eine nach Beendigung gelöschte Personenhandelsgesellschaft entsprechend § 273 Abs. 4 AktG kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht, die jedenfalls bei einer aus drei Gesellschaftern bestehenden OHG nicht gegeben sind.

(Fundstellen: beck-online, Entscheidungsdatenbank Berlin-Brandenburg, juris)

8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Keine Eintragung der deutschen Niederlassung einer ausländischen Komplementärin in das Handelsregister

(OLG Braunschweig, Beschluss vom 18.3.2020 – 3 W 4/20, 3 W 5/20)

FamFG §§ 58, 63, 64, 70 Abs. 2, 81, 84, 374 Nr. 1, 382 Abs. 3

GNotKG § 36 Abs. 3

GwG §§ 18, 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 21

HGB §§ 13 d, 13 e, 13 g, 106 Abs. 2, 162 Abs. 1

HRV § 40 Nr. 3, Nr. 7

1. Weder aus dem Handelsregisterrecht noch aus dem Transparenzregisterrecht ergibt sich, dass in das Handelsregisterblatt einer Kommanditgesellschaft statt oder neben der Registernummer ihrer (hier: niederländischen) Komplementärin nur oder auch die Registernummer einer rechtlich unselbständigen (hier: deutschen) Zweigniederlassung der Komplementärin einzutragen ist.
2. Soweit sich die Angaben zum wirtschaftlichen Berechtigten i. S. d. § 19 Abs. 1 GwG nicht aus dem Handelsregisterblatt einer Kommanditgesellschaft ergeben, sind sie jedenfalls nicht dort zu ergänzen; sie sind allenfalls – was hier nicht zu entscheiden war – gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 GwG a.E. an das Transparenzregister zu melden.

(Fundstellen: beck-online, Entscheidungsdatenbank Niedersachsen, juris)

9. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Abgrenzung einer Änderung des Vereinszwecks von einer sonstigen Satzungsänderung

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.2.2020 – I-3 Wx 196/19)

BGB §§ 33 Abs. 1 S. 1, 40, 57 Abs. 1

1. Zur durch Auslegung der Vereinssatzung vorzunehmenden Abgrenzung der die Allstimmigkeit der Mitglieder des eingetragenen Vereins erfordernden Änderung einer den Vereinszweck in seinem Kernbereich (hier: Engagement für die „Nutzung und Unterhaltung des Bodendenkmals Haus B. und die Bewahrung seines historischen Erbes ...“) tangierenden Satzungsbestimmung von einer mit qualifizierter Mehrheit der abgegebenen Stimmen (hier laut Satzung 2/3-Mehrheit) zu beschließenden Anpassung der bisherigen Ziele im Sinne einer Zweckverfolgung mit modifizierten Mitteln (hier u. a. Möglichkeit der Förderung des Satzungszwecks unmittelbar durch Aktivitäten des Vereins selbst oder durch Zuwendungen an die Haus B. gemeinnützige GmbH).
2. Gibt der um Änderung der Satzung zur Eintragung im Vereinsregister Nachsuchende ernsthaft und endgültig zu erkennen, dass er nicht gewillt ist, seine Anmeldung entsprechend den durch Zwischenverfügung aufgegebenen gerichtlichen Anforderungen (hier: Einreichung der schriftlichen Zustimmungserklärungen der bei der Hauptversammlung nicht erschienenen Vereinsmitglieder wegen vom Registergericht mit Blick auf eine angenommene Änderung des Vereinsszwecks für notwendig gehaltener Allstimmigkeit) zu ergänzen, so darf das Gericht nicht durch Zwischenverfügung befinden, bzw. diese nicht aufrechterhalten, sondern muss – auf der Basis seiner eigenen Rechtsauffassung – über den Eintragungsantrag entscheiden.

(Fundstellen: beck-online, juris)

10. Kostenrecht – Zur Schuldnerschaft für die notarielle Entwurfsgebühr bei Mitteilung von Änderungswünschen

(OLG Köln, Beschluss vom 12.8.2020 – 2 Wx 180/20, mitgeteilt durch *Notarassessorin Dr. Sarah König*, Köln)

GNotKG § 29 Nr. 1, KV Nr. 24100

Eine potentielle Vertragspartei, die gegenüber dem Notar eigene Änderungswünsche äußert, muss von ihrer Gebührenpflicht ausgehen, da sie hierdurch erkennbar eine – sei es erstmalige oder weitere – Entwurfstätigkeit des Notars auslöst. Dies gilt auch dann, wenn der Notar zunächst nur von der anderen Partei zur Entwurfsfertigung beauftragt worden war.

(RNotZ-Leitsatz)

(Fundstellen: beck-online, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW)