

NOTARASSESSOR DR. TILL BREMKAMP, LL. M. (CAMBRIDGE), BONN

Neue öffentlich-rechtliche Vorkaufsrechte in Nordrhein-Westfalen

Inhaltsübersicht

A. Einleitung

B. Rechtsgrundlagen der Vorkaufsrechte

- I. Naturschutzrechtliches Vorkaufsrecht
- II. Wasserrechtliches Vorkaufsrecht

C. Tatbestandsvoraussetzungen der Vorkaufsrechte

- I. Abschluss eines Kaufvertrages
- II. Gegenstand des Kaufvertrages
 1. Wohnungs- und Teileigentum
 2. Erbbaurechte
 3. Miteigentum
- III. Beteiligte des Kaufvertrages
 1. Privilegierter Personenkreis
 2. Zugehörigkeitsnachweis
- IV. Belegenheit und Aufführung des Grundstücks
 1. Belegenheit des Grundstücks in geschützten Kulissen
 2. Aufführung des Grundstücks im Vorkaufsrechtsverzeichnis
 - a) Maßgeblicher Zeitpunkt
 - b) Handhabung in der Praxis

D. Einsichtnahme in das Vorkaufsrechtsverzeichnis

- I. Funktionsweise
- II. Eingaben des Notars
 1. Login
 2. Eingabe von Grundbuchinformationen
 - a) Eingaben beim Verkauf einer Teilfläche
 - b) Eingaben beim Verkauf eines dienenden Grundstücks
 - c) Eingaben beim Verkauf eines Erbbaurechts
 3. Prüfung von Katasterinformationen
 - a) Grundstück oder Erbbaurecht unbekannt
 - b) Grundstück oder Erbbaurecht bekannt
 - aa) Keine Übereinstimmung der Katasterinformationen
 - bb) Übereinstimmung der Katasterinformationen
 - c) Zusammenfassung
 4. Angaben zum weiteren Vollzug
 - a) Angaben zur Bevollmächtigung
 - b) Angaben zum Verkäufer

- c) Prüfung der Angaben

III. Erzeugung eines Bescheides

1. Rechtsnatur
2. Beweiskraft

E. Weitere Abwicklung bei bestehendem Vorkaufsrecht

- I. Mitteilung an die Bezirksregierung
 1. Form
 2. Inhalt
 3. Verfahren
- II. Bescheidung durch die Bezirksregierung
 1. Verzichtserklärung
 2. Ausübungserklärung
 - a) Entstehung eines zweiten Kaufvertrages
 - aa) Höhe des Kaufpreises
 - bb) Verteilung der Kosten
 - cc) Ausübung für eine Erbbaurechtsteilfläche
 - b) Schicksal des ersten Kaufvertrages
 - c) Vertragsparteien des zweiten Kaufvertrages
 - d) Vollzug des zweiten Kaufvertrages

F. Gebühren

- I. Dem Grunde nach
- II. Der Höhe nach
 1. Erklärung zum Bestehen von Vorkaufsrechten
 2. Erklärung zur Ausübung von Vorkaufsrechten
- III. Unrichtige Sachbehandlung

G. Notarielle Praxis

- I. Büroorganisation
 1. Erste Prüfungsstufe
 2. Zweite Prüfungsstufe
- II. Vertragsgestaltung
 1. Kaufpreisfälligkeit
 2. Rücktrittsrecht
 3. Vollzugsvollmacht
 4. Vermerkpflcht
 5. Abschriften

A. Einleitung

Am 16.7.2016 ist das Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (LWG NRW) und am 25.11.2016 das Gesetz zum Schutz der Natur in Nordrhein-Westfalen (LNatSchG NRW) in Kraft getreten.¹ Beide Gesetze enthalten neue öffentlich-rechtliche Vorkaufsrechte an Grundstücken, die für den Naturschutz und den Wasserhaushalt bedeutsam sind. Durch das LWG NRW wurde erstmals ein wasserrechtliches Vorkaufsrecht in Nord-

rhein-Westfalen eingeführt. Das LNatSchG NRW hat das bestehende naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht gem. § 36 a Landschaftsgesetz NRW aufgehoben und durch ein neues Vorkaufsrecht ersetzt.²

Die neuen öffentlich-rechtlichen Vorkaufsrechte sind nicht durch das Verfahrensrecht, sondern durch das materielle Recht abgesichert. Im Gegensatz zum gemeindlichen Vorkaufsrecht ist keine Grundbuchsperre iSd § 28 Abs. 1 S. 2

1 GV.NRW 2016 Nr. 22, S. 559 ff. (LWG NRW), GV.NRW 2016 Nr. 34 S. 933 ff. (LNatSchG NRW).

2 Nach Art. 1 LNatSchG NRW wurde das Landschaftsgesetz NRW neu gefasst und damit § 36 a Landschaftsgesetz NRW aufgehoben, von dem seit seinem Inkrafttreten im Jahre 2005 in „weniger als zehn Fällen“ Gebrauch gemacht wurde, vgl. LT-Drs. 16/13323, S. 113.

BauGB, sondern eine vormerkungsgleiche Wirkung gem. § 1098 Abs. 2 BGB vorgesehen (§ 73 Abs. 3 S. 5 LWG NRW, § 66 Abs. 3 S. 4 BNatSchG), ohne dass dies aus dem Grundbuch ersichtlich ist (§§ 73 Abs. 3 S. 1 LWG NRW, § 66 Abs. 3 S. 1 BNatSchG).³ Besteht an einem Grundstück ein landeswasser- oder landesnaturrechtliches Vorkaufsrecht, löst der Abschluss eines Kaufvertrages über dieses Grundstück die dingliche Wirkung des § 883 Abs. 2 BGB aus.⁴ Sämtliche Verfügungen über ein vorkaufsrechtsbefangenes Grundstück, die nach dem Abschluss des Kaufvertrages erfolgen, sind folglich dem Land Nordrhein-Westfalen gegenüber relativ unwirksam. Die neuen öffentlich-rechtlichen Vorkaufsrechte stellen daher die Wirksamkeit jeder Käufervormerkung, jedes Eigentumserwerbs und jeder Finanzierungsgrundschuld in Frage.

Um einen rechtssicheren Grundstücksverkehr in Nordrhein-Westfalen auch weiterhin zu gewährleisten, bestehen die neuen Vorkaufsrechte nur dann, wenn das betroffene Grundstück im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in einem Verzeichnis aufgeführt ist. Dieses konstitutive Vorkaufsrechtsverzeichnis kann als Grundbuch der neuen Vorkaufsrechte begriffen werden. Zur Beschleunigung des Grundstücksverkehrs sowie zur Entlastung der für die Fachprüfung beider Vorkaufsrechte zuständigen Bezirksregierungen wird das Vorkaufsrechtsverzeichnis elektronisch geführt.⁵ Mit diesem konstitutiven und elektronischen Vorkaufsrechtsverzeichnis leistet Nordrhein-Westfalen rechtliche und technische Pionierarbeit in der Bundesrepublik, die Vorbild für die Ausgestaltung und den Vollzug auch anderer öffentlich-rechtlicher Vorkaufsrechte sein sollte. Dieses Verzeichnis ist bislang noch nicht veröffentlicht worden. Eine Veröffentlichung ist für den 1.6.2017 angekündigt. Erst ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung können die neuen Vorkaufsrechte rechtlich entstehen.

B. Rechtsgrundlagen der Vorkaufsrechte

Auf Bundesebene ist bereits im Jahre 2010 ein naturschutzrechtliches Vorkaufsrecht gem. § 66 BNatSchG eingeführt worden. Derzeit berät der Bundestag über die Einfügung eines wasserrechtlichen Vorkaufsrechts gem. § 99 a WHG-E in das Wasserhaushaltsgesetz.⁶

3 Auch das siedlungsrechtliche Vorkaufsrecht gem. § 4 RSG ist aufgrund seiner Koppelung mit der gem. § 7 Abs. 1 GrdstVG gegenüber dem Grundbuchamt nachzuweisenden Genehmigung gem. § 2 Abs. 1 GrdstVG iVm § 1 Ausführungsgesetz zum GrdstVG NRW verfahrensrechtlich abgesichert, vgl. *Falkner MittBayNot* 2016, 465; *Gebse RNotZ* 2007, 61 (86 f.).

4 Vgl. BGH 26.1.1973 – V ZR 2/71, in *Juris Rn.* 53 (BGHZ 60, 275/295); Palandt/*Bassenge*, BGB, 76. Aufl. 2017, § 1098 Rn. 5; MüKoBGB/H. P. *Westermann*, 6. Aufl. 2013, BGB § 1098 Rn. 8, dort auch jeweils zu der im Hinblick auf den maßgeblichen Zeitpunkt vorzunehmenden Differenzierung zwischen der Eigentumsübertragung (Vormerkungswirkung schon ab *Entstehung* des Vorkaufsrechts) und allen anderen Verfügungen – insbes. Belastungen – des Vorkaufsverpflichteten (Vormerkungswirkung erst ab *Begründung* des Vorkaufsrechts, dh mit dem sog. „Vorkaufsfall“).

5 Für das naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht, vormalig § 36 a Landschaftsschutzgesetz NRW, wird von einer Entlastung der hierfür bislang zuständigen Kreise und kreisfreien Städte in Nordrhein-Westfalen iHv jährlich 560.000 EUR ausgegangen, vgl. LT-Drs. 16/13323, S. 106 f.

6 Gesetz zur weiteren Verbesserung des Hochwasserschutzes und zur Vereinfachung von Verfahren des Hochwasserschutzes (Hochwasserschutzgesetz II), vgl. BT-Drs. 18/10879.

Wenn dieses wasserrechtliche Vorkaufsrecht auf Bundesebene in dieser Legislaturperiode umgesetzt wird, kann es frühestens im Herbst 2017 in Kraft treten.⁷ Bei Redaktionsschluss dieser Zeitschrift war die zweite und dritte Lesung für dieses Gesetz noch nicht terminiert. Der aktuelle Stand des Gesetzgebungsverfahrens kann der Website des Bundestages entnommen werden.⁸ Angesichts dieser rechtlichen Gemengelage stellt sich zunächst die Frage nach dem Verhältnis von Bundes- zu Landesrecht und somit nach der Rechtsgrundlage der beiden neuen landesrechtlichen Vorkaufsrechte in Nordrhein-Westfalen.

I. Naturschutzrechtliches Vorkaufsrecht

Für das naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht ist das Verhältnis von Bundes- zu Landesrecht eindeutig. Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG ist der Naturschutz Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit. Durch das BNatSchG hat der Bund hiervon iSd Art. 72 Abs. 1 GG Gebrauch gemacht. Durch das LNatSchG hat Nordrhein-Westfalen die den Ländern durch Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GG eingeräumte Kompetenz zur Abweichungsgesetzgebung ausgenutzt. Der im Jahre 2016 in Kraft getretene § 74 LNatSchG verdrängt folglich als das spätere Gesetz iSd Art. 72 Abs. 3 S. 3 GG den im Jahre 2010 in Kraft getretenen § 66 BNatSchG.⁹ Nach amtlicher Überschrift und Wortlaut enthält § 74 LNatSchG allerdings keine inhaltlich vollständige und abschließende Regelung des naturschutzrechtlichen Vorkaufsrechts, sondern lediglich punktuelle Abweichungen zu § 66 BNatSchG. Diese Bundesnorm wird folglich nur teilweise durch die Landesnorm verdrängt. Das naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht in Nordrhein-Westfalen setzt sich demnach aus Landes- und Bundesrecht zusammen und hat seine Rechtsgrundlage in § 74 LNatSchG iVm § 66 BNatSchG.

II. Wasserrechtliches Vorkaufsrecht

Für das geplante wasserrechtliche Vorkaufsrecht gem. § 99 a WHG-E erschließt sich das Verhältnis von Bundes- und Landesrecht hingegen nicht auf den ersten Blick. Auch der Wasserhaushalt ist gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes. Davon wird der Bund für das Vorkaufsrecht durch die Einfügung des § 99 a in das Wasserhaushaltsgesetz iSd Art. 72 Abs. 1 GG Gebrauch machen. Dies wiederum hat grundsätzlich zur Folge, dass § 99 a WHG-E als das spätere Gesetz iSd Art. 72 Abs. 3 S. 3 GG dem § 73 LWG NRW vorgeht. Festzustellen ist daher an dieser Stelle zunächst der Grundsatz, dass § 99 a WHG-E mit seinem Inkrafttreten § 73 LWG NRW verdrängt.

Von diesem Grundsatz enthält § 99 a Abs. 6 WHG-E allerdings eine Ausnahme. Nach dem derzeit geplanten Gesetzeswortlaut bleiben abweichende Rechtsvorschriften

7 Nach Art. 5 Hochwasserschutzgesetz II tritt § 99 a WHG-E entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 72 Abs. 3 S. 2 GG sechs Monate nach seiner Verkündung in Kraft.

8 <http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/bt> – Beratungsabläufe – dort unter zugehörige Drucksache „18/10879“ eingeben.

9 Vgl. *Reiff NUR* 2011, 90 (92 f.); *Hecht DNotZ* 2010, 323 (324 f.).

ten der Länder unberührt (Länderöffnungsklausel).¹⁰ Durch diese Norm soll nach der Gesetzesbegründung klargestellt werden, „dass bereits bestehende wie auch zukünftige landeswasserrechtliche Rechtsvorschriften zum Vorkaufsrecht unberührt bleiben“.¹¹ Auf Grundlage dieses gesetzgeberischen Willens lässt § 99 a Abs. 6 WHG-E nur eine einzige verfassungsrechtliche Auslegung zu: Der Bundesgesetzgeber wird durch § 99 a WHG-E von seiner konkurrierenden Gesetzgebung gem. Art. 72 Abs. 1 GG in dem Umfang keinen Gebrauch machen, in dem der Landesgesetzgeber abweichende landesrechtliche Regelungen bereits in Kraft gesetzt hat. § 73 LWG NRW bleibt demnach auch nach Inkrafttreten von § 99 a WHG-E vollumfänglich erhalten und verdrängt in seinem Anwendungsbereich die bundesrechtliche Vorschrift.¹² Dieses verfassungsdogmatische Verständnis liegt nach einhelliger Auffassung darüber hinaus auch der im Wortlaut entsprechenden Ausnahmvorschrift des § 66 Abs. 5 BNatSchG zugrunde.¹³

Festzuhalten ist demnach, dass die inhaltlich vollständige und abschließende Regelung des § 73 LWG NRW den § 99 a WHG-E vollumfänglich verdrängt wird. Der Bundesgesetzgeber wird daher im Ergebnis aufgrund der Länderöffnungsklausel des § 99 a Abs. 6 WHG-E von seiner konkurrierenden Gesetzgebung in Nordrhein-Westfalen von vornherein keinen Gebrauch machen. Rechtsgrundlage des wasserrechtlichen Vorkaufsrechts in Nordrhein-Westfalen wird folglich auch zukünftig ausschließlich § 73 LWG NRW sein.

10 Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung sollte die Ausnahme des § 99 a Abs. 6 WHG-E ursprünglich mit einem anderen Wortlaut („Weitergehende“ statt „Abweichende“) eingefügt werden, die zu einer Verdrängung des § 73 LWG NRW – der gerade keine weitergehenden, sondern abweichende Vorschriften enthält – geführt hätte, vgl. BT-Drs. 18/10879, S. 13 f. Der nunmehr vorgesehene Wortlaut („Abweichende“) geht auf eine von Nordrhein-Westfalen angeregte Stellungnahme des Bundesrates zurück, vgl. BT-Drs. 18/10879, S. 51. Dieser Stellungnahme des Bundesrates ist die Bundesregierung in einer Gegenäußerung mit dem Argument entgegengetreten, dass durch die von der Bundesregierung vorgeschlagene Fassung („Weitergehende“) Mindeststandards in den Ländern geschaffen werden sollen, vgl. BT-Drs. 18/10879, S. 60, 58. Es ist nach derzeitigem Stand der parlamentarischen Beratungen davon auszugehen, dass sich der vom Bundesrat angeregte Wortlaut („Abweichende“) durchsetzen wird.

11 BR-Drs. 655/1/16, S. 36 und BR-Drs. 655/16(B), S. 17 f. und BT-Drs. 18/10879, S. 51.

12 So auch BR-Drs. 655/16(B), S. 18 und BT-Drs. 18/10879, S. 51: „Zum anderen verfügen einige Länder bereits jetzt über abweichende Regelungen zum Vorkaufsrecht, die Bestand haben sollen. Hierzu gehört unter anderem ein auf landesrechtlicher Grundlage eingeführtes Verzeichnis der Grundstücke, für die ein Vorkaufsrecht besteht, das einen schnellen und rechtssicheren Erwerb des Eigentums ermöglicht und die notarielle Handhabung erheblich erleichtert.“ Da nur Nordrhein-Westfalen über das hier in Bezug genommene konstitutive Vorkaufsrechtsverzeichnis verfügt, nimmt der Gesetzgeber an dieser Stelle inhaltlich vollumfänglich auf § 73 LWG NRW Bezug und geht von seinem Fortbestand auch nach Inkrafttreten von § 99 a WHG-E aus.

13 *Reiff* NUR 2011, 90 (92); *Heinze* RNotZ 2010, 388; *Hecht* DNotZ 2010, 323 (328 f.); DNotI-Report 2010, 64 ff.; *Egner/Fuchs*, Naturschutz- und Wasserrecht 2009, § 66 BNatSchG Rn. 14; *Falkner* MittBayNot 2016, 378 (379); *WürzNotarHB/Hertel*, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 2 Rn. 414. So auch die Auffassungen der Landesverwaltungen in Nordrhein-Westfalen zum Verhältnis von § 66 BNatSchG zu dem bis 2016 geltenden § 36 a Landschaftsgesetz NRW (Erlass des Ministeriums für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz NRW v. 4.2.2010, III-4/III-5, 610.1.2006.00 – 2010) sowie in Bayern zum Verhältnis von § 66 BNatSchG zu dem bis 2011 geltenden Art. 34 BayNatSchG (Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Verbraucherschutz v. 8.9.2016).

C. Tatbestandsvoraussetzungen der Vorkaufsrechte

Sowohl gem. § 73 LWG NRW als auch gem. § 74 LNatSchG iVm § 66 BNatSchG besteht ein Vorkaufsrecht, wenn ein Kaufvertrag (vgl. I) über ein Grundstück oder Erbbaurecht (vgl. II) geschlossen wird, bei dem die materiell Beteiligten keine Ehe- oder Lebenspartner, in gerader Linie Verwandten oder Insolvenzverwalter sind (vgl. III) und bei dem das Grundstück oder Erbbaurecht in einer geschützten Kulisse belegen sowie im elektronischen Vorkaufsrechtsverzeichnis aufgeführt ist (vgl. IV). Eine Beschränkung auf Flächen, die im baurechtlichen Außenbereich iSd § 35 BauGB liegen, ist tatbestandlich nicht vorgesehen.¹⁴ Ferner ist auch eine noch im Entwurf der Landesregierung enthaltene tatbestandliche Beschränkung auf Flächen, die mindestens einen Hektar Größe haben, im Gesetzgebungsverfahren gestrichen worden.¹⁵ Zu der insoweit vierstufigen, durch den Notar in eigener Verantwortung vorzunehmenden Prüfung im Einzelnen:

I. Abschluss eines Kaufvertrages

Gem. §§ 73 Abs. 3 S. 5 LWG NRW, 66 Abs. 3 S. 4 BNatSchG iVm § 463 BGB können die neuen Vorkaufsrechte ausübt werden, „sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat.“ Die Vorkaufsrechte entstehen folglich erst mit Abschluss eines wirksamen¹⁶ schuldrechtlichen Kaufvertrages mit einem Dritten.¹⁷ Ein schuldrechtlicher Kaufvertrag iSd § 433 BGB wird bspw. nicht geschlossen bei einem Grundstückstausch, einer (gemischten)¹⁸ Grundstücksschenkung oder bei einer Einbringung eines Grundstücks in eine Gesellschaft.¹⁹ Ein Kaufvertrag wird nicht mit einem Dritten iSd § 463 BGB geschlossen im Falle der Auseinandersetzung einer Bruchteils- oder Gesamthandsgemeinschaft, bspw. bei einem Verkauf eines Miteigentumsanteils an einen anderen Miteigentümer

14 Eine derartige Beschränkung des Tatbestandes wäre nach der Gesetzesbegründung auch „nicht möglich“, vgl. LT-Drs. 16/10799, S. 497. Für ein tatbestandlich bestehendes wasserrechtliches Vorkaufsrecht ist in § 73 Abs. 1 S. 6 LWG NRW allerdings auf der Rechtsfolgenseite bestimmt, dass dieses nur dann ausgeübt werden darf, wenn die Fläche im Außenbereich gem. § 35 BauGB liegt (Ermessensreduzierung).

15 Im Gesetzentwurf der Landesregierung musste das Grundstück gem. § 74 Abs. 1 LNatSchG NRW mindestens einen Hektar (10.000 qm) Größe haben, um vom naturschutzrechtlichen Vorkaufsrecht erfasst zu sein, vgl. LT-Drs. 16/11154, S. 47, 182. Diese Beschränkung auf Flächen ab einem Hektar Größe wurde auf Antrag der Fraktionen SPD und BÜNDIS 90/DIE GRÜNEN und Empfehlung des Ausschusses für Klimaschutz, Umwelt, Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz gestrichen, „weil sie insbesondere in Arrondierungsfällen kontraproduktiv ist“, vgl. LT-Drs. 16/13323, S. 69, 140, 145.

16 *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 76. Aufl. 2017, § 463 Rn. 6, *Palandt/Bassenge*, BGB, 76. Aufl. 2017, § 1097 Rn. 2; *MüKoBGB/Westermann* BGB § 463 Rn. 16; *BeckOK BGB/Faust* § 463 Rn. 25 ff.

17 So genannter „Vorkaufsfall“, vgl. nur *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 76. Aufl. 2017, § 463 Rn. 5.

18 So *BeckOK BauGB/Spannowsky/Uechtritz/Griwotz*, § 26 Rn. 1, *Falkner* MittBayNot 2016, 378 (384) und ebenso in diesem Zusammenhang lesenswert zum Vorkaufsrecht gem. § 4 RSG, OLG Naumburg, 21.10.2009 – 2 Ww 5/09.

19 *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 76. Aufl. 2017, § 463 Rn. 5; *BeckOK BGB/Faust* § 463 Rn. 21 f.; *Winkler*, BeurKG, 18. Aufl. 2017, § 20 Rn. 3; *Hahn* MittRhNotK 1994, 193 (196). Zu den Umgehungsgeschäften, für die das Vorkaufsrecht greift, vgl. *MüKoBGB/Westermann* § 463 Rn. 20 ff.; *Falkner* MittBayNot 2016, 378 (384 f.); DNotI-Report 2012, 65.

oder bei dem Verkauf eines Nachlassgrundstücks an einen Miterben.²⁰

II. Gegenstand des Kaufvertrages

Beide Vorkaufsrechte erstrecken sich nach dem Wortlaut von § 73 Abs. 1 LWG NRW, § 66 Abs. 1 BNatSchG iVm § 74 Abs. 1 LNatSchG auf Grundstücke und damit zunächst grundsätzlich auch auf Wohnungs- und Teileigentumsrechte sowie auf Erbbaurechte und Wohnungs- und Teilerbbaurechte. Für das Wohnungs- und Teileigentum folgt dieser Grundsatz aus dessen rechtlicher Konstruktion als Miteigentumsanteil am Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an bestimmten Grundstücksbestandteilen.²¹ Für das Erbbaurecht und Wohnungs- und Teilerbbaurecht folgt dieser Grundsatz aus § 11 ErbbauRG, wonach für diese Rechte die Vorschriften über Grundstücke entsprechend gelten.²²

1. Wohnungs- und Teileigentum

Von dem vorstehenden Grundsatz machen beide Landesgesetze nur eine einzige ausdrückliche Ausnahme: Gem. § 73 Abs. 3 S. 6 LWG NRW und § 74 Abs. 5 LNatSchG NRW besteht ein Vorkaufsrecht an einem „Recht nach dem Wohnungseigentumsgesetz“ nicht. Damit werden aus dem Anwendungsbereich der neuen öffentlich-rechtlichen Vorkaufsrechte sowohl das Wohnungs- und Teileigentum iSd §§ 1 ff. WEG als auch die Wohnungs- und Teilerbbaurechte iSd § 30 WEG ausgenommen.

2. Erbbaurechte

Ein Unterschied im Wortlaut des Landeswasser- und des Landesnaturschutzgesetzes lässt die Frage aufkommen, ob auch Erbbaurechte von beiden Vorkaufsrechten erfasst sind. Nach dem Landeswasserrecht werden Erbbaurechte gem. § 73 Abs. 1 S. 2 LWG NRW ausdrücklich vom Vorkaufsrecht erfasst. Für das landesnaturschutzrechtliche Vorkaufsrecht findet sich eine derartige ausdrückliche gesetzliche Einbeziehung der Erbbaurechte hingegen weder in § 74 LNatSchG noch in § 66 BNatSchG. Vor dem Hintergrund des zuvor dargestellten Grundsatzes handelt es sich bei § 73 Abs. 1 S. 2 LWG NRW allerdings lediglich um eine gesetzliche Klarstellung. Diese gesetzliche Klarstellung ist in § 74 LNatSchG nicht aufgenommen worden, da der Einbezug von Erbbaurechten in den Anwendungsbereich dieser Norm im Gesetzgebungsverfahren zum Landesnaturschutzgesetz für nicht klarstellungsbedürftig gehalten wurde. Aus dem ausdrücklichen Einbezug von Erbbaurechten in den Anwendungsbereich des landeswasserrechtlichen Vorkaufsrechts kann folglich nicht der Schluss gezogen werden, dass Erbbaurechte in das landesnaturschutzrechtliche Vorkaufsrecht nicht einbezogen sind. Beide neuen öffentlich-rechtlichen Vorkaufsrechte erstrecken sich demnach auch auf Erbbau-

rechte iSd §§ 1 ff. ErbbauRG. Diese können allerdings für wasser- und naturschutzrechtliche Maßnahmen nur im Rahmen des gesetzlich (§ 1 Abs. 1 und 2 ErbbauRG) und vertraglich (§ 2 ErbbauRG) zulässigen Inhalts genutzt werden.²³ Bspw. wird die vollständige Renaturierung einer Fläche durch den Rückbau eines aufstehenden Bauwerkes nach Erwerb eines Erbbaurechtes an dieser Fläche gem. § 1 Abs. 1, § 2 Nr. 1 ErbbauRG in der Regel nicht möglich sein.²⁴

3. Miteigentum

Schließlich stellt sich die Frage, ob bei einem Verkauf von Miteigentumsanteilen ein landeswasser- und landesnaturschutzrechtliches Vorkaufsrecht besteht. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat dies in einem neueren Urteil für das Vorkaufsrecht nach dem bayerischen Landesnaturschutzgesetz gem. Art. 39 BayNatSchG in Zweifel gezogen.²⁵ Diese Zweifel können allerdings mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum gemeindlichen Vorkaufsrecht gem. §§ 24 ff. BauGB ausgeräumt werden.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind für ein gesetzliches Vorkaufsrecht drei Stufen zu unterscheiden: Die Entstehung des Vorkaufsrechts bei Vorliegen der öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen, die Begründung des Rechts zur Ausübung des Vorkaufsrechtes mit dem Abschluss des Kaufvertrages und schließlich die Ausübung dieses Rechts durch die vorkaufsberechtigte Behörde. Für die erste und zweite Stufe (Entstehung und Begründung) sei es allein maßgeblich, ob die öffentlich-rechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen des Vorkaufsrechts im Hinblick auf das Grundstück vorliegen, „ohne dass es in diesem Zusammenhang darauf ankäme, ob das Eigentum am Grundstück einer Person alleine oder mehreren Eigentümern (zu ideellen Bruchteilen oder zur gesamten Hand) zusteht.“ Erst auf der dritten Stufe (Ausübung) erlangten die Eigentumsverhältnisse Bedeutung, da das Vorkaufsrecht nur im Hinblick auf den Miteigentumsanteil ausgeübt werden kann und der zum Vorkauf berechtigten Behörde insoweit nur ein „Erwerbsvorgang in mehreren Teilakten möglich“ ist.²⁶

Festzuhalten ist demnach, dass im Anschluss an die höchstrichterliche Rechtsprechung zum gemeindlichen Vorkaufsrecht ein landeswasser- oder landesnaturschutzrechtliches Vorkaufsrecht auch an einem Miteigentumsanteil und folglich auch einem Erbbaurechtsanteil bestehen kann.

20 Palandt/Bassenge, 76. Aufl. 2017, § 1097 Rn. 3; Palandt/Weidenkaff, BGB, 76. Aufl. 2017, § 463 Rn. 6; MüKoBGB/Westermann § 463 Rn. 26 f.; BeckOK BGB/Faust § 463 Rn. 24; Falkner MittBayNot 2016, 378 (384); Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 20 Rn. 3.

21 Vgl. BGH 16.2.1984 – V ZB 24/83 = DNotZ 1984, 375 ff., in Juris unter Rn. 7; MüKoBGB/Kanzleiter § 311 b Rn. 11.

22 Vgl. MüKoBGB/Kanzleiter § 311 b Rn. 11.

23 Zu den regelmäßig nicht vorhandenen rechtlichen Voraussetzungen für den Erwerb einer Teilfläche eines Erbbaurechtes durch Ausübung eines der neuen Vorkaufsrechte vgl. unten Lit. E, Ziff. II, 2, a, cc.

24 Zwar erlischt das Erbbaurecht durch den Untergang des Bauwerkes gem. § 13 ErbbauRG nicht, dennoch wird der Erbbauberechtigte durch den Rückbau eines aufstehenden Bauwerkes regelmäßig gegen eine im Erbbaurechtsvertrag enthaltene Vereinbarung zur Errichtung, Instandhaltung und Verwendung des Bauwerkes iSd § 2 Nr. 1 ErbbauRG verstoßen, vgl. zu den Rechtsfolgen Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 9. Aufl. 2010, § 2 Rn. 33 ff.

25 Bayerischer Verwaltungsgerichtshof 8.12.2011 – 14 BV 10.559 = MittBayNot 2012, 246 ff., in Juris unter Rn. 25 f.

26 BGH 16.2.1984 – V ZB 24/83 = DNotZ 1984, 375 ff., in Juris unter Rn. 9 ff.

III. Beteiligte des Kaufvertrages

Schließen bestimmte privilegierte Personen als materiell Beteiligte den Kaufvertrag, sind die neuen öffentlich-rechtlichen Vorkaufsrechte ausgeschlossen (vgl. 1). Für den Notar stellt sich an dieser Stelle die Frage, welche Nachweise er für die Zugehörigkeit eines materiell Beteiligten zu diesem privilegierten Personenkreis verlangen sollte (vgl. 2).

1. Privilegierter Personenkreis

Beide Vorkaufsrechte sind gem. § 73 Abs. 3 S. 6 LWG NRW und gem. § 66 Abs. 3 S. 5 BNatSchG ausgeschlossen bei einem Verkauf eines Grundstücks oder Erbbaurechts an einen Ehegatten (§ 1310 BGB), eingetragenen Lebenspartner (§ 1 LPartG) oder einen Verwandten ersten Grades (§ 1589 BGB).²⁷ Die landeswasser- und landesnaturschutzrechtlichen Vorkaufsrechte sind ferner gem. §§ 73 Abs. 3 S. 5 LWG NRW, 66 Abs. 3 S. 4 BNatSchG iVm § 471 BGB ausgeschlossen bei einem Verkauf durch den Insolvenzverwalter aus der Insolvenzmasse (§§ 80, 35 InsO).²⁸ Mangels eines Verweises in §§ 73 Abs. 3 S. 5 LWG NRW, 66 Abs. 3 S. 4 BNatSchG auch auf den Abschlussgrund des § 470 BGB wird der Verkauf eines Grundstücks an einen gesetzlichen Erben von den neuen öffentlich-rechtlichen Vorkaufsrechten hingegen grundsätzlich erfasst. Maßgeblich ist der Status der Beteiligten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.²⁹

Wird ein Grundstück oder Erbbaurecht an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) verkauft, deren Gesellschafter ausschließlich zum privilegierten Personenkreis gehören, soll ein gesetzliches Vorkaufsrecht nach obergerichtlicher Rechtsprechung und Literatur nicht ausgeschlossen sein.³⁰ Diese Rechtsauffassung, die maßgeblich auf die Rechtsfähigkeit der GbR abstellt, überzeugt nicht. Die Übertragung eines Grundstücks auf eine GbR ohne Auslösung eines Vorkaufsfalles kann ohne weiteres dadurch erreicht werden, dass die privilegierten Personen (zB die eigenen Kinder) in einem ersten Schritt zunächst Miteigentum am Grundstück erwerben (Bruchteilseigentum) und diese Miteigentumsanteile sodann in einem zweiten Schritt in eine von ihnen neu gegründete GbR einbringen (Gesamthandseigentum). Der erste Schritt stellt aufgrund der Zugehörigkeit zum privilegierten Personenkreis keinen Vorkaufsfall dar. Der zweiten Schritt löst mangels Abschlusses eines Kaufvertrages mit einem Dritten iSd

§ 463 BGB keinen Vorkaufsfall aus.³¹ Wenn aber gestalterisch eine Übertragung eines Grundstücks auf eine GbR ohne Auslösung eines Vorkaufsrechtes über eine zweistufige (kostenintensivere) Vorgehensweise rechtlich möglich ist, kann auch eine unmittelbar einstufige Übertragung zu keinem anderen materiell-rechtlichen Ergebnis führen (interpolierende Betrachtungsweise).³²

Besteht eine Ehe-, Lebenspartner- oder Verwandtschaftsbeziehung nur zu einem von mehreren Beteiligten oder ist der Insolvenzverwalter nur als Verkäufer eines Miteigentumsanteils neben anderen Verkäufern beteiligt, ist das Vorkaufsrecht nur in diesem privilegierten Verhältnis ausgeschlossen. Verkauft bspw. ein Eigentümer sein Grundstück zu gleichen Teilen an seinen Sohn und seine Schwiegertochter, sind die landesrechtlichen Vorkaufsrechte nur im Hinblick auf den an den Sohn verkauften Miteigentumsanteil, hingegen nicht im Hinblick auf den an die Schwiegertochter verkauften Miteigentumsanteil ausgeschlossen.³³

2. Zugehörigkeitsnachweis

Wenn Ehegatten, Lebenspartner und Verwandte als materiell Beteiligte auftreten, stellt sich für den Notar die Frage, ob er sich auf die Angaben der Beteiligten verlassen kann oder ob er Nachweise verlangen sollte. Zur Beantwortung dieser Frage ist an dieser Stelle zunächst noch einmal zu vergegenwärtigen, dass die neuen Vorkaufsrechte nicht wie das gemeindliche Vorkaufsrecht verfahrensrechtlich gem. § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB durch eine Grundbuchsperre, sondern materiell-rechtlich gem. §§ 1098 Abs. 2, 883 Abs. 2 BGB durch die gesetzliche Anordnung einer relativen Unwirksamkeit sämtlicher dem Kaufvertragsschluss nachfolgende Verfügungen abgesichert ist.³⁴ Das Nichtbestehen eines Vorkaufsrechtes aufgrund einer Ehe-, Partner- oder Verwandtschaftsbeziehung der Vertragsbeteiligten wird folglich nicht durch das Grundbuchamt, sondern ausschließlich durch den Notar in eigener Verantwortung geprüft. Ob und welche Nachweise der Notar von den Beteiligten für diese Prüfung verlangt, obliegt daher allein seiner eigenen Entscheidung.

Für diese eigenverantwortliche Entscheidung sollte jeder Notar berücksichtigen, dass bei einem Nichtvorliegen einer Ehe-, Partner- oder Verwandtschaftsbeziehung entgegen den Angaben der Beteiligten und einem daraus folgendem Bestehen der landesrechtlichen Vorkaufsechte nicht nur die Eigentumsumschreibung auf den Käufer, sondern auch eine etwaige Grundschuld zugunsten der den Kaufpreis finanzierenden Bank und darüber hinaus auch sämtliche etwaig nachfolgende weitere Eigentumsumschreibungen und Belastungen dem Land Nordrhein-Westfalen gegenüber relativ unwirksam sind („tickende Zeitbombe“).³⁵ Ein gutgläubig lastenfreier Erwerb eines mit einem landeswasser- oder landesnaturschutzrechtlichen Vorkaufsrecht belasteten Grundstücks oder Erbbaurechtes ist nicht möglich, da diese Vorkaufsrechte gem.

27 Die Ausnahmegvorschrift ist insoweit wesentlich enger als die des § 26 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, wonach auch gegenüber in gerader Linie Verschwägerten (zB Schwiegertochter, Schwiegermutter) und in der Seitenlinie bis zum dritten Grad Verwandten (zB Geschwister, Onkel, Tante) das gemeindliche Vorkaufsrecht ausgeschlossen ist. Ein Änderungsantrag der CDU Fraktion im Landtag auf eine entsprechende erweiternde Einfügung dieser Ausnahmen in § 74 Abs. 5 S. 2 LNatSchG wurde abgelehnt, vgl. LT-Drs. 16/13323, S. 129, 136.

28 Auf die Einschränkung des § 1098 Abs. 1 S. 2 BGB für das dingliche Vorkaufsrecht wird weder gem. § 73 Abs. 3 S. 5 LWG NRW noch gem. § 66 Abs. 3 S. 4 BNatSchG verwiesen. Ebenso ist ein Vorkaufsrecht aufgrund des darin enthaltenen Verweises auf § 471 BGB ausgeschlossen für den in der notariellen Praxis bedeutungslosen Verkauf durch das Vollstreckungsgericht in der Zwangsversteigerung (§§ 866 BGB, 15 ff. ZVG).

29 Vgl. EZBK/Stock BauGB § 26 Rn. 2 a; BeckOK BauGB/Grziwotz BauGB § 26 Rn. 2 a. E.

30 So zum Ausschluss des Vorkaufsrechtes gem. § 26 Nr. 1 BauGB auf Grundlage der (neuen) höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der GbR OLG Celle 21.11.2013 – 4 W 201/13 (MittBayNot 2014, 486) und dem zustimmend Grziwotz ZfR 2014, 532 ff.

31 Vgl. hierzu bereits oben Lit. C, Ziff. I.

32 Vgl. hierzu in Bezug auf die Befreiungstatbestände im Grunderwerbsteuerrecht BFH, 11.8.2014 – II B 131/13 (DNotl-Report 2015, 38).

33 Vor dem Hintergrund des Sinns und Zwecks der Ausnahme, dass das Land nicht von dem oft unter dem Verkehrswert liegenden „familieninternen“ Kaufpreis profitieren soll (vgl. so zu § 26 Nr. 1 BauGB BT-Drs. 10/4630, S. 83; EZBK/Stock BauGB § 26 Rn. 1), erscheint die Verengung des ausgenommenen Personenkreises zweifelhaft.

34 Vgl. hierzu bereits oben Lit. A.

35 Falkner MittBayNot 2016, 465 (467).

§§ 73 Abs. 3 S. 1 LWG NRW, 66 Abs. 3 S. 1 BNatSchG keiner Eintragung in das Grundbuch bedürfen und folglich vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht erfasst werden.³⁶

Vor dem Hintergrund dieser scharfen dinglichen Rechtsfolge bestehender landeswasser- und landesnaturrechtlicher Vorkaufrechte erscheint es für die notarielle Praxis angezeigt, entsprechend der Verfahrensweise des Grundbuchamtes bei der Prüfung der gemeindlichen Vorkaufsrechte gem. § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB nur bei einem für den Notar offenkundigen Ehe-, Partner- oder Verwandtschaftsverhältnis von Nachweisen in Form von öffentlichen Urkunden (Ehe-, Lebenspartnerschaft- oder Geburtsurkunden) abzusehen.³⁷ Stellen sich die Beteiligten dem Notar als Ehe- oder Lebenspartner vor, ist bei identischem Familiennamen beider Beteiligten und einem aus den stets vorliegenden Ausweisdokumenten (§§ 4 Abs. 4 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 7 a GWG) ersichtlichen abweichenden Geburtsnamen eines Beteiligten eine derartige Offenkundigkeit regelmäßig gegeben. Ist das Verhältnis nicht offenkundig oder gelingt ein solcher Nachweis durch öffentliche Urkunden nicht, etwa wenn die Beteiligten keine deutschen Staatsangehörigen sind und öffentliche Personensurkunden nicht vorlegen können, ist eine höchst vorsorgliche Einsichtnahme in das elektronische Vorkaufsrechtsverzeichnis und – im Falle einer Vorkaufsrechtsbefangenheit des Grundstücks oder Erbbaurechts – auch eine höchst vorsorgliche Anfrage bei der Bezirksregierung, ob ein etwaig bestehendes Vorkaufsrecht ausübt wird, keine unrichtige Sachbehandlung iSd § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG.³⁸

IV. Belegenheit und Aufführung des Grundstücks

Beide Vorkaufsrechte setzen schließlich tatbestandlich voraus, dass das Grundstück oder Erbbaurecht in einer für den Wasserhaushalt und den Naturschutz bedeutsamen Kulisse belegen und im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in einem vom Land Nordrhein-Westfalen geführten Vorkaufsrechtsverzeichnis aufgeführt ist. Beide Tatbestandsvoraussetzungen können rechtssicher nur durch eine Einsichtnahme durch den Notar in das elektronische Vorkaufsrechtsverzeichnis festgestellt werden.

1. Belegenheit des Grundstücks in geschützten Kulissen

Die Prüfung der Belegenheit des Grundstücks in einer gem. §§ 73 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 LWG NRW, 74 Abs. 1 LNatSchG NRW geschützten Kulisse („fließende oberirdische Gewässer; Überschwemmungsgebiet; Gebiet für die Gewässerentwicklung, das sich im Zulassungsverfahren befindet; Naturschutzgebiet; FFH-Gebiet; Nationalpark“) kann rechtssicher nur durch eine Abfrage im elektro-

nischen Vorkaufsrechtsverzeichnis erfolgen. Zwar besteht über eine öffentlich zugängliche Homepage (www.uvo.nrw.de) die Möglichkeit, die Belegenheit von katastertechnischen Flurstücken in diesen geschützten Kulissen festzustellen.³⁹ Da die Vorkaufsrechte jedoch nicht auf einem katastertechnischen Flurstück, sondern stets auf einem Grundstück im Rechtssinne lasten,⁴⁰ kann eine Belegenheitsprüfung rechtssicher ausschließlich über eine nicht öffentlich zugängliche Anwendung des elektronischen Vorkaufsrechtsverzeichnisses erfolgen.⁴¹ Da der Notar für einen rechtssicheren Grundstücksverkehr zu sorgen hat, räumen ihm beide Gesetze gem. § 73 Abs. 4 S. 2 LWG NRW und § 74 Abs. 6 S. 2 LNatSchG NRW ein Einsichtsrecht in dieses Vorkaufsrechtsverzeichnis ein.⁴²

2. Aufführung des Grundstücks im Vorkaufsrechtsverzeichnis

Nach dem Landeswasser- und Landesnaturschutzgesetz ist das Vorkaufsrecht gem. §§ 73 Abs. 1 S. 1 LWG NRW, 74 Abs. 1 LNatSchG NRW rechtlich so ausgestaltet, dass es erst dann zur Entstehung gelangt, wenn das Grundstück oder Erbbaurecht in einem vom Land verwalteten Vorkaufsrechtsverzeichnis aufgeführt ist. Auch diese tatbestandliche Prüfung kann folglich nur durch eine Einsichtnahme in das insoweit konstitutive Vorkaufsrechtsverzeichnis erfolgen. Ein derartiges, von einer Eintragung in ein Verzeichnis abhängiges öffentlich-rechtliches Vorkaufsrecht kannte das deutsche Recht bislang nicht. Nordrhein-Westfalen tritt in dieser Hinsicht rechtliches Neuland.

a) Maßgeblicher Zeitpunkt

Beide Gesetze bestimmen als maßgeblichen Zeitpunkt für die Aufführung des Grundstücks oder Erbbaurechts im Vorkaufsrechtsverzeichnis den Vertragsschluss. Auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Kaufvertrages kommt es nicht an. Wenn die Beurkundung bei gleichzeitiger Anwesenheit sämtlicher formell Beteiligter erfolgt, ist allein der beurkundungsverfahrensrechtliche Zeitpunkt der Genehmigung der Niederschrift iSd § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG durch die Beteiligten maßgebend.⁴³ Dies gilt auch dann, wenn bei der Beurkundung ein formell Beteiligter als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt, da die materiellrechtliche Genehmigung des Vertretenen gem. § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes durch den Vertreter zurückwirkt. Wenn die Be-

36 So ausdrücklich zum bayerischen naturschutzrechtlichen Vorkaufsrecht BayObLG 1.8.2000 – 2Z BR 57/00 (MittBayNot 2000, 555 f.) und Frank MittBayNot 2000, 555 (557). Zur umstrittenen Möglichkeit einer Eintragung in das Grundbuch vgl. KEHE, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, Einl. § 10 Rn. 35, 32.

37 Zu diesem Prüfungsmaßstab des Grundbuchamtes im Rahmen von § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 4130; BeckOK BauGB/Grziwotz BauGB § 28 Rn. 7; EZBK/Stock BauGB § 28 Rn. 17 a.E.

38 Vgl. zu den Gebühren auch sogleich unten Lit. F, III.

39 Dadurch wird dem Veröffentlichungsgebot aus § 73 Abs. 4 S. 1 LWG NRW, 74 Abs. 6 S. 1 LNatSchG NRW genüge getan.

40 Vgl. hierzu auch sogleich unten Lit. D, I.

41 So i.E. auch LT-Drs. 16/10799, S. 498 (LWG NRW) und LT-Drs. 16/11154, S. 182 (LNatSchG).

42 Ob das Vorkaufsrechtsverzeichnis auch die richtigen tatsächlichen Informationen enthält, dh ob das Grundstück tatsächlich innerhalb der durch Geoinformationen bestimmten Kulissen belegen ist und ob auch die ggf. weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen tatsächlich vorliegen (zB ob das Grundstück tatsächlich unbebaut ist iSd § 73 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 LWG NRW), lässt sich im Streitfall nur durch eine Beweiserhebung im gerichtlichen Verfahren feststellen.

43 Für den Vertragsschluss kommt es allein auf die in der notariellen Verhandlung erklärte verfahrensrechtliche Genehmigung der verlesenen Willenserklärungen iSd § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG an, da in diesem Zeitpunkt materiell-rechtlich die für den Vertragsschluss erforderliche Willenseinigung iSd § 145 ff. BGB erfolgt. Auf die gem. § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG verfahrensrechtlich nachfolgenden (und grundsätzlich nachholbaren) Unterschriften durch die Beteiligten und den Notar kann es folglich für den Vertragsschluss materiell-rechtlich nicht mehr ankommen, vgl. ebenso Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 13 Rn. 63.

urkundung hingegen nicht bei gleichzeitiger Anwesenheit sämtlicher formell Beteiligten erfolgt, dh der Kaufvertrag durch eine getrennte Aufnahme von Angebot und Annahme beurkundet wird, ist nach § 152 S. 1 BGB allein der beurkundungsverfahrensrechtliche Zeitpunkt der Genehmigung iSd § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG durch den Annehmenden maßgeblich.⁴⁴ Festzuhalten ist, dass der Zeitpunkt des Vertragsschlusses iSd §§ 73 Abs. 1 S. 1 LWG NRW, 74 Abs. 1 LNatSchG NRW beurkundungsverfahrensrechtlich stets der Zeitpunkt der Genehmigung der Niederschrift iSd § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG durch sämtliche formell Beteiligte ist.

b) Handhabung in der Praxis

Vor diesem rechtlichen Hintergrund sollte der Notar in der Praxis stets am Tag der Beurkundung des Grundstückskaufvertrages in das elektronische Vorkaufsrechtsverzeichnis Einsicht nehmen und die Aufführung des Grundstücks oder Erbbaurechts im Vorkaufsrechtsverzeichnis prüfen. Da der Datenbestand des Vorkaufsrechtsverzeichnisses gemäß einer internen Verwaltungsanweisung nur außerhalb der üblichen Öffnungszeiten zwischen 20 und 6 Uhr aktualisiert werden darf⁴⁵ und der automatisiert erzeugte Bescheid gegenüber dem Notar darüber hinaus den zugrundeliegenden Datenbestand mit einem Datum (ohne Uhrzeit) bestätigt, muss eine Einsichtnahme nicht exakt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erfolgen. Ausreichend ist vielmehr stets eine Einsichtnahme durch den Notar in das Verzeichnis im Laufe des Tages der Beurkundung, die in der notariellen Praxis etwa mit einer Einsichtnahme in das Grundbuch zwecks Abrufs eines Aktualitätsnachweises für das Grundbuchblatt verbunden werden könnte.

Unterbleibt eine Einsichtnahme am Tag der Beurkundung, wird in der Regel auch die Einsichtnahme zu einem späteren Zeitpunkt eine Prüfung der Aufführung des Grundstücks oder Erbbaurechts im Vorkaufsrechtsverzeichnis ermöglichen. Eine Aktualisierung des Datenbestandes des elektronischen Vorkaufsrechtsverzeichnisses erfolgt nämlich nicht täglich, sondern in größeren zeitlichen Abständen (alle drei Monate).⁴⁶ Darüber hinaus wird eine Aktualisierung auf der Oberfläche der Webanwendung des Vorkaufsrechtsverzeichnisses drei Werkzeuge vorher angekündigt.⁴⁷ Maßgeblich ist insoweit immer das im Bescheid aufgeführte Datum des zugrundeliegenden Datenbestandes. Liegt dieses Datum vor oder am Tag der Beurkundung, kann der Notar die Aufführung des Grundstücks oder Erbbaurechts im Vorkaufsrechtsverzeichnis im maßgeblichen Zeitpunkt überprüfen. Nur wenn das Datum des dem Bescheid zugrundeliegenden Datenbestandes nach dem Tag der Beurkundung liegt, kann der Notar eine Prüfung der Aufführung des Grundstücks oder Erbbaurechts im Vorkaufsrechtsverzeichnis nicht mehr selbst vornehmen. Das elektronische Vorkaufsrechtsverzeichnis ermöglicht dem Notar nämlich technisch lediglich eine

Einsichtnahme auf Grundlage des jeweils aktuellen Datenbestandes.⁴⁸ Die Einsichtnahme in einen älteren Datenbestand ist ausschließlich den Bezirksregierungen möglich. In diesen Ausnahmefällen bleibt dem Notar folglich nur die Möglichkeit, außerhalb des elektronischen Vorkaufsrechtsverzeichnisses die für die Ausübung der Vorkaufsrechte jeweils zuständige Bezirksregierung unter Darlegung dieses Sachverhaltes um die Erteilung eines Negativattestates bzw. einer Nichtausübungserklärung zu bitten. Dieses Verfahren ist für diesen Ausnahmefall mit den Bezirksregierungen abgestimmt.⁴⁹ Das Anschreiben des Notars sollte stets den vom Vorkaufsrechtsverzeichnis erzeugten Bescheid zur Anlage haben und könnte wie folgt formuliert werden:

An die zuständige Bezirksregierung

Vorkaufsrechtsanfrage

Sehr geehrte Damen und Herren,

vor mir wurde am *** ein Kaufvertrag geschlossen. Den Vertragsgegenstand können Sie dem in der **Anlage** beigefügten Bescheid des Landesamtes für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz NRW entnehmen.

Am Tag der Beurkundung war mir eine Einsichtnahme in das elektronische Vorkaufsrechtsverzeichnis nicht möglich. Aufgrund einer in der Zwischenzeit erfolgten Aktualisierung des Datenbestandes des Vorkaufsrechtsverzeichnisses (Datenbestand des in der Anlage beigefügten Bescheides: ***) ist mir eine Feststellung, ob der Vertragsgegenstand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Vorkaufsrechtsverzeichnis aufgeführt war, nicht mehr möglich.

Im Namen und im Auftrag der Vertragsbeteiligten darf ich daher um Mitteilung bitten, ob ein Vorkaufsrecht an dem Vertragsgegenstand besteht und ob Sie auf die Ausübung gegebenenfalls bestehender Vorkaufsrechte verzichten.

Mit freundlichen Grüßen

Notar

Anlage

Wenn das Grundstück oder Erbbaurecht zwar im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Vorkaufsrechtsverzeichnis aufgeführt war, aber im späteren Zeitpunkt der Einsichtnahme durch den Notar nicht mehr im Vorkaufsrechtsverzeichnis aufgeführt ist, hat die Bezirksregierung in der Regel auf die Ausübung des Vorkaufsrechts zu verzichten. Enthält die Antwort der Bezirksregierung hingegen eine Erklärung über die Ausübung eines Vorkaufsrechts, ist dieser Ausübungsbescheid regelmäßig ermessensfehlerhaft: Eine Ausübungserklärung überschreitet in diesen Fällen nämlich die gem. § 73 Abs. 1 S. 6 LWG NRW, § 66 Abs. 2 BNatSchG gesetzten Ermessensgrenzen („darf nur“), da die Fläche im Zeitpunkt der Entscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechtes offensichtlich nicht mehr für den Wasserhaushalt und den Naturschutz bedeutsam ist.

D. Einsichtnahme in das Vorkaufsrechtsverzeichnis

Wie soeben dargestellt, kann eine Belegenheit des Grundstücks oder Erbbaurechts in einer geschützten Kulissee so

44 Auf den Zugang der Annahmeerklärung beim Anbietenden kommt es nicht an, es sei denn, es wurde etwas anderes bestimmt, vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 76. Aufl. 2017, § 152 Rn. 1.

45 Vgl. Handlungsanweisung für Notare, Ziffer 3.2 (abrufbar unter www.vokar.nrw.de – unter dem Reiter „Über VOKAR NRW“).

46 Vgl. Handlungsanweisung für Notare, Ziffer 3.2 (abrufbar unter www.vokar.nrw.de – unter dem Reiter „Über VOKAR NRW“).

47 Vgl. Handlungsanweisung für Notare, Ziffer 3.2 (abrufbar unter www.vokar.nrw.de – unter dem Reiter „Über VOKAR NRW“).

48 Vgl. Handlungsanweisung für Notare, Ziffer 3.4.3 (abrufbar unter www.vokar.nrw.de – unter dem Reiter „Über VOKAR NRW“).

49 Handlungsanweisung für Notare, Ziffer 3.4.3 (abrufbar unter www.vokar.nrw.de – unter dem Reiter „Über VOKAR NRW“).

wie eine Aufführung dieses Grundstücks oder Erbbaurechtes im Vorkaufsrechtsverzeichnis nur durch eine Einsichtnahme des Notars in das elektronische Vorkaufsrechtsverzeichnis rechtssicher festgestellt werden. Die vom Notar vorzunehmenden Eingaben in das Verzeichnis und die von ihm vorzunehmenden Prüfungen innerhalb des Verzeichnisses werfen in der Anwendungspraxis Fragen auf, die im Folgenden beantwortet werden sollen.

I. Funktionsweise

Zum Verständnis der erforderlichen Eingaben in das Vorkaufsrechtsverzeichnis, der darin vorzunehmenden Prüfungen sowie des automatisiert erzeugten Bescheides über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Vorkaufsrechtes ist es zunächst hilfreich, ein grundsätzliches Verständnis von der Funktionsweise dieses Verzeichnisses zu haben.

Ein Vorkaufsrecht kann nur an einem Grundstück im Rechtssinne bestehen. Ein Grundstück im Rechtssinne entsteht durch Buchung einer oder mehrerer Flurstücke unter einer laufenden Nummer (§ 6 Abs. 1 GBV) auf einem einzelnen oder gemeinschaftlichen Grundbuchblatt (§§ 3 Abs. 1 S. 1, 4 Abs. 1 GBO, § 4 GBV) durch das Grundbuchamt.⁵⁰ Das Flurstück als der tatsächlich vermessene Teil der Erdoberfläche (§ 11 Abs. 2 S. 1 VermKatG NRW) und kleinste Einheit des Grundstücks im Rechtssinne wird hierbei nicht durch das Grundbuchamt selbst, sondern durch das von der Katasterbehörde geführte Liegenschaftskataster bestimmt (§ 2 Abs. 2 GBO).⁵¹

Die im jeweiligen Grundbuch hinterlegten Daten der Grundstücke im Rechtssinne und die im jeweiligen Liegenschaftskataster hinterlegten Daten der Flurstücke werden in Nordrhein-Westfalen zwar dezentral und unabhängig voneinander in den jeweiligen Grundbuchämtern und Katasterbehörden verwaltet, jedoch in regelmäßigen Abständen im Geodatenzentrum der Bezirksregierung Köln zu einem Sekundärdatenbestand zentral zusammengeführt.⁵² Diesen zusammengeführten Sekundärdatenbestand zu den Grundstücken und Flurstücken in Nordrhein-Westfalen verschneidet das Vorkaufsrechtsverzeichnis mit den zentralen Geodatenbeständen zu den für den Wasserhaushalt und den Naturschutz gem. § 73 Abs. 1 LWG NRW und gem. § 74 Abs. 2 LNatSchG NRW bedeutsamen Kulissen („fließende oberirdische Gewässer; Überschwemmungsgebiet; Gebiet für die Gewässerentwicklung, das sich im Zulassungsverfahren befindet; Naturschutzgebiet;

FFH-Gebiet; Nationalpark“). Führt der Verschnitt dieser beiden zentralen Datenbestände zu einer auch nur teilweisen Flächenüberschneidung, wird das davon betroffene Grundstück im Rechtssinne automatisch im Vorkaufsrechtsverzeichnis als vorkaufsrechtsbelastet aufgeführt. Eine individuelle fachliche Prüfung, ob die Bezirksregierung oder ein begünstigter Dritter⁵³ tatsächliches Interesse an der Ausübung des Vorkaufsrechtes im Hinblick auf dieses Grundstück oder Erbbaurechtes hat, erfolgt an dieser Stelle noch nicht. Auf Grundlage des ersten Datenbestandverschnittes sind etwa 9 % aller Grundstücke in Nordrhein-Westfalen mit einem neuen öffentlich-rechtlichen Vorkaufsrecht belastet.

II. Eingaben des Notars

Um zu überprüfen, ob das Grundstück oder Erbbaurecht in den maßgeblichen Kulissen belegen und im Vorkaufsrechtsverzeichnis aufgeführt ist, hat sich der Notar Zugang zum Vorkaufsrechtsverzeichnis zu verschaffen (vgl. 1), darin die erforderlichen Daten zur Identifizierung des Grundstücks oder Erbbaurechtes einzugeben (vgl. 2) und die vom Verzeichnis ausgegebenen Katasterinformationen zu überprüfen (vgl. 3) sowie im Falle der Vorkaufsrechtsbefangenheit des Grundstücks oder Erbbaurechtes auch seine eigene Vertretungsberechtigung sowie gegebenenfalls die Daten des Verkäufers mitzuteilen (vgl. 4).

1. Login

Jeder Notar wird im Zeitpunkt seines Amtsantrittes von seiner Regionalkammer in dem von der Bundesnotarkammer verwalteten elektronischen Notarverzeichnis angelegt. Mit der Anlegung des Notars im Notarverzeichnis werden automatisch individuelle Zugangsdaten für das Zentrale Testamentsregister generiert und dem Notar zur Verfügung gestellt. Jeder Notar in der Bundesrepublik verfügt demnach über eine bei der Bundesnotarkammer gespeicherte individuelle Benutzererkennung mit dazugehörigem Kennwort. Diese Zugangsdaten macht sich das elektronische Vorkaufsrechtsverzeichnis über eine Schnittstelle zu Nutze und gewährt jedem Notar Zugang, der sich über die Webseite des Verzeichnisses (www.vokar.nrw.de) mit der bei seinem Amtsantritt von der Bundesnotarkammer individuell zugewiesenen Benutzererkennung und dazugehörigem Kennwort für das Zentrale Testamentsregister einwählt.

2. Eingabe von Grundbuchinformationen

Nach der Einwahl hat der Notar zunächst die für eine Identifizierung des Grundstücks im Rechtssinne erforderlichen Daten einzugeben. Es handelt sich hierbei gewissermaßen um die vier notwendigen „Adressdaten“,⁵⁴ um ein Grundstück im Rechtssinne im Grundbuch zu finden. Die ersten drei erforderlichen Informationen sind der Aufschrift des Grundbuchblattes zu entnehmen: das Amtsgericht, der Grundbuchbezirk und die Blattnummer (§ 5 GBV). Die vierte Information ist der ersten Spalte des Bestandsverzeichnisses des Grundbuchblattes zu entnehmen: Die laufende Nummer des Grundstücks (§ 6 Abs. 1 GBV). Diese vier Daten sind erforderlich aber auch ausreichend,

50 Jedes Grundstück im Rechtssinne erhält gem. § 6 Abs. 1 GBV in Spalte 1 des Bestandsverzeichnisses eine eigene Nummer, auch wenn gem. § 3 Abs. 1 GBO nur ein einziges Grundbuchblatt für das Grundstück im Rechtssinne gebildet wurde, vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 561, 581; KEHE, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 6 GBV Rn. 2; Meikel, GBO, 10. Aufl. 2009, § 6 GBV Rn. 7; Weirich, Grundstücksrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 464; BeckOK GBO/Holzer, GBO § 2 Rn. 17.

51 Auf die aus dem Liegenschaftskataster in das Bestandsverzeichnis des Grundbuchblattes übernommenen vermessungstechnischen „Bestandsangaben“ zur Gemarkung, zur Flur und zum Flurstück erstreckt sich nach einhelliger Rechtsprechung auch die Rechtsvermutung des § 891 BGB und der öffentliche Glaube des Grundbuchs gem. § 892 BGB, vgl. nur RGZ 73, 125, 129 (in Juris abrufbar) und BeckOK GBO/Holzer, GBO § 2 Rn. 33 ff. mwN.

52 Genauer besehen werden zunächst die Grundstücksdaten der Grundbücher von den Grundbuchämtern an die Katasterämter nachrichtlich übermittelt und in den Liegenschaftskatastern zu den jeweiligen Flurstücken nachrichtlich geführt. Erst dieser bei den jeweiligen Katasterämtern zusammengeführte Datenbestand wird sodann im Geodatenzentrum der Bezirksregierung Köln zu einem Sekundärdatenbestand zentral zusammengeführt.

53 Hierzu sogleich unten Lit. E, Ziff. II, 2, c.

54 So treffend Meikel, GBO, 10. Aufl. 2009, § 6 GBV Rn. 5, 6.

um ein Grundstück im Rechtssinne eindeutig zu identifizieren. Nur diese vier Adressdaten hat der Notar folglich in das elektronische Vorkaufsrechtsverzeichnis einzugeben. In den folgenden besonderen Konstellationen bedarf es einer näheren Untersuchung, welche Adressdaten damit genau gemeint sind:

a) Eingaben beim Verkauf einer Teilfläche

Im Falle des Verkaufs einer Teilfläche eines Grundstücks stellt sich die Frage, welche Adressangaben der Notar im Vorkaufsrechtsverzeichnis zu machen hat. Verfahrensrechtlich betroffen ist auch im Falle eines Teilflächenverkaufs stets das ungeteilte Grundstück im Rechtssinne, von dem erst im weiteren Vollzug die im Kaufvertrag bestimmte Teilfläche gem. § 2 Abs. 3 GBO zunächst katastermäßig durch Vermessung und Bildung eines Flurstücks oder Zufurstücks⁵⁵ und sodann grundbuchmäßig durch Abschreibung rechtlich verselbständigt wird.⁵⁶ Erst durch die Abschreibung der Teilfläche im Grundbuch gem. § 903 BGB, §§ 2 Abs. 3, 13 Abs. 4 GBV und der Eintragung gem. § 3 Abs. 1 S. 1 GBO bzw. Vereinigung oder Zuschreibung gem. § 890 BGB, §§ 5, 6, 13 Abs. 1, 2 GBV dieser Teilfläche unter einer neuen laufenden Nummer auf demselben oder einem anderen Grundbuchblatt entsteht ein neues Grundstück im Rechtssinne.⁵⁷

Der Notar hat daher bei einem Teilflächenverkauf stets die Adressdaten des noch ungeteilten Grundstücks in das Vorkaufsrechtsverzeichnis einzugeben. Ist dieses Grundstück im Rechtssinne zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Vorkaufsrechtsverzeichnis aufgeführt, besteht daran zunächst grundsätzlich ein landeswasser- oder landesnaturschutzrechtliches Vorkaufsrecht. Ob die aus dem ungeteilten Grundstück verkaufte Teilfläche in einer geschützten Kulisse belegen ist und daher auch nach ihrer Abschreibung noch von einem der Vorkaufsrechte erfasst ist, kann im Vorkaufsrechtsverzeichnis nicht abgebildet werden und ist Gegenstand der Fachprüfung durch die Bezirksregierung (vgl. auch §§ 73 Abs. 1 S. 3 LWG NRW, § 66 Abs. 1 S. 2 BNatSchG).

b) Eingaben beim Verkauf eines dienenden Grundstücks

In einem besonderen Fall kann die laufende Nummer eines Grundstücks im Rechtssinne auch aus mehr als nur einer Nummer bestehen. Gem. § 3 Abs. 4, Abs. 5 S. 1 GBO kann ein dienendes Grundstück (zB eine Zufahrt oder ein Garagenhof), das im Miteigentum der Eigentümer der jeweiligen herrschenden Grundstücke steht, auch ausschließlich auf den Grundbuchblättern der jeweils herrschenden Grundstücke eingetragen werden.⁵⁸ Gem. § 8 a) S. 1 GBV erhält in diesen Fällen der jeweilige Miteigen-

tumsanteil auf den jeweiligen Grundbuchblättern der herrschenden Grundstücke eine eigene laufende Nummer, unter die gem. § 8 a) S. 2 GBV durch einen Bruchstrich trennt die laufende Nummer des herrschenden Grundstücks mit dem Zusatz „zu“ beizufügen ist (zB lfd. Nr. 2/ zu 1).⁵⁹ Vor dem Hintergrund, dass diese Eintragung gem. § 5 Abs. 5 S. 2 GBO als Grundbuch für den einzelnen Miteigentumsanteil gilt und es sich demnach jeweils um ein verselbständigtes materiell-rechtliches Grundstücksrecht handelt,⁶⁰ hat der Notar im Vorkaufsrechtsverzeichnis auch in diesen Fällen ausschließlich die laufende Nummer anzugeben. Die insoweit rein informatorischen Zusätze⁶¹ des Bruchstriches, der Bezeichnung „zu“ und der laufenden Nummer des herrschenden Grundstücks haben für das Vorkaufsrechtsverzeichnis keine Bedeutung und sind nicht mit anzugeben.

c) Eingaben beim Verkauf eines Erbbaurechts

Das landeswasser- und landesnaturschutzrechtliche Vorkaufrecht erstreckt sich auch auf Erbbaurechte.⁶² Da für Erbbaurechte gem. § 14 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG das Grundbuchblatt des Erbbaugrundbuchs für das Erbbaurecht das Grundbuch iSd Gesetzes ist, hat das Land die Adressdaten des Erbbaugrundbuchs im Vorkaufsrechtsverzeichnis aufzuführen, damit ein Vorkaufsrecht gem. §§ 73 Abs. 1 S. 1 LWG NRW, 74 Abs. 1 LNatSchG zur Entstehung gelangt. Insbesondere im Falle der Bestellung eines Erbbaurechtes als Gesamterbbaurecht iSd § 6 a GBO an mehreren Grundstücken⁶³ wird die ausschließliche Maßgeblichkeit der Erbbaugrundbuches offenbar. Folglich hat der Notar bei einem Verkauf eines Erbbaurechtes die erforderlichen Grundbuchinformationen ausschließlich dem Erbbaugrundbuchblatt zu entnehmen. Das Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks, genauer gesagt die zweite Abteilung des Grundstücksgrundbuchs,⁶⁴ spielt für die Abfrage im Vorkaufsrechtsverzeichnis keine Rolle.⁶⁵

Der Notar hat daher bei einem Verkauf eines Erbbaurechtes zunächst grundsätzlich dieselben vier Adressdaten in das Vorkaufsrechtsverzeichnis einzugeben, wie beim Verkauf eines Grundstücks: Das Amtsgericht, den Grundbuchbezirk und die Blattnummer sind der Aufschrift des

55 Soll der abzuschreibende Grundstücksteil ein selbständiges Grundstück werden, so muss ein Flurstück gebildet werden. Soll er mit einem anderen Grundstück vereinigt werden (vorübergehende Verselbständigung), so kann er in Form eines Zufurstücks gekleidet werden, vgl. instruktiv Bengel/Simmerding, GBO, 5. Aufl. 1999, § 2 Rn. 86, 91 ff.

56 Vgl. KEHE, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 2 GBO Rn. 6, 13; Bengel/Simmerding, GBO, 5. Aufl. 1999, § 2 Rn. 70 ff.; Geißel MittRhNotK 1997, 333 ff.

57 Bengel/Simmerding, GBO, 5. Aufl. 1999, § 2 Rn. 71; Geißel MittRhNotK 1997, 333 (334).

58 Das dienende Grundstück erhält als Ausnahme zu § 3 Abs. 1 GBO folglich kein eigenes Grundbuchblatt und ist insoweit „buchungsfrei“, vgl. nur KEHE, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 4 GBO Rn. 8 ff.

59 In dieser Weise kann unter einer eigenen laufenden Nummer im Bestandsverzeichnis gem. §§ 9 GBO, 7 GBV auch ein subjektivdingliches Recht (zB eine Grunddienstbarkeit) auf dem Grundbuchblatt des herrschenden Grundstücks vermerkt werden (sog. „Herrschermerk“), bei dem es sich allerdings nicht um Grundstück im Rechtssinne handelt und daher an dieser Stelle keine Bedeutung hat, vgl. nur KEHE, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 7 GBV Rn. 1.

60 KEHE, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 4 GBO Rn. 10.

61 KEHE, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 8 GBO Rn. 2.

62 Vgl. hierzu bereits oben Lit. C, II, 2.

63 Vgl. hierzu Palandt/Wicke, 75. Aufl. 2017, ErbbauRG 1 Rn. 10; v. Oefele/Winkler, Hdb. ErbbauR 2012, 2.90, 3.37 f.; Staudinger/Rapp, ErbbauRG 2017, § 1 Rn. 22.

64 Ein Erbbaurecht wird gem. § 14 Abs. 2 ErbbauRG sowohl als dingliche Belastung in Abteilung II des Grundbuchblattes des belasteten Grundstücks (Grundstücksgrundbuch) als auch gem. § 14 Abs. 1 ErbbauRG im Bestandsverzeichnis des Grundbuchblattes des Erbbaurechtes (Erbbaugrundbuch) eingetragen.

65 Erbbaugrundbuch und Grundstücksgrundbuch betreffen auch stets dasselbe oder dieselben Flurstücke, da das Erbbaurecht als dingliches Gebrauchs- und Nutzungsrecht stets auf einem Grundstück im Rechtssinne lastet. Soll nur eine Teilfläche des Grundstücks mit einem Erbbaurecht belastet werden, muss dieser Teil vorher rechtlich zwingend zunächst zu einem Grundstück im Rechtssinne verselbständigt werden, vgl. Palandt/Wicke, 75. Aufl. 2017, ErbbauRG 1 Rn. 1; Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 9. Aufl. 2010, § 1 Rn. 33, 36; Staudinger/Rapp, ErbbauRG 2017, § 1 Rn. 15 f.; v. Oefele/Winkler, Hdb. ErbbauR 2012, 2.69, 2.74, 2.90, 2.91.

Erbbaugrundbuchblattes und die laufende Nummer der ersten Spalte des Bestandsverzeichnisses des Erbbaugrundbuchblattes zu entnehmen. Eine Angabe, dass es sich um ein Erbbaugrundbuchblatt handelt, ist nicht erforderlich.⁶⁶ Im Hinblick auf die laufende Nummer des Bestandsverzeichnisses ist allerdings eine Besonderheit zu beachten: Anders als im Grundstücksgrundbuch steht die laufende Nummer im Bestandsverzeichnis des Erbbaugrundbuchs grundsätzlich nicht für ein Erbbaurecht. Gem. § 56 Abs. 3 GBV soll die erste Spalte des Bestandsverzeichnisses des Erbbaugrundbuches abweichend von der Regelung des § 6 Abs. 1 GBV für das Bestandsverzeichnis des Grundstücksgrundbuches nicht der Vergabe der Nummer „des Grundstücks“ (so § 6 Abs. 1 GBV), dh hier des Erbbaurechtes, sondern der fortlaufenden Durchnummerierung „der Eintragung“ (so § 56 Abs. 3 GBV) dienen.⁶⁷

Auf Grundlage dieser Ausführungsbestimmung zur Grundbuchordnung wird in der Praxis regelmäßig für jedes Erbbaurecht ein eigenes Erbbaugrundbuchblatt angelegt und im Bestandsverzeichnis unter der ersten laufenden Nummer mit den gem. § 56 Abs. 1 a) bis d) GBV erforderlichen Informationen eingetragen. Unter den folgenden laufenden Nummern sind im Bestandsverzeichnis sodann in der Regel Änderungen der unter der ersten laufenden Nummer eingetragenen Informationen vermerkt.⁶⁸ Rechtlich zwingend ist dieser Grundsatz, dass jedes Erbbaurecht gem. § 3 Abs. 1 GBO ein eigenes Erbbaugrundbuchblatt erhält, allerdings nicht. Denn § 4 Abs. 1 GBO lässt mangels abweichender gesetzlicher Regelungen auch für das Erbbaurecht gem. § 11 ErbbauRG die Führung eines gemeinschaftlichen Grundbuchblattes grundsätzlich zu.⁶⁹ In diesem praktischen Ausnahmefall, der in Nordrhein-Westfalen durchaus vorkommt, kann ein Erbbaurecht mit den gem. § 56 Abs. 1 a) bis e) GBV erforderlichen Informationen auch unter einer anderen als der ersten laufenden Nummer eingetragen sein.⁷⁰

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Notar bei einem Verkauf eines Erbbaurechtes im Vorkaufsrechtsverzeichnis die laufende Nummer anzugeben hat, unter der das Erbbaurecht im Erbbaugrundbuch mit den gem. § 56 Abs. 1 a) bis e) GBV erforderlichen Informationen gebucht wurde. Das ist im praktischen Regelfall der Führung eines

Erbbaugrundbuchblattes für ein Erbbaurecht gem. § 3 Abs. 1 GBO stets die erste laufende Nummer. Im praktischen Ausnahmefall der Führung eines Erbbaugrundbuchblattes für mehrere Erbbaurechte gem. § 4 Abs. 1 GBO ist es die laufende Nummer der ersten Eintragung zu diesen Erbbaurechten. Die fortlaufenden Nummern, unter denen Änderungen zur ersten Eintragung verzeichnet wurden, sind für eine Identifizierung des Erbbaurechtes nicht erforderlich und haben für die Abfrage im Vorkaufsrechtsverzeichnis keine Bedeutung.

3. Prüfung von Katasterinformationen

Nach Eingabe der Adressdaten aus dem Grundbuchblatt durch den Notar sucht das Vorkaufsrechtsverzeichnis in seinem Datenbestand nach dem Grundstück oder Erbbaurecht. Diese Suche kann zu zwei Ergebnissen führen: Das Grundstück oder Erbbaurecht ist im Datenbestand des Vorkaufsrechtsverzeichnis nicht vorhanden und daher „unbekannt“ (vgl. a) oder aber es ist im Datenbestand vorhanden und folglich „bekannt“ (vgl. b).

a) Grundstück oder Erbbaurecht unbekannt

Sind die eingegebenen Adressinformationen nicht im Datenbestand des Verzeichnisses gespeichert, ist das gesuchte Grundstück oder Erbbaurecht darin nicht aufgeführt. Da ein Vorkaufsrecht gem. §§ 73 Abs. 1 S. 1 LWG NRW, 74 Abs. 1 LNatSchG NRW nur entsteht, wenn es im Verzeichnis aufgeführt ist, besteht an diesen Grundstücken oder Erbbaurechten folglich kein Vorkaufsrecht. Der im nächsten Schritt automatisiert erzeugte Bescheid lautet folglich stets, dass ein landeswasser- und landesnaturschutzrechtliches Vorkaufsrecht an dem Grundstück oder Erbbaurecht nicht besteht. Der Notar wird an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass das Grundstück oder Erbbaurecht unbekannt ist und aufgefordert, das Datum der letzten Änderung des Grundbuchblattes anzugeben, aus dem er die Adressinformationen entnommen hat. Dieses Datum findet sich in Nordrhein-Westfalen in der jeweiligen Fußzeile des Grundbuchblattes.

Die Angabe des Datums des dem Notar vorliegenden Grundbuchdatenbestandes dient an dieser Stelle ausschließlich der Qualitätssicherung des Vorkaufsrechtsverzeichnisses. Dem Land soll durch diese Angabe ermöglicht werden, offensichtlich bestehende Fehlerquellen bei der Übertragung der Grundbuch- und/oder Katasterdaten in das Vorkaufsrechtsverzeichnis zu identifizieren und für die Zukunft zu beseitigen. Für den Notar oder die Beteiligten hat die Information, wann das Bestandsverzeichnis oder die Abteilungen des der Anfrage zugrundeliegenden Grundbuchblattes zuletzt geändert wurden, keine Relevanz. Grundlage des Bescheides über das Nichtbestehen eines Vorkaufsrechtes ist stets das anhand der vom Notar angegebenen vier Adressinformationen eindeutig identifizierbare Grundstück oder Erbbaurecht. Enthält der Bescheid über das Nichtbestehen eines Vorkaufsrechtes diese vier Adressinformationen, kann ein darin enthaltenes etwaig fehlerhaftes Datum der letzten Änderung des Grundbuchblattes keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit (§ 44 VwVfG NRW) oder die Rechtmäßigkeit (§ 48 VwVfG NRW) dieses Bescheides haben.

b) Grundstück oder Erbbaurecht bekannt

Wenn das Grundstück oder Erbbaurecht im Datenbestand des Vorkaufsrechtsverzeichnisses vorhanden ist, werden

66 Da das Erbbaugrundbuchblatt gem. § 55 Abs. 1 GBV stets die nächste fortlaufende Nummer des Grundbuchs des Grundbuchbezirks erhält, in dem das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück verzeichnet ist, ist die Buchung eines Grundstücks unter derselben Blattnummer ausgeschlossen. Aus der Blattnummer selbst ist demnach für das Verzeichnis ersichtlich, dass es sich um ein Erbbaurecht handelt.

67 Eine derartige laufende Nummer „der Eintragung“ sehen die allgemeinen Regelungen zum Grundstücksgrundbuch nur in den Abteilungen in deren jeweiligen ersten Spalten vor (§§ 9 Abs. 1 a, 10 Abs. 2, 11 Abs. 2 GBV). Diese laufende Nummer „der Eintragung“ dient in den Abteilungen der fortlaufenden Nummerierung der jeweiligen Eintragungen betreffend das Eigentum am Grundstück (erste Abteilung) und der Belastungen des Grundstücks (zweite und dritte Abteilung), vgl. KEHE, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 10 GBV Rn. 2.

68 So auch das nicht verbindliche Muster zur GBV, abgedruckt in KEHE, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, S. 1371 ff.

69 So auch Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 9. Aufl. 2010, § 14 Rn. 9.

70 Da durch die fortlaufende Nummerierung aller Eintragungen im Bestandsverzeichnis eines gemeinschaftlichen Erbbaugrundbuchblattes Verwirrung zu besorgen und die Führung eines gemeinschaftlichen Erbbaugrundbuchs daher gem. § 4 Abs. 1 GBO unzulässig wäre, kann § 56 Abs. 3 GBV in diesem Falle keine Anwendung finden, so dass nach der allgemeinen Regel des § 6 Abs. 1 GBV jedes Erbbaurecht eine eigene laufende Nummer erhalten sollte, vgl. hierzu KEHE, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, Vorbemerkung zur GBV Rn. 3, S. 1151.

dem Notar die zu dem Grundstück oder Erbbaurecht gespeicherten Informationen zur Gemarkung, zur Flur und zum Flurstück angezeigt. Der Notar hat diese Informationen mit den in der dritten Spalte des Bestandsverzeichnisses des Grundbuchblattes aufgeführten Informationen zur Gemarkung, zur Flur und zum Flurstück zu vergleichen (§ 6 Abs. 3 a Nr. 1 und 2 GBV bzw. § 56 Abs. 1 a GBV). Sinn und Zweck dieses Vergleiches ist die Feststellung, ob es sich bei dem unter den grundbuchlichen Adressdaten gespeicherten Grundstück oder Erbbaurecht auch im Hinblick auf die als maßgeblich erachteten katastertechnischen Informationen um dasselbe Grundstück oder Erbbaurecht handelt. Nur wenn auch diese katastertechnischen Informationen übereinstimmen, kann dieses Grundstück oder Erbbaurecht im Vorkaufsrechtsverzeichnis aufgeführt und folglich mit einem Vorkaufsrecht belastet sein. Dieser vom Notar vorzunehmende Vergleich der im Vorkaufsrechtsverzeichnis und im Bestandsverzeichnis des Grundbuchblattes zu dem Grundstück oder Erbbaurecht hinterlegten Informationen aus dem Liegenschaftskataster iSd § 2 Abs. 2 GBO kann wiederum zu zwei unterschiedlichen Ergebnissen führen: Entweder stimmen die Informationen zur Gemarkung, zur Flur oder zum Flurstück nicht überein (vgl. aa) oder aber sämtliche drei katastertechnischen Informationen stimmen überein (vgl. bb).

aa) Keine Übereinstimmung der Katasterinformationen

Stellt der Notar fest, dass auch nur eine der zu dem Grundstück im Rechtssinne hinterlegten Katasterinformationen zur Gemarkung, zur Flur oder zum Flurstück nicht übereinstimmt, hat er dieses Ergebnis seiner Prüfung in das Vorkaufsrechtsverzeichnis einzugeben. Hierfür ist im Vorkaufsrechtsverzeichnis eine rot markierte Schaltfläche anzuwählen, welche mit der Aufschrift „Grundstück/Erbbaurecht stimmt mit Bestandsverzeichnis nicht überein“ versehen ist. Die Anwahl dieser roten Schaltfläche führt im Ergebnis dazu, dass der Notar der das Verzeichnis führenden Behörde mitteilt, dass das ihm vorliegende Grundstück oder Erbbaurecht nicht mit den vom Verzeichnis als maßgeblich bestimmten Katasterdaten im Vorkaufsrechtsverzeichnis gespeichert ist.⁷¹ Da ein Vorkaufsrecht gem. §§ 73 Abs. 1 S. 1 LWG NRW, 74 Abs. 1 LNatSchG NRW nur entsteht, wenn es im Verzeichnis aufgeführt ist, besteht an diesem Grundstück oder Erbbaurecht folglich kein Vorkaufsrecht. Da bereits aus diesem rechtlichen Grund eine Vorkaufsrechtsbefangenheit ausgeschlossen ist, nimmt das Vorkaufsrechtsverzeichnis einen Abgleich der Katasterdaten des Grundstücks oder Erbbaurechts mit den Geodaten der gem. §§ 73 Abs. 1 S. 1 LWG NRW, 74 Abs. 1 LNatSchG NRW geschützten Kulissen nicht vor. Der im nächsten Schritt automatisiert erzeugte Bescheid lautet folglich stets, dass ein landeswasser- und landesnenschutzrechtliches Vorkaufsrecht an dem Grundstück oder Erbbaurecht nicht besteht.

71 Aus dem Umstand, dass es für ein Grundstück im Rechtssinne rechtlich allein auf das durch das Liegenschaftskataster bestimmte *Flurstück* ankommt (vgl. oben Lit. D, I), darf an dieser Stelle nicht der unzutreffende Schluss gezogen werden, dass es für eine Vorkaufsrechtsbefangenheit des Grundstücks im Rechtssinne auf die Angaben zur *Gemarkung* und zur *Flur* nicht ankommen kann. Denn ein Grundstück ist nach der insoweit maßgeblichen technischen Konstruktion nur dann im Vorkaufsrechtsverzeichnis iSd §§ 73 Abs. 1 S. 1 LWG NRW, 74 Abs. 1 LNatSchG NRW aufgeführt und folglich mit einem Vorkaufsrecht belastet, wenn sämtliche Daten (Gemarkung, Flur und Flurstück) übereinstimmen.

Der Notar wird nach Anwahl der roten Schaltfläche aufgefordert, das Datum der letzten Änderung des Grundbuchblattes anzugeben, aus dem er die Adress- und Katasterinformationen des Grundstücks entnommen hat. Dieses Datum findet sich in Nordrhein-Westfalen in der jeweiligen Fußzeile des Grundbuchblattes. Anders als in der zuvor beschriebenen Konstellation, dass bereits das Grundstück unbekannt ist,⁷² hat das Datum an dieser Stelle auch für den Notar Relevanz. Zwar kann ein unrichtiges Datum auch hier keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit (§ 44 VwVfG NRW) oder die Rechtmäßigkeit (§ 48 VwVfG NRW) des Bescheides über das Nichtbestehen eines Vorkaufsrechtes haben, da Grundlage dieses Bescheides stets das anhand der vom Notar angegebenen vier Adressinformationen eindeutig identifizierbare Grundstück oder Erbbaurecht ist. Allerdings beruht der Bescheid an dieser Stelle – anders als bei dem aufgrund Unbekanntheit des Grundstücks erzeugten Bescheid – zusätzlich auf der Angabe des Notars, dass die im Vorkaufsrechts- und Bestandsverzeichnis aufgeführten Daten zur Gemarkung, zur Flur oder zum Flurstück nicht übereinstimmen. Ob diese Angabe fehlerfrei ist, lässt sich nachträglich nur anhand des dieser Prüfung zugrunde gelegten Datenbestandes des Grundbuchblattes nachvollziehen. Vor diesem Hintergrund kann das anzugebende Datum der letzten Änderung des Grundbuchblattes für den Notar zumindest potentiell von haftungsrechtlicher Bedeutung sein.

bb) Übereinstimmung der Katasterinformationen

Ergibt der vom Notar vorzunehmende Vergleich des Vorkaufsrechts- und Bestandsverzeichnisses, dass die darin hinterlegten Informationen zur Gemarkung, zur Flur und zum Flurstück übereinstimmen, hat er auch dieses Ergebnis seiner Prüfung in das Vorkaufsrechtsverzeichnis einzugeben. Hierfür ist im Vorkaufsrechtsverzeichnis eine grün markierte Schaltfläche anzuwählen, welche mit der Aufschrift „Grundstück/Erbbaurecht stimmt mit Bestandsverzeichnis überein“ versehen ist. Erst durch die Anwahl dieser grünen Schaltfläche gibt der Notar das Grundstück oder Erbbaurecht für einen weiteren und letzten Datenabgleich frei: Das Vorkaufsrechtsverzeichnis gleicht erst an dieser Stelle die Katasterdaten des Grundstücks oder Erbbaurechts mit den Geodaten der gem. §§ 73 Abs. 1 S. 1 LWG NRW, 74 Abs. 1 LNatSchG NRW geschützten Kulissen miteinander ab. Liegt das Grundstück oder Erbbaurecht auch nur mit einer kleinen Fläche innerhalb der geschützten Flächen, ist dieses Grundstück oder Erbbaurecht im Vorkaufsrechtsverzeichnis iSd §§ 73 Abs. 1 S. 1 LWG NRW, 74 Abs. 1 LNatSchG NRW aufgeführt und folglich mit einem Vorkaufsrecht belastet. Überschneiden sich die Flächen des Grundstücks oder Erbbaurechts und die geschützten Flächen hingegen nicht, ist es im Vorkaufsrechtsverzeichnis nicht iSd §§ 73 Abs. 1 S. 1 LWG NRW, 74 Abs. 1 LNatSchG NRW aufgeführt und ein Vorkaufsrecht besteht daran mithin nicht.

c) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Belegenheitsprüfung des Grundstücks oder Erbbaurechts in geschützten Kulissen durch das Vorkaufsrechtsverzeichnis nur dann stattfindet, wenn *erstens* unter den vom Notar angegebenen vier Adressdaten ein Grundstück oder Erbbaurecht

72 Vgl. oben Lit. D, II, 3, a.

recht im Vorkaufsrechtsverzeichnis gespeichert ist und *zweitens* der Notar die Übereinstimmung der darin hinterlegten und aus dem Bestandsverzeichnis ersichtlichen drei Katasterdaten bestätigt. Nur unter diesen beiden Voraussetzungen (Grundstück oder Erbbaurecht bekannt / Übereinstimmung der Katasterinformationen) ist eine Bescheidung möglich, dass das Grundstück oder Erbbaurecht im Vorkaufsrechtsverzeichnis aufgeführt und folglich mit einem Vorkaufsrecht belastet ist. Wenn hingegen unter den vom Notar angegebenen vier Adressdaten im Vorkaufsrechtsverzeichnis ein Grundstück oder Erbbaurecht nicht gespeichert ist (Grundstück unbekannt) oder aber eines der darin hinterlegten Katasterdaten nach den Angaben des Notars nicht mit den Katasterdaten des Bestandsverzeichnisses übereinstimmt (Grundstück oder Erbbaurecht bekannt / keine Übereinstimmung der Katasterinformationen), kann das Grundstück oder Erbbaurecht im Vorkaufsrechtsverzeichnis von vornherein nicht aufgeführt und folglich auch nicht mit einem Vorkaufsrecht belastet sein.

4. Angaben zum weiteren Vollzug

Wenn das Grundstück oder Erbbaurecht mit einem Vorkaufsrecht belastet ist, fordert das Vorkaufsrechtsverzeichnis den Notar in einem nächsten Schritt auf, die für die Fachprüfung zuständige Bezirksregierung bei der Erzeugung der im weiteren Vollzug erforderlichen Erklärung zum Verzicht oder zur Ausübung des Vorkaufsrechtes zu unterstützen. Durch diese Angaben nimmt der Notar dem Sachbearbeiter der Bezirksregierung einen Arbeitsschritt bei der Erzeugung des Verzichts- oder Ausübungsbescheides ab: Die Eingabe des Adressfeldes des Bescheides der Bezirksregierung. Ist der Notar zur Entgegennahme der Verzichts- oder Ausübungserklärung bevollmächtigt, füllt das Vorkaufsrechtsverzeichnis das Adressfeld des Bescheides mit den Adressdaten des Notars aus. Ist der Notar nicht zur Entgegennahme der Verzichts- oder Ausübungserklärung bevollmächtigt, füllt das Vorkaufsrechtsverzeichnis das Adressfeld des Bescheides mit den Adressdaten des Verkäufers aus.

a) Angaben zur Bevollmächtigung

Zunächst hat der Notar anzugeben, in welchem Umfang er von dem Verkäufer zur Entgegennahme von Erklärungen im Zusammenhang mit den Vorkaufsrechten bevollmächtigt wurde. Das Vorkaufsrechtsverzeichnis enthält an dieser Stelle eine Vorauswahl, die der üblichen notariellen Praxis entspricht: Danach ist der Notar vom Verkäufer ausschließlich zur Entgegennahme der Erklärung über den Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechtes, hingegen nicht auch zur Entgegennahme der Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechtes gem. § 464 S. 1 BGB bevollmächtigt. Ist im Grundstückskaufvertrag eine von diesem Regelfall abweichende Bevollmächtigung des Notars enthalten, hat er dies durch eine Ab- oder Anwahl der entsprechenden Schaltfläche mitzuteilen. Anknüpfend an den vorbezeichneten Regelfall ist darüber hinaus im Vorkaufsrechtsverzeichnis eine Vorauswahl dahingehend getroffen, dass der Notar vom Verkäufer in der Regel zur Entgegennahme einer Abschrift der Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechtes gem. § 464 S. 1 BGB bevollmächtigt wurde.

b) Angaben zum Verkäufer

Wenn der Notar vom Verkäufer nicht zur Entgegennahme sämtlicher Erklärungen im Zusammenhang mit den Vorkaufsrechten bevollmächtigt wurde, benötigt die zuständige Bezirksregierung je nach Ergebnis ihrer Fachprüfung zur Bescheidung auch den Namen und die Adresse des Verkäufers. Um die Bezirksregierung bei der Erzeugung dieses Bescheides gegenüber dem Verkäufer zu unterstützen, wird der Notar daher in einem nächsten Schritt auch zur Angabe des Namens und der Adresse des Verkäufers aufgefordert. Diese Angaben werden vom Vorkaufsrechtsverzeichnis nicht gefordert, wenn der Notar zuvor mitgeteilt hat, sowohl für die Entgegennahme der Erklärung über die Nichtausübung als auch für die Entgegennahme der Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechtes bevollmächtigt zu sein.

c) Prüfung der Angaben

Der vom Vorkaufsrechtsverzeichnis erzeugte Bescheid über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Vorkaufsrechtes enthält die Angaben des Notars zu seiner Bevollmächtigung und zum Verkäufer nicht. Um dem Notar eine nachträgliche Prüfung auch dieser im Regelfall durch seine Mitarbeiter im Vorkaufsrechtsverzeichnis vorgenommenen Angaben zu ermöglichen, bietet das Vorkaufsrechtsverzeichnis am Ende jeder Einsichtnahme den Download eines gesonderten (unsignierten) Dokuments an, aus dem diese Angaben ersichtlich sind. Dieses Dokument dient ausschließlich zur Information des Notars. Der Notar kann daher für diese von seinen Mitarbeitern gemachten unterstützenden Angaben eine eigene organisatorische Entscheidung treffen, ob er diese stets, stichprobenartig oder nur in besonderen Einzelfällen auch noch selbst – etwa im Rahmen der Beurkundung des Kaufvertrages – überprüfen möchte.

III. Erzeugung eines Bescheides

Nachdem der Notar sämtliche geforderte Eingaben vorgenommen hat, erzeugt das Vorkaufsrechtsverzeichnis automatisch einen Bescheid. Anhand der im Bescheid im Einzelnen aufgeführten Informationen ist es dem Notar möglich, sämtliche zuvor zur Erzeugung dieses Bescheides vorgenommenen Eingaben in das Vorkaufsrechtsverzeichnis zu überprüfen. Der Notar kann daher die vorstehend näher dargestellten Eingaben in das Vorkaufsrechtsverzeichnis (vorstehende Ziffer II.) vollumfänglich in die Hände seiner Mitarbeiter geben und die Angaben des Bescheides mit dem Inhalt des Grundbuchblattes, bspw. während der Beurkundung, abgleichen und überprüfen.

1. Rechtsnatur

In dem automatisiert erzeugten Bescheid teilt das Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz NRW als die das Vorkaufsrechtsverzeichnis führende Behörde⁷³ mit, ob an einem bestimmten Grundstück oder Erbbaurecht

73 Die sachliche Zuständigkeit des Landesamtes für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz NRW für die Führung und Veröffentlichung des Vorkaufsrechtsverzeichnisses ergibt sich aus § 73 Abs. 4 S. 1 LWG NRW iVm § 4 iVm Anhang II, Ziff. 22.1.1942 Zuständigkeitsverordnung Umweltschutz NRW (GV.NRW 2016 vom 30.11.2016, S. 977 ff.) (Wasserrecht) sowie § 74 Abs. 6 S. 1 LNatSchG NRW (Naturschutzrecht).

ein wasserrechtliches oder naturschutzrechtliches Vorkaufsrecht auf Grundlage von § 73 LWG NRW, § 74 LNatSchG NRW besteht. Hierdurch wird nach außen gerichtet und verbindlich durch eine Behörde festgestellt, ob bestimmte öffentliche Rechte auf einem konkreten Gegenstand lasten.⁷⁴ Es handelt sich bei dem vom Vorkaufsrechtsverzeichnis erzeugten Dokument folglich um einen Verwaltungsakt iSd § 35 S. 1 VwVfG NRW.⁷⁵

2. Beweiskraft

Der Verwaltungsakt über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Vorkaufsrechtes wird dem Notar ausschließlich als elektronisches Dokument iSd § 3 a Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW zur Verfügung gestellt, das er herunterladen und abspeichern kann. Um den immanenten Schwächen dieses elektronischen Dokumentes zu begegnen, versieht das Vorkaufsrechtsverzeichnis jedes Dokument mit einer fortgeschrittenen elektronischen Signatur iSd § 2 Nr. 2 SigG, Art. 3 Nr. 11, Art. 26 VO (EU) Nr. 910/2014 (eIDAS-VO).⁷⁶ Durch diese Signatur wird technisch auf „mittlerem Sicherheitsniveau“⁷⁷ sichergestellt, dass die in dem elektronischen Dokument enthaltene Erklärung der Behörde erstens inhaltlich unverändert ist (Integrität) und zweitens der ausstellenden Behörde als Urheber zugeordnet werden kann (Authentizität).⁷⁸ Die vom Vorkaufsrechtsverzeichnis verwendete fortgeschrittene elektronische Signatur kann mit der in jedem Notariat zum Einsatz kommenden X-Notar-Software ausgelesen und geprüft werden.⁷⁹

Der vom Vorkaufsrechtsverzeichnis erzeugte Verwaltungsakt erbringt auch ohne Signatur als öffentlich elektronisches Dokument gem. § 371 a Abs. 3 S. 1 ZPO iVm § 417 ZPO den vollen Beweis seines Inhaltes (Integrität).⁸⁰ Mangels aufgebrachter qualifizierter elektronischer Signatur iSd § 2 Nr. 3 SigG, Art. 3 Nr. 12 VO (EU) Nr. 910/2014 (eIDAS-VO) gilt für diesen Verwaltungsakt hingegen nicht die in § 371 a Abs. 3 S. 2 ZPO iVm § 437 ZPO enthaltene gesetzliche Vermutung seiner Echtheit (Authentizität).⁸¹ Dieser beweisrechtlichen Schwäche wird allerdings in zweifacher Hinsicht begegnet: Erstens durch die aufgebrachte fortgeschrittene elektronische Signatur iSd § 2 Nr. 2 SigG, Art. 3 Nr. 11, Art. 26 eIDAS-VO, die durch den Notar oder die Beteiligten als Objekt des Augenscheins gem. § 371 Abs. 1 S. 2 ZPO als Beweismittel in ei-

nen etwaigen Zivilprozess eingeführt werden kann.⁸² Zweitens durch die in § 73 Abs. 4 S. 3 LWG NRW und § 74 Abs. 6 S. 3 LNatSchG NRW enthaltene Verpflichtung des Landes zu einer dauerhaften Speicherung des elektronischen Verwaltungsaktes, der gem. §§ 371 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, 432 ZPO auf Antrag des Notars oder des Beteiligten durch die das Vorkaufsrechtsverzeichnis führende Behörde als Objekt des Augenscheins als Beweismittel in einen etwaigen Zivilprozess eingeführt werden muss. Die Speicherung des elektronischen Verwaltungsaktes im Vorkaufsrechtsverzeichnis erfolgt hierbei gemäß einer internen Verwaltungsanweisung über einen Zeitraum von fünf- unddreißig Jahren.⁸³

E. Weitere Abwicklung bei bestehendem Vorkaufsrecht

Besteht nach dem vom Vorkaufsrechtsverzeichnis erzeugten Bescheid ein Vorkaufsrecht, hat der Verkäufer der zuständigen Bezirksregierung⁸⁴ den Inhalt des Grundstückskaufvertrages gem. § 73 Abs. 2 S. 4, Abs. 3 S. 5 LWG NRW, § 66 Abs. 3 S. 4 BNatSchG iVm § 469 Abs. 1 S. 1 BGB unverzüglich mitzuteilen. Die sich aus dieser Mitteilungspflicht des Verkäufers ergebenden weiteren Abwicklungsschritte können nicht im elektronischen Vorkaufsrechtsverzeichnis selbst, sondern müssen außerhalb dieser Anwendung vollzogen werden. Da ca. 9 % aller Grundstücke in Nordrhein-Westfalen mit einem der neuen Vorkaufsrechte belastet sind, sollten diese Abwicklungsschritte außerhalb der Anwendung nur bei etwa jeder zehnten Abfrage im Vorkaufsrechtsverzeichnis erforderlich werden.

I. Mitteilung an die Bezirksregierung

In der Regel wird der Notar im Grundstückskaufvertrag von den Vertragsparteien bevollmächtigt und beauftragt, der zuständigen Bezirksregierung eine Abschrift des Grundstückskaufvertrages zur Verfügung zu stellen. Die Bevollmächtigung enthält zugleich eine Befreiung des Notars von seiner Verschwiegenheitspflicht gegenüber der Bezirksregierung gem. § 18 Abs. 2 Hs. 1 BNotO, die Beauftragung zugleich eine Bestimmung gem. § 51 Abs. 2 BeurkG.⁸⁵

74 Zur Qualifikation derart „regelnder Feststellungen“ als Verwaltungsakte vgl. BeckOK VwVfG/von Alemann/Scheffczyk VwVfG § 35 Rn. 66 f.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Aufl. 2010, § 35 Rn. 92 ff.

75 Dieser elektronische Verwaltungsakt lässt gem. § 37 Abs. 3 S. 1 VwVfG NRW die ausstellende Behörde erkennen und enthält die Namenswiedergabe des Behördenleiters des Landesamtes für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz NRW, vgl. hierzu BeckOK VwVfG/Tiedemann VwVfG § 37 Rn. 44, 48.

76 Vgl. hierzu Roßnagel MMR 2003, 164 ff. und MüKoBGB/Einsele, 7. Aufl. 2015, BGB § 126 a Rn. 7 ff., dort jeweils auch zur Unterscheidung von qualifizierter elektronischer Signatur, fortgeschrittener elektronischer Signatur und elektronischer Signatur.

77 Roßnagel MMR 2003, 164 (166).

78 Vgl. MüKoBGB/Einsele, 7. Aufl. 2015, BGB § 126 a Rn. 9 ff.; Gasen/Wegerhoff, Elektronische Beglaubigung und elektronische Handelsregisteranmeldung in der Praxis, 2. Aufl. 2009, Rn. 453 ff. Vgl. zu den Grundlagen der Signaturtechnik ebenda und ferner instruktiv auch Hadidi/Mödl NJW 2010, 2097 (2099 f.).

79 In XNotar 3.6.7 ist die Signatur prüfbar unter dem Menüpunkt „Signatur“ und Untermenüpunkt „Beglaubigter Ausdruck“, in dem dort die Signaturdatei geöffnet wird.

80 Vgl. BeckOK ZPO/Bach § 371 a Rn. 9; BeckOK ZPO/Krafka, § 417 Rn. 1, 3; Musielak/Huber ZPO, 13. Aufl. 2016, § 371 a Rn. 14 ff.

81 Vgl. BeckOK ZPO/Bach § 371 a Rn. 10; Musielak/Huber ZPO, 13. Aufl. 2016, § 371 a Rn. 14 ff.

82 Vgl. Roßnagel MMR 2003, 164 (168).

83 Vgl. Handlungsanweisung für Notare, Ziffer 3.2.1 und Benutzerhandbuch VOKAR, Ziffer 5 (beides abrufbar unter www.vokar.nrw.de – unter dem Reiter „Über VOKAR NRW“). Da der Notar gem. § 19 Abs. 1 S. 3 BNotO iVm § 839 BGB iVm § 199 Abs. 3 Nr. 2 BGB für eine Amtspflichtverletzung höchstens dreißig Jahre nach Begehung der Amtspflichtverletzung haftet (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl. 2017, § 19 Rn. 155 a. E.; Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO, 4. Aufl. 2016, § 19 Rn. 54 a. E.), erfolgt die Speicherung des Bescheides über das Nichtbestehen oder Bestehen eines Vorkaufsrechtes damit mindestens über einen solchen Zeitraum, in dem eine Haftung des Notars rechtlich möglich ist.

84 Die sachliche Zuständigkeit der Bezirksregierung für die Ausübung und den Verzicht ergibt sich aus § 73 Abs. 2 S. 1 LWG NRW iVm § 4 iVm Anhang II, Ziff. 22.1.1941 Zuständigkeitsverordnung Umweltschutz NRW (GV.NRW 2016 vom 30.11.2016, S. 977 ff.) (Wasserrecht) sowie § 74 Abs. 2 iVm § 2 Abs. 1 Nr. 2 LNatSchG NRW (Naturschutzrecht). Die örtliche Zuständigkeit einer der fünf Bezirksregierungen ergibt sich gem. §§ 8 Abs. 1 S. 1, 10 Landesorganisationsgesetz NRW iVm Ziffer I, 1 der Bekanntmachung der Bezirke der Landesmittelbehörden und der unteren Landesbehörden (GV.NRW 27.11.2013, S. 631 ff.) aus der Belegenheit des Grundstücks in den dort näher bezeichneten Bezirken.

85 Vgl. Eylmann/Vaasen/Bremkamp, BNotO, 4. Aufl. 2016, § 18 Rn. 81.

1. Form

Für die Übermittlung dieser Mitteilung kann der Notar sowohl den postalischen als auch den elektronischen Weg wählen. Weder für die postalische noch für die elektronische Übermittlung ist gem. §§ 73 Abs. 2 S. 4, Abs. 3 S. 5 LWG NRW, § 66 Abs. 3 S. 4 BNatSchG iVm § 469 Abs. 1 S. 2 BGB eine bestimmte Form vorgeschrieben, so dass eine Mitteilung auf elektronischem Wege insbesondere keiner Signatur bedarf.

Für den elektronischen Weg haben die fünf Bezirksregierungen in Nordrhein-Westfalen jeweils ein eigenes Postfach im Elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfach (SAFE-ID) eingerichtet und hierdurch einen elektronischen Zugang iSd § 3 a Abs. 1 VwVfG NRW eröffnet. Dem vom Vorkaufsrechtsverzeichnis erzeugten Bescheid kann für das nach dem Landeswasser- und Landesnaturschutzgesetz bestehende Vorkaufsrecht jeweils gesondert entnommen werden, welche der fünf Bezirksregierungen für die jeweilige Fachprüfung und mithin für die Entgegennahme der jeweiligen Mitteilung iSd § 469 Abs. 1 BGB zuständig ist. Die Adresse der zuständigen Bezirksregierung (SAFE-ID) findet sich ebenfalls am Ende dieses Bescheides abgedruckt. Darüber hinaus ist diese Adresse auch im EGVP-Modul der in jedem Notariat zum Einsatz kommenden X-Notar-Software („Sonstige Nachrichten“) hinterlegt und muss daher durch den Notar nicht händisch eingegeben werden.

2. Inhalt

Mitzuteilen ist nach § 469 Abs. 1 S. 1 BGB der „Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages“. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung muss die Mitteilung inhaltlich so detailliert auf die Einzelheiten des Vertrages eingehen, dass „dem Vorkaufsberechtigten der richtige und vollständige Inhalt des das Vorkaufsrecht auslösenden Kaufvertrags mitgeteilt“ wird.⁸⁶ Nur eine in diesem Sinne vollständige Mitteilung des im Zeitpunkt dieser Mitteilung bereits wirksamen⁸⁷ Kaufvertrages löst die Frist von zwei Monaten zur Ausübung des Vorkaufsrechts gem. § 469 Abs. 2 S. 1 BGB aus.⁸⁸ Soll diese Frist ohne jeden rechtlichen Zweifel ausgelöst werden, empfiehlt sich in der notariellen Praxis die Übersendung einer vollständigen Abschrift des wirksamen Grundstückskaufvertrages.

Um das Verfahren zur weiteren Abwicklung möglichst effizient zu gestalten, haben sich die fünf Bezirksregierungen in Nordrhein-Westfalen mit einem „vereinfachten Verfahren“ einverstanden erklärt. Anknüpfend an das landesweit geübte vereinfachte Verfahren bei der Abwicklung von gemeindlichen Vorkaufsrechten gem. §§ 24 ff. BauGB⁸⁹ werden auch für die Abwicklung der neuen öffentlich-rechtlichen Vorkaufsrechte Mitteilungen von Notaren akzeptiert und bearbeitet, die nicht iSd § 469 Abs. 1 BGB detailliert auf die Einzelheiten des Vertrages eingehen.⁹⁰ Die Frist des § 469 Abs. 2 S. 1 BGB wird durch diese vereinfachten Mitteilungen noch nicht ausgelöst. Als zunächst

ausreichend wird von den Bezirksregierungen die Mitteilung des Notars angesehen, dass ein Kaufvertrag über ein aus dem als Anlage beigefügten Bescheid ersichtliches Grundstück oder Erbbaurecht geschlossen wurde. Die Mitteilung des Notars an die zuständige Bezirksregierung könnte daher zunächst schlicht und einfach lauten:

An die zuständige Bezirksregierung

Vorkaufsrechtsanfrage

Sehr geehrte Damen und Herren,

vor mir wurde ein Kaufvertrag über ein Grundstück oder Erbbaurecht geschlossen. Gemäß dem in der **Anlage** beigefügten Bescheid des Landesamtes für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz NRW ist dieses Grundstück oder Erbbaurecht mit einem Vorkaufsrecht oder mehreren Vorkaufsrechten belastet.

Im Namen und im Auftrag der Vertragsbeteiligten darf ich um Mitteilung bitten, ob Sie auf die Ausübung von Vorkaufsrechten verzichten.

Mit freundlichen Grüßen

Notar

Anlage

Um eine zügige Zuordnung zu den jeweils zuständigen Sachbearbeitern in den wasser- und naturschutzrechtlichen Abteilung zu unterstützen, wäre es aus Sicht der Bezirksregierungen darüber hinaus hilfreich, wenn der Notar in der Betreffzeile der EGVP-Nachricht angibt, mit welchen Vorkaufsrechten das Grundstück oder Erbbaurecht belastet ist (ausreichend wäre insoweit die Angabe „LWG NRW“ oder „LNatSchG NRW“ oder „LWG und LNatSchG NRW“). Ferner würde sich die Bearbeitungszeit bei Teilflächenverkäufen aus Sicht der Bezirksregierungen in der Regel erheblich verkürzen, wenn die vereinfachten Mitteilungen in diesen Fällen zusätzlich auch einen Scan des beurkundeten Lageplans enthielten.

3. Verfahren

Im Regelfall sollte der Notar – in Anlehnung an das Verfahren für das gemeindliche Vorkaufsrecht – zunächst eine vereinfachte Mitteilung über das EGVP an die zuständige Bezirksregierung versenden. Die Bezirksregierungen streben an, diese vereinfachten Mitteilungen innerhalb eines Zeitraumes von zwei Wochen zu beantworten. Innerhalb dieser zwei Wochen trifft der zuständige Sachbearbeiter anhand der vom Notar im Vorkaufsrechtsverzeichnis bereitgestellten Daten sowie der Geodaten der geschützten Kulissen eine Entscheidung, ob die Ausübung eines Vorkaufsrechtes für die Bezirksregierung oder für einen begünstigten Dritten grundsätzlich in Betracht kommt. Diese Datenbestände kann sich der Sachbearbeiter im elektronischen Vorkaufsrechtsverzeichnis anhand der „ID der Auskunft“ aufrufen, die er dem vom Notar übersandten Bescheid des Landesamtes für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz NRW entnehmen kann.

Trifft der Sachbearbeiter die Entscheidung, dass ein grundsätzliches Interesse an einem Erwerb des Grundstücks oder Erbbaurechtes nicht besteht, fertigt er mit Unterstützung des elektronischen Vorkaufsrechtsverzeichnisses einen Verzichtsbescheid.⁹¹ Trifft der Sachbearbeiter die Entscheidung, dass ein Erwerb des Grundstücks oder Erbbaurechtes besteht, so wird der Vorkaufsberechtigte über die Entscheidung informiert und die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts beginnt zu laufen.

86 BGH 23.6.2006 – V ZR 17/06 = NJW-RR 2006, 1449; Palandt/*Weidenkaff*, 76. Aufl. 2017, § 469 Rn. 2.

87 BGH 3.6.1966 – V ZR 116/65 = WM 1966, 891, in *Juris* Rn. 15; Palandt/*Weidenkaff*, 76. Aufl. 2017, § 469 Rn. 3; Winkler, *BeurkG*, 18. Aufl. 2017, § 20 Rn. 51.

88 Vgl. Palandt/*Weidenkaff*, 76. Aufl. 2017, § 469 Rn. 2, 3.

89 Vgl. hierzu *Falkner MittBayNot* 2016, 465 (468).

90 Vgl. Handlungsanweisung für Notare, Ziffer 3.4.2 (abrufbar unter www.vokar.nrw.de – unter dem Reiter „Über VOKAR NRW“).

91 Vgl. hierzu sogleich unten Lit. E, Ziff. II, 1.

rechtes durch das Land Nordrhein-Westfalen oder einen begünstigten Dritten⁹² grundsätzlich in Betracht kommt, fordert der Sachbearbeiter vom Notar in einem nächsten Schritt zunächst eine vollständige Mitteilung iSd § 469 Abs. 1 BGB – dh regelmäßig eine Abschrift des Grundstückskaufvertrages – an. Erst auf Grundlage dieser vollständigen Mitteilung trifft die Bezirksregierung sodann innerhalb der Frist des § 469 Abs. 2 S. 1 BGB eine Entscheidung, ob ein Vorkaufsrecht zugunsten des Landes oder eines begünstigten Dritten ausgeübt wird.⁹³

II. Bescheidung durch die Bezirksregierung

Die Erklärung der Bezirksregierung, dass auf die Ausübung von Vorkaufsrechten verzichtet wird bzw. dass ein Vorkaufsrecht ausgeübt wird, ist ein Verwaltungsakt iSd § 35 S. 1 VwVfG NRW.⁹⁴ Dieser Verwaltungsakt bedarf materiell-rechtlich gem. § 73 Abs. 3 S. 5 LWG NRW und § 66 Abs. 3 S. 4 BNatSchG iVm § 464 S. 2 BGB keiner besonderen Form. Da die landeswasser- und landesnatur-schutzrechtlichen Vorkaufsrechte keine Grundbuchsperr auslösen und folglich auch nicht durch das Grundbuchamt geprüft werden, muss auch die Form des § 29 Abs. 3 GBO nicht eingehalten werden.

1. Verzichtserklärung

Der Notar ist im Regelfall vom Verkäufer zur Entgegennahme der Erklärung über den Verzicht auf die Ausübung von Vorkaufsrechten bevollmächtigt.⁹⁵ Die Bezirksregierung wird die Verzichtserklärung daher dem Notar regelmäßig elektronisch über das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) zur Verfügung stellen.

Bereits durch Nutzung des EGVP ist eine Ende-zu-Ende-Verschlüsselung des Übertragungsweges und daher die erforderliche Integrität und Authentizität des Bescheides in hinreichendem Maße gewährleistet.⁹⁶ Darüber hinaus empfiehlt das Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz NRW den fünf Bezirksregierungen in einem Erlass, den Bescheid mit einer qualifizierten elektronischen Signatur iSd § 2 Nr. 3 SigG Art. 3 Nr. 12 VO (EU) Nr. 910/2014 (eIDAS-VO) zu versehen.⁹⁷ Einzelne Bezirksregierungen haben hierfür bereits die notwendigen technischen Vorkehrungen getroffen. Ob sämtliche fünf oder nur einzelne Bezirksregierungen die Bescheide qualifiziert elektronisch signieren ist der-

zeit noch unklar. Der elektronische Verwaltungsakt erbringt als öffentlich elektronisches Dokument gem. § 371 a Abs. 3 S. 1 ZPO iVm § 417 ZPO auch ohne qualifizierte Signatur den vollen Beweis seines Inhaltes (Integrität). Die gesetzliche Vermutung seiner Echtheit (Authentizität) gem. § 371 a Abs. 3 S. 2 ZPO iVm § 437 ZPO gilt hingegen nur bei aufgebracht qualifizierter elektronischer Signatur.⁹⁸

2. Ausübungserklärung

Zur Entgegennahme der Erklärung über die Ausübung eines Vorkaufsrechtes ist der Notar vom Verkäufer im Regelfall nicht bevollmächtigt.⁹⁹ Die Bezirksregierung wird daher die Ausübungserklärung iSd § 464 S. 1 BGB regelmäßig postalisch unmittelbar an den Verkäufer übersenden. Dem Notar wird eine Abschrift dieses Verwaltungsaktes übersandt, wenn er seine insoweit bestehende Empfangsvollmacht im Vorkaufsrechtsverzeichnis angegeben hat.¹⁰⁰

a) Entstehung eines zweiten Kaufvertrages

Mit Zugang der Ausübungserklärung beim Verkäufer kommt gem. § 73 Abs. 3 S. 5 LWG NRW und § 66 Abs. 3 S. 4 BNatSchG iVm § 464 Abs. 2 BGB zwischen dem Verkäufer und dem Land Nordrhein-Westfalen oder dem im Verwaltungsakt bestimmten Dritten ein neuer selbständiger schuldrechtlicher Kaufvertrag zustande.¹⁰¹ Dieser Kaufvertrag hat unter Beachtung der in §§ 465 bis 468 BGB enthaltenen Einschränkungen und Modifizierungen denselben Vertragsinhalt wie der Kaufvertrag zwischen Verkäufer und (Erst)Käufer.¹⁰²

aa) Höhe des Kaufpreises

Eine Herabsetzung des zwischen Verkäufer und (Erst)Käufer vereinbarten Kaufpreises auf den Entschädigungs- oder Verkehrswert – wie etwa beim gemeindlichen Vorkaufsrecht gem. § 28 Abs. 4 und 3 BauGB oder beim Vorkaufsrecht nach dem bayerischen Landesnaturschutzgesetz gem. Art. 39 Abs. 8 BayNatSchG – ist der Bezirksregierung für die neuen öffentlich-rechtlichen Vorkaufsrechte

92 Vgl. hierzu sogleich unten Lit. E, Ziff. II, 2, c.

93 Vgl. hierzu sogleich unten Lit. E, Ziff. II, 2.

94 Vgl. MüKoBGB/Schlüter, 7. Aufl. 2016, § 397 Rn. 19; Staudinger/Rieble, BGB 2012 § 397 Rn. 99; BeckOGK/Daum, BGB § 464 Rn. 15; WürzNotarHB/Hertel, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 2 Rn. 419; Falkner MittBayNot 2016, 465 (471). Die ältere Rechtsprechung des BGH, wonach es sich hierbei um eine privatrechtliche Willenserklärung handelt (BGHZ 60, 275), ist durch einen Akt des Gesetzgebers (§ 28 Abs. 2 S. 1 BauGB) obsolet geworden. Vgl. zu der hier von ausgehenden Ausstrahlung auch auf alle anderen öffentlich-rechtlichen Vorkaufsrechte BeckOGK/Daum, BGB § 464 Rn. 15. Der Meinungsstreit zur Rechtsnatur des Verzichtes auf ein privatrechtliches Vorkaufsrecht (vgl. hierzu Palandt/Grüneberg, 76. Aufl. 2017, § 397 Rn. 4; MüKoBGB/Westermann, 7. Aufl. 2017, BGB § 1094 Rn. 15; BeckOK BGB/Faust § 463 Rn. 15; Falkner MittBayNot 2016, 378 [384]) spielt an dieser Stelle folglich keine Rolle.

95 Vgl. hierzu bereits oben Lit. D, II, 4, a.

96 Vgl. zu den Grundlagen des EGVP-Systems nur Gassen/Wegerhoff, Elektronische Beglaubigung und elektronische Handelsregisteranmeldung in der Praxis, 2. Aufl. 2009, Rn. 412 ff.

97 Der entsprechende Erlass war bei Redaktionsschluss dieser Zeitschrift noch nicht veröffentlicht.

98 Auf Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH 14.5.2013 – VI ZB 7/13, NJW 2013, 2034 ff.) ausreichend wäre auch eine qualifiziert elektronische Signatur der von der EGVP-Anwendung erzeugten Nachricht (des Containers). Nach dieser Rechtsprechung zu einer Parallelvorschrift (§ 130 a Abs. 1 S. 2 ZPO) muss nämlich entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht zwingend das Dokument selbst qualifiziert elektronisch signiert werden. Nach Sinn und Zweck der Norm, der Sicherstellung der Authentizität und Integrität des elektronischen Dokuments, genüge vielmehr auch eine qualifizierte elektronische Signatur der Nachricht (des Containers). Diese höchstrichterliche Rechtsprechung ist auf § 371 a Abs. 3 S. 2 ZPO übertragbar.

99 Vgl. hierzu bereits oben Lit. D, II, 4, a.

100 Vgl. hierzu bereits oben Lit. D, II, 4, a.

101 Vgl. nur Palandt/Weidenkaff, 76. Aufl. 2017, § 464 Rn. 5. Nach WürzNotarHB/Hertel, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 2 Rn. 408 soll es bei gesetzlichen Vorkaufsrechten für das Zustandekommen des Kaufvertrages nicht auf den Zugang, sondern auf die Bestandskraft des Verwaltungsaktes ankommen. Die Rechtsfolge eines Verwaltungsaktes tritt allerdings nach allgemeinem Verwaltungsrecht mit Wirksamwerden des Verwaltungsaktes, dh im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Verwaltungsaktes § 43 Abs. 1 VwVfG NRW, ein. Zur umstrittenen Wirkung des durch Widerspruch oder Anfechtungsklage begründeten Suspensiveffekts auf rechtsgestaltende Verwaltungsakte iSd § 80 Abs. 1 S. 2 VwGO hat, vgl. nur Schoch/Schneider/Bier/Schoch VwGO § 80 Rn. 95 f. mwN.

102 Vgl. zu den weiteren Ausnahmen von „Fremdkörpern“ im ersten Kaufvertrag vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB 76. Aufl. 2017, § 464 Rn. 6 und BeckOGK/Daum BGB § 464 Rn. 19.

in Nordrhein-Westfalen nicht möglich. Übt die Bezirksregierung das Vorkaufsrecht gem. §§ 73 Abs. 1 S. 3 LWG NRW, 66 Abs. 1 S. 2 BNatSchG nur für eine Teilfläche des Grundstücks oder Erbbaurechts aus, ist jedoch analog § 467 S. 1 BGB nur ein anteiliger Kaufpreis nach den objektiven Wertverhältnissen – nicht nach dem Größenverhältnis – der Flächen geschuldet. Entsteht dem Verkäufer aus einem derartigen Teilflächenerwerb allerdings ein wirtschaftlicher Nachteil, kann er wiederum analog § 467 S. 2 BGB vom Vorkaufsberechtigten den Erwerb des gesamten Grundstücks oder Erbbaurechts verlangen.¹⁰³

bb) Verteilung der Kosten

Hat der (Erst)Käufer im Kaufvertrag die Vertragskosten übernommen, muss diese nun der Vorkaufsberechtigte tragen. Hierzu gehören sowohl die Kosten für die Beurkundung des ersten Kaufvertrages als auch die Kosten der für den Vollzug des zweiten Kaufvertrages erforderlichen Beurkundung, einschließlich der Kosten für die Löschung einer bereits eingetragenen Auflassungsvormerkung.¹⁰⁴ Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird auch eine den Käufer zur Zahlung verpflichtende (konstitutive oder abwägende) Maklerklausel zum Inhalt des zweiten Kaufvertrages und verpflichtet unmittelbar den Vorkaufsberechtigten, wenn sich die Maklerkosten erstens im üblichen Rahmen halten und diese zweitens durch Abschluss des Kaufvertrages nicht erstmalig rechtmäßig begründet wurden.¹⁰⁵ Die Kosten für die Finanzierung und die Beurkundung, Eintragung und Löschung einer Finanzierungsgrundschuld sind hingegen keine Kosten des „Kaufes“ iSd § 464 Abs. 2 BGB, so dass sie stets der Käufer zu tragen hat, wenn vertraglich nichts Abweichendes geregelt wird.¹⁰⁶ Die Grunderwerbsteuer für den ersten Kaufvertrag wird gem. § 16 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG

auf Antrag des (Erst)Käufers nicht festgesetzt bzw. wieder aufgehoben.¹⁰⁷

cc) Ausübung für eine Erbbaurechtsteilfläche

Übt die Bezirksregierung eines der neuen Vorkaufsrechte gem. §§ 73 Abs. 1 S. 3 LWG NRW, 66 Abs. 1 S. 2 BNatSchG für eine Teilfläche eines Erbbaurechts aus, entsteht eine schuldrechtliche Verpflichtung des Verkäufers (Erbbauberechtigten) gem. § 433 Abs. 1 BGB auf Übertragung des Erbbaurechtes an dieser Teilfläche. Dem Verkäufer ist die Erfüllung dieser schuldrechtlichen Verpflichtung nur möglich, wenn erstens diese Teilfläche vorher zu einem Grundstück im Rechtssinne verselbständigt wird¹⁰⁸ und zweitens das Erbbaurecht seinem konkreten Rechtinhalt nach in Bezug auf diese Teilfläche auch teilbar ist.¹⁰⁹ Sowohl für die Teilung des Grundstücks als auch für die Teilung des Erbbaurechtes bedarf es darüber hinaus der Mitwirkung bzw. Zustimmung des Grundstückseigentümers sowie ggf. auch der Belastungsgläubiger, auf die weder der Verkäufer noch der Vorkaufsberechtigte einen Anspruch haben.¹¹⁰ Liegen diese rechtlichen Voraussetzungen für eine Teilung des Erbbaurechtes nicht vor, erlöschen die aus dem gesetzlich entstandenen Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Vorkaufsberechtigtem entspringenden Leistungspflichten wegen subjektiver Unmöglichkeit gem. §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB. In diesem Falle erlischt sodann auch zugleich die den erloschenen Übertragungsanspruch des Vorkaufsberechtigten ursprünglich sichernde, nicht aus dem Grundbuch ersichtliche Vormerkung aus § 1098 Abs. 2 BGB.¹¹¹ Der Verkäufer hat gegenüber der zuständigen Bezirksregierung entsprechend § 1098 Abs. 2 iVm § 886 BGB einen Anspruch auf Erteilung eines Bescheides mit dem Inhalt, dass das ausgeübte Vorkaufsrecht – und folglich die Vormerkungswirkung – nicht mehr besteht. Dem Verkäufer ist es daher in einem solchen Falle trotz Ausübung des Vorkaufsrechtes rechtlich möglich, dem (Erst)Käufer ein vorbehaltloses Erbbaurecht zu verschaffen und den ersten Kaufvertrag vollumfänglich zu erfüllen.

103 Hierzu maßgeblich BGH 10.11.1969 – V ZR 155/66 = NJW 1970, 187, in Juris Rn. 16: Verhältnismäßig iSd § 467 S. 1 BGB bedeute, dass „hier der Wert der Teilfläche nicht nach dem durchschnittlichen, aus dem Gesamtpreis errechneten Quadratmeter-Preis zu bestimmen ist; vielmehr wird darauf abgestellt werden müssen, wie sich nach den örtlichen Gepflogenheiten der Preis für eine solche Teilfläche bildet. Bei dieser Berechnungsart kann ein Nachteil für den Verkäufer nicht eintreten: Wenn bei dieser Schätzung des Wertes der Teilfläche der durchschnittliche Quadratmeter-Preis unterboten wird und der Verkäufer nicht erreichen kann, dass er im Ergebnis wieder den Gesamtpreis in die Hände bekommt, so steht es ihm frei, gem. § 508 S. 2 BGB (§ 467 S. 2 BGB) die Übernahme des ganzen Grundstücks vom Vorkaufsberechtigten zu verlangen.“ Diese Rechtsprechung hat BGH 27.4.2016 – VIII ZR 61/15 = ZNotP 2016, 189 ff., in Juris Rn. 63, bestätigt. Vgl. auch WürzNotarHB/Hertel, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 8 Rn. 167; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. Rn. 1422 und EZBK/Stock BauGB § 28 Rn. 40.

104 BGH 15.10.1981 – II ZR 86/80 = DNotZ 1982, 629, in Juris Rn. 19. Ebenso MüKoBGB/Westermann, 7. Aufl. 2016, § 464 Rn. 6; WürzNotarHB/Hertel, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 8 Rn. 155; Koller in Kölner Formularhandbuch Grundstücksrecht, 2. Aufl. 2016, Kap. 4, Rn. 523. Im Hinblick auf die Löschungskosten der Auflassungsvormerkung aA BeckOGK/Daum BGB § 464 Rn. 24.1.

105 BGH 11.1.2007 – III ZR 7/06 = DNotZ 2007, 528 ff., in Juris Rn. 11; BGH 14.12.1995 – III ZR 34/95 = NJW 1996, 654 ff., in Juris Rn. 19. Wenn im Kaufvertrag allerdings – wie aus berufsrechtlichen Gründen in den überwiegenden Fällen – nur eine deklaratorische Maklerklausel aufgenommen wurde, die keine schuldrechtliche Verpflichtung des Käufers enthält, welche gem. § 464 Abs. 2 BGB auf den Vorkaufsberechtigten übergehen kann, entfällt nach hM die Provisionsverpflichtung des Käufers gegenüber dem Makler aus dem Maklervertrag gem. § 652 BGB, da dem Käufer wirtschaftlich kein Vorteil zufließt, vgl. BGH 7.7.1982 – IVa ZR 50/81 = NJW 1982, 2662, in Juris Rn. 19; Palandt/Sprau, BGB, 75. Aufl. 2017, § 652 Rn. 41; BeckOK BGB/Kotzian-Marggraf BGB § 652 Rn. 36; MüKoBGB/Westermann BGB § 464 Rn. 7.

106 WürzNotarHB/Hertel, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 8 Rn. 155; Koller in Kölner Formularhandbuch Grundstücksrecht, 2. Aufl. 2016, Kap. 4, Rn. 523.

107 Vgl. hierzu Koller in Kölner Formularhandbuch Grundstücksrecht, 2. Aufl. 2016, Kap. 4, Rn. 487.

108 Dies folgt aus dem Umstand, dass ein Erbbaurecht stets auf einem Grundstück im Rechtssinne lastet und die Belastung eines Grundstücks im Rechtssinne mit mehreren Erbbaurechten gem. § 10 ErbbauRG nicht möglich ist; möglich ist rechtlich allein eine Beschränkung des aus dem Erbbaurecht folgenden Rechts auf eine Teilfläche, vgl. OLG Düsseldorf 21.1.2016 – I-3 Wx 287/15 = RNotZ 2016, 243 ff. mAnm Heckscher, S. 245 ff.; Palandt/Wicke, 75. Aufl. 2017, ErbbauRG 1 Rn. 1; Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 9. Aufl. 2010, § 1 Rn. 33, 36; Staudinger/Rapp, ErbbauRG 2017, § 1 Rn. 15 f.; v. Oefele/Winkler, Hdb. ErbbauR 2012, Rn. 2.69, 2.74, 2.90, 2.91.

109 Sind die Gebäude bereits errichtet, darf die Teilung gem. § 1 Abs. 3 ErbbauRG nicht so erfolgen, dass die neue Grenze durch ein Gebäude verläuft und dadurch sich auf den Teilgrundstücken unselbständige Gebäudeteile befinden würden; die Teilung ist ferner gem. § 1 Abs. 1, 2 ErbbauRG unzulässig, wenn sich nicht auf jedem neuen Teilgrundstück ein Bauwerk befindet oder die Befugnis zu dessen Bebauung besteht, vgl. MüKoBGB/v. Oefele/Heinemann, 6. Aufl. 2013, ErbbauRG § 1 Rn. 43 ff.; v. Oefele/Winkler, Hdb. ErbbauR 2012, Rn. 5.161 ff. Zur nachträglichen Änderung der Befugnis zur Bebauung iSd § 1 Abs. 1 ErbbauRG vgl. OLG Düsseldorf 21.1.2016 – I-3 Wx 287/15 = RNotZ 2016, 243 ff. und die lesenswerte Anmerkung hierzu von Heckscher RNotZ 2016, S. 245 ff.

110 Die Beschränkung der bestehenden Teilerbbaurechte auf die entstehenden Teilgrundstücke und umgekehrt die Beschränkungen der Rechte des Grundstückseigentümers auf die entstehenden Teilerbbaurechte bedeuten eine Teilaufhebung des bisherigen Erbbaurechts iSd §§ 875, 876 BGB, zu der gem. § 26 ErbbauRG die Zustimmung des Grundstückseigentümers erforderlich ist, vgl. nur MüKoBGB/v. Oefele/Heinemann, 6. Aufl. 2013, ErbbauRG § 1 Rn. 45, 46; v. Oefele/Winkler, Hdb. ErbbauR 2012, Rn. 5.165 ff., 5.170.

111 Vgl. nur Palandt/Herrler, BGB, 75. Aufl. 2017, § 1098 Rn. 5, § 883 Rn. 2, § 886 Rn. 4.

b) Schicksal des ersten Kaufvertrages

Der vom Notar beurkundete Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und dem (Erst)Käufer wird durch die Ausübungserklärung der Bezirksregierung nicht berührt. Der Verkäufer sieht sich folglich nach Zugang der Ausübungserklärung einer doppelten vertraglichen Verpflichtung zur Übereignung des Grundstücks oder Erbbaurechts ausgesetzt.¹¹² Erfüllt der Verkäufer den durch die Ausübungserklärung entstandenen Kaufvertrag mit dem Vorkaufsberechtigten, könnte er gegenüber dem Käufer gem. §§ 275 Abs. 1, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB zum Schadenersatz verpflichtet sein.¹¹³

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung soll der Kaufvertrag allerdings bei Kenntnis des Käufers von der Vorkaufsrechtsbefangenheit des Grundstücks im Zweifel unter der auflösenden Bedingung gem. § 158 Abs. 2 BGB der Ausübung des Vorkaufsrechtes geschlossen worden sein.¹¹⁴ In der Literatur wird empfohlen, diesen Zweifeln durch eine ausdrückliche Regelung eines Rücktrittsrechts des Verkäufers für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechtes zu begegnen.¹¹⁵ Dieses Rücktrittsrecht sollte dann auch gleichermaßen dem Käufer zustehen, um ihn insbesondere für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechtes nur für eine Teilfläche gem. §§ 73 Abs. 1 S. 3 LWG NRW, 66 Abs. 1 S. 2 BNatSchG vor einer Verpflichtung zum Erwerb der verbleibenden Teilfläche zu schützen.

c) Vertragsparteien des zweiten Kaufvertrages

Übt die Bezirksregierung ein Vorkaufsrecht aus, kommt der Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Land Nordrhein-Westfalen als Käufer zustande. Das Land Nordrhein-Westfalen wird hierbei gem. § 73 Abs. 2 S. 1 LWG NRW iVm § 4 iVm Anhang II, Ziff. 22.1.1941 Zuständigkeitsverordnung Umweltschutz NRW¹¹⁶ (Wasserrecht) sowie gem. § 74 Abs. 2 iVm § 2 Abs. 1 Nr. 2 LNatSchG NRW (Naturschutzrecht) durch die jeweils örtlich zuständige¹¹⁷ Bezirksregierung vertreten. Das Land wird daher auch im Rahmen der notwendigen Vereinbarungen zum weiteren Vollzug dieses Kaufvertrages durch die Bezirksregierung vertreten. Für beide Vorkaufsrechte kann die Bezirksregierung das Vorkaufsrecht aber auch durch Verwaltungsakt zugunsten von in den Gesetzen jeweils näher bestimmten Dritten ausüben.¹¹⁸ In diesem Falle kommt der Kaufvertrag unmittelbar zwischen

dem Verkäufer und dem im Verwaltungsakt bestimmten Dritten als Käufer zustande (§ 73 Abs. 2 S. 3 LWG NRW, § 27 a Abs. 2 S. 1 BauGB).¹¹⁹

Das landeswasserrechtliche Vorkaufsrecht kann gem. § 73 Abs. 2 S. 2 LWG NRW durch den Verwaltungsakt der Bezirksregierung zugunsten von Kreisen, kreisfreien Städten, Gemeinden, Wasserverbänden, Anstalten des öffentlichen Rechts und Anliegern auf deren jeweiligen Antrag ausgeübt werden, wenn der Antragsteller im konkreten Einzelfall in Bezug auf das vorkaufsrechtsbelastete Grundstück gem. § 62 LWG NRW zur Gewässerunterhaltung oder gem. § 66 LWG NRW zum Ausgleich der Wasserführung oder gem. § 68 LWG NRW zum Gewässerausbau verpflichtet ist.

Das landesnaturschutzrechtliche Vorkaufsrecht kann gem. § 74 Abs. 3 S. 1 LNatSchG NRW durch Verwaltungsakt der Bezirksregierung auch zugunsten von Kreisen, kreisfreien Städten, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts, anerkannten Naturschutzvereinigungen (§ 66 Abs. 1 LNatSchG NRW)¹²⁰ und landesweit tätigen Naturschutzstiftungen des privaten Rechts auf deren jeweiligen Antrag ausgeübt werden.¹²¹ Eine dem § 73 Abs. 2 S. 2 LWG entsprechende weitere Einschränkung, etwa auf eine bestehende naturschutzrechtliche Pflicht des Dritten in Bezug auf das vorkaufsrechtsbelastete Grundstück, sieht § 74 Abs. 3 S. 1 LNatSchG NRW nicht vor.

Der Bezirksregierung wird nach beiden Vorschriften ausdrücklich Ermessen („kann“) eingeräumt. Dieses Entschließungs- und Auswahlermessen besteht bereits im Hinblick darauf, ob und wem die Bezirksregierung die Mitteilung des Notars über den Inhalt des Kaufvertrages iSd § 469 Abs. 1 BGB weiterleitet. Ferner besteht ein Entschließungs- und Auswahlermessen für den Fall, dass begünstigte Dritte den Antrag auf Ausübung des Vorkaufsrechtes durch Verwaltungsakt zu ihren Gunsten stellen, ob überhaupt und zu wessen Gunsten das Vorkaufsrecht ausgeübt wird. Im Rahmen der Ermessensausübung auf beiden vorgenannten Ebenen hat die zuständige Bezirksregierung die vom Gesetz geregelten Ausübungsgrenzen gem. § 73 Abs. 1 S. 6 LWG NRW, § 66 Abs. 2 BNatSchG zu berücksichtigen.

d) Vollzug des zweiten Kaufvertrages

Für den Vollzug des mit der Ausübung des Vorkaufsrechtes zustande kommenden schuldrechtlichen Kaufvertrages bedarf es zumindest der notariellen Beurkundung der Auflassung gem. § 925 BGB, da die dingliche Einigung zwischen Verkäufer und Käufer gem. § 464 Abs. 2 BGB nicht kraft Gesetzes zwischen dem Verkäufer und dem Land

112 Palandt/Weidenkaff, BGB, 75. Aufl. 2017, Vorb v § 463 Rn. 8 mwN.

113 Palandt/Weidenkaff, BGB, 75. Aufl. 2017, Vorb. v § 463 Rn. 8. Nach aA hat der Verkäufer sein Unvermögen bei Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechtes in der Regel nicht iSd § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vertreten, vgl. BeckOGK/Daum BGB § 464 Rn. 30; MüKoBGB/Westermann § 464 Rn. 9; WürzNotarHB/Hertel, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 8 Rn. 84.

114 BGH 13.3.2009 – V ZR 157/08 = DNotZ 2009, 625 ff., in Juris Rn. 17; Palandt/Weidenkaff, 75. Aufl. 2017, Vorb. v § 463 Rn. 8; BeckOK BGB/Faust § 464 Rn. 8; aA BeckOGK/Daum BGB § 464 Rn. 31.

115 WürzNotarHB/Hertel, 4. Aufl. (2015), Teil 2 Kap. 8 Rn. 85; Koller in Kölner Formularhandbuch Grundstücksrecht, 2. Aufl. 2016, Kap. 4, Rn. 485.

116 GV.NRW v. 30.11.2016, S. 977 ff.

117 Die örtliche Zuständigkeit der fünf Bezirksregierungen ergibt sich gem. §§ 8 Abs. 1 S. 1, 10 Landesorganisationsgesetz NRW iVm Ziffer I, 1 der Bekanntmachung der Bezirke der Landesmittelbehörden und der unteren Landesbehörden (GV.NRW 27.11.2013, S. 631 ff.) aus der Belegenheit des Grundstücks in den dort näher bezeichneten Bezirken.

118 Zur Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht vgl. OVG Berlin-Brandenburg 12.12.2013 – OVG 11 B 18.12 (nur in Juris veröffentlicht); VG Augsburg 16.8.2012 – Au 2 K 11.1347 = NuR 2013, 151 ff.

119 Ein Austausch des Begünstigten gem. §§ 48, 49 VwVfG NRW (Widerruf bzw. Rücknahme und Neuerlass des Verwaltungsaktes) ist nur innerhalb der Zweimonatsfrist aus § 469 Abs. 2 BGB möglich, vgl. VG München 18.4.2012 – M 9 K 11.3752 (nur in Juris veröffentlicht). Die Regelung des § 74 Abs. 3 S. 2 LNatSchG NRW, wonach die Ausübung von Vorkaufsrechten zugunsten Dritter voraussetzt, dass „diese die zum Erwerb notwendigen Mittel den Berechtigten zur Verfügung stellen oder diese Erstaten“, ist vor dem Hintergrund der durch die Ausübung entstehenden Verpflichtung gem. § 433 Abs. 2 BGB überflüssig.

120 Eine Liste der anerkannten Naturschutzvereinigungen (u.a. BUND, NABU) ist im Internet abrufbar unter www.umwelt.nrw.de/naturwald/wer-macht-was/anerkannte-umwelt-und-naturschutzvereinigungen/.

121 Der Verweis in § 74 Abs. 3 S. 2 LNatSchG NRW auf Dritte iSd § 66 Abs. 4 BNatSchG geht ins Leere, da dort keine weiteren Dritten genannt werden.

Nordrhein-Westfalen zustande kommt. Ferner entfalten sämtliche im beurkundeten Kaufvertrag abgegebenen einseitigen Erklärungen (Vollmachten, Weisungen und Zwangsvollstreckungsunterwerfungen) keine Wirkung und müssen wiederholt werden.¹²²

Zu den darüber hinaus zu empfehlenden Inhalten eines Vertrages zwischen Verkäufer und Vorkaufsberechtigtem und ggf. auch dem (Erst)Käufer kann auf die an anderer Stelle dargelegten Gestaltungsvorschläge verwiesen werden (etwa von *Koller* in *Kölner Formularhandbuch Grundstücksrecht*, 2. Aufl. 2016, Kap. 4, Rn. 454 ff., 507 ff.; *Kersten/Bühling/Basty*, *Formularbuch* 24. Aufl. 2014, § 63 Rn. 29 ff.; *WürzNotarHB/Hertel*, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 8 Rn. 96 ff.; *Krauß*, *Immobilienkaufverträge*, 7. Aufl. 2014, Rn. 3446 ff. und 4510 und auch von *Falkner MittBayNot* 2016, 465 [471 ff.]).

F. Gebühren

Bei allen zuvor beschriebenen Tätigkeiten des Notars handelt es sich um Vollzugshandlungen zum Grundstückskaufvertrag, die grundsätzlich durch die Vollzugsgebühr gem. KV 22110 GNotKG abgegolten sind. Wenn der Notar allerdings im Rahmen des Vollzuges ausschließlich „einfache Vollzugstätigkeiten“ iSd KV Vorbemerkung 2.2.1.1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 3 GNotKG vornimmt und die Vollzugsgebühr folglich gem. KV-Nr. 22112 GNotKG der Höhe nach gekappt ist, stellt sich die Frage, in welchem Umfang die zuvor beschriebenen Tätigkeiten Vollzugsgebühren auslösen.¹²³

I. Dem Grunde nach

Gem. KV Vorbemerkung 2.2.1.1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GNotKG entsteht eine Vollzugsgebühr für die Anforderung und Prüfung einer Erklärung oder Bescheinigung nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Der vom Vorkaufsrechtsverzeichnis automatisiert erzeugte Verwaltungsakt des Landesamtes für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz NRW enthält die Erklärung, ob ein bestimmtes Grundstück oder Erbbaurecht mit Vorkaufsrechten belastet ist. Der nach erfolgter Fachprüfung individuell erstellte Verwaltungsakt der zuständigen Bezirksregierung enthält die Erklärung, ob auf bestehende Vorkaufsrechte verzichtet wird. Beide Verwaltungsakte werden dem Notar oder dem Verkäufer ausschließlich auf Anforderung – aufgrund einer Eingabe von Informationen in das Vorkaufsrechtsverzeichnis bzw. aufgrund einer Mitteilung an die Bezirksregierung – zur Verfügung gestellt.¹²⁴ Schließlich hat der Notar den Inhalt dieser Erklärungen zum Zwecke des weiteren Vollzuges des Grundstückskaufvertrages stets dahingehend zu überprüfen, ob

Vorkaufsrechte bestehen und ob diese ausgeübt werden. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass sowohl die Anforderung und Prüfung des Verwaltungsaktes des Landesamtes für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz NRW als auch die Anforderung und Prüfung des Verwaltungsaktes der Bezirksregierung dem Grunde nach eine Vollzugsgebühr gem. KV Vorbemerkung 2.2.1.1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GNotKG auslösen.¹²⁵

II. Der Höhe nach

Gem. KV-Nr. 22110 GNotKG iVm § 112 S. 1 GNotKG entspricht die Vollzugsgebühr grundsätzlich einem Satz iHv 0,5 aus dem Geschäftswert des dem Vollzug zugrunde liegenden Beurkundungsverfahrens. Die Vollzugsgebühr ist allerdings gem. KV-Nr. 22112 GNotKG der Höhe nach gekappt („Kappungsgrenze“), wenn der Notar ausschließlich „einfache Vollzugstätigkeiten“ iSd KV Vorbemerkung 2.2.1.1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 3 GNotKG vornimmt. In diesem Falle beträgt die Vollzugsgebühr für jede einfache Vollzugstätigkeit höchstens 50 EUR.

1. Erklärung zum Bestehen von Vorkaufsrechten

Bei dem vom Vorkaufsrechtsverzeichnis erzeugten Verwaltungsakt stellt das Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz NRW stets zwei Rechtsverhältnisse fest: Erstens, ob an einem Grundstück oder Erbbaurecht ein Vorkaufsrecht nach dem Wassergesetz besteht. Zweitens, ob an einem Grundstück oder Erbbaurecht ein Vorkaufsrecht nach dem Naturschutzgesetz besteht. Der Notar kann technisch nur beide Auskünfte zugleich anfordern und hat folglich auch stets beide Auskünfte auf das Bestehen eines Vorkaufsrechtes zu überprüfen. Gebührenrechtlich kann es sich hierbei nicht auswirken, dass eine gesonderte Erklärung zu den beiden Vorkaufsrechten nach § 73 LWG NRW und § 74 LNatSchG NRW iVm § 66 BNatSchG technisch nicht möglich ist und daher stets eine verbundene Erklärung zu beiden Vorkaufsrechten erteilt wird. Die Anforderung und Prüfung des vom Vorkaufsrechtsverzeichnis automatisiert erzeugten Verwaltungsaktes des Landesamtes für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz NRW führt folglich stets zu einer Erhöhung der Kappungsgrenze iHv 50 EUR betreffend die Erklärung zum wasserrechtlichen Vorkaufsrecht sowie von weiteren 50 EUR betreffend die Erklärung zum naturschutzrechtlichen Vorkaufsrecht. Zusammengefasst kann demnach festgestellt werden, dass die Kappungsgrenze gem. KV-Nr. 22112 GNotKG durch eine Einsichtnahme in das Vorkaufsrechtsverzeichnis und Überprüfung des dadurch erzeugten Bescheides stets um insgesamt 100 EUR (2 x 50 EUR) erhöht wird.

2. Erklärung zur Ausübung von Vorkaufsrechten

Besteht nach dem vom Vorkaufsrechtsverzeichnis automatisiert erzeugten Verwaltungsakt ein Vorkaufsrecht, teilt der Notar den Inhalt des Kaufvertrages der zuständigen Bezirksregierung mit. Der aufgrund dieser Mitteilung ergehende Verwaltungsakt der Bezirksregierung kann eine

122 Vgl. nur *Koller* in *Kölner Formularhandbuch Grundstücksrecht*, 2. Aufl. 2016, Kap. 4, Rn. 514, 526.

123 Dass diese Vollzugshandlungen zum Teil (Einsichtnahme in das Vorkaufsrechtsverzeichnis) in der Regel schon vor der Beurkundung vorgenommen werden, ist gem. KV Vorbemerkung 2.2.1.1 Abs. 1 S. 3 GNotKG für das Entstehen der Vollzugsgebühr unerheblich.

124 Unerheblich ist nach der gesetzlichen Regelung an dieser Stelle, wie der Notar die Anforderung vornimmt (mündlich, schriftlich, elektronisch). Maßgeblich ist allein, dass die Erklärung dem Notar nicht unaufgefordert von der Behörde vorgelegt wird, vgl. *Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, 19. Aufl. 2015, KV Vorbem. 2.2.1.1 Rn. 22; *Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, GNotKG, 2. Aufl. 2016, Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 15.

125 Vgl. ebenso allgemein zu landesrechtlichen Vorkaufsrechten *Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, 19. Aufl. 2015, KV Vorbemerkung 2.2.1.1 Rn. 28; *Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, GNotKG, 2. Aufl. 2016, Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 25; *BeckOKKostR/Neie* GNotKG Rn. 8

Erklärung zum Verzicht oder zur Ausübung sowohl des wasserrechtlichen als auch des naturschutzrechtlichen Vorkaufrechtes enthalten. Maßgeblich für den Ansatz der Vollzugsgebühr der Höhe nach ist auch für diesen Verwaltungsakt, ob dieser nur eine vom Notar angeforderte Erklärung zu einem Vorkaufsrecht oder aber zwei vom Notar angeforderte Erklärungen zu beiden Vorkaufrechten enthält. Enthält der Verwaltungsakt der Bezirksregierung nur eine Verzichts- oder Ausübungserklärung zum Vorkaufsrecht gem. § 73 LWG NRW oder zum Vorkaufsrecht gem. § 74 LNatSchG NRW iVm § 66 BNatSchG, erhöht sich die Kappungsgrenze nach KV-Nr. 22112 GNotKG um weitere 50 EUR. Enthält der Verwaltungsakt der Bezirksregierung hingegen eine Verzichts- oder Ausübungserklärung sowohl zum Vorkaufsrecht gem. § 73 LWG NRW als auch zum Vorkaufsrecht gem. § 74 LNatSchG NRW iVm § 66 BNatSchG, erhöht sich die Kappungsgrenze nach KV-Nr. 22112 GNotKG um weitere 100 EUR (2 x 50 EUR).

III. Unrichtige Sachbehandlung

Eine Vollzugsgebühr nach KV Vorbemerkung 2.2.1.1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GNotKG darf nicht erhoben und die Kappungsgrenze nach KV-Nr. 22112 GNotKG darf nicht angehoben werden, wenn der Notar einen der zuvor bezeichneten Verwaltungsakte anfordert und prüft, obwohl die neuen Vorkaufsrechte bereits aus einem anderen rechtlichen Grund ausscheiden. In einem solchen Falle liegt stets eine unrichtige Sachbehandlung gem. § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG vor, da die Anforderung und Prüfung aufgrund des eindeutigen gesetzlichen Ausschlusses offensichtlich nicht erforderlich ist.¹²⁶ Bspw. stellt eine Einsichtnahme des Notars in das Vorkaufsrechtsverzeichnis in der Regel eine unrichtige Sachbehandlung iSd § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG dar, wenn die Vertragsbeteiligten Ehegatten, Lebenspartner oder Verwandte ersten Grades sind bzw. wenn der Verkäufer als Insolvenzverwalter handelt.¹²⁷ Ferner ist auch dann eine unrichtige Sachbehandlung durch den Notar iSd § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG anzunehmen, wenn kein schuldrechtlicher Kaufvertrag iSd § 433 BGB oder dieser nicht mit einem Dritten iSd § 463 BGB geschlossen wurde, der Notar aber dennoch das Vorkaufsrechtsverzeichnis eingesehen hat.¹²⁸

G. Notarielle Praxis

Für die überwiegende Anzahl an Kaufverträgen über in Nordrhein-Westfalen belegene Grundstücke und Erbbaurechte wird der Notar zukünftig Einsicht in das elektronische Vorkaufsrechtsverzeichnis nehmen müssen. Das hat Auswirkungen sowohl auf die Büroorganisation (vgl. I) als auch auf die Vertragsgestaltung (vgl. II).

I. Büroorganisation

Es empfiehlt sich, die organisatorischen Abläufe im Notariat an die zukünftige zweistufige Prüfung der neuen öf-

fentlich-rechtlichen Vorkaufsrechte anzupassen. Die Einsichtnahme in die Webanwendung des Vorkaufsrechtsverzeichnisses (erste Prüfungsstufe) sowie die Anfrage bei der zuständigen Bezirksregierung über EGVP (zweite Prüfungsstufe) könnten hierbei wie folgt organisiert werden:

1. Erste Prüfungsstufe

Für die erste Prüfungsstufe sollte der Notar mindestens drei grundsätzliche organisatorische Entscheidungen treffen:

Erstens sollte organisatorisch sichergestellt werden, dass eine Einsichtnahme in das Vorkaufsrechtsverzeichnis am Tag der Beurkundung erfolgt. Eine Einsichtnahme in das Vorkaufsrechtsverzeichnis vor dem Tag der Beurkundung des Kaufvertrages ist zwar möglich, kann jedoch die Einsichtnahme an dem rechtlich allein maßgeblichen Tag der Beurkundung keinesfalls ersetzen.¹²⁹ Mindestens zwei alternative Arbeitsabläufe sind denkbar:

- Eine Einsichtnahme durch die Mitarbeiter könnte zum einen *vor der Beurkundung* erfolgen. Der Notar kann den vom Vorkaufsrechtsverzeichnis erzeugten Bescheid dann in der Beurkundung anhand des ihm vorliegenden Grundbuchblattes prüfen. Hierzu bietet es sich bspw. an, eine Einsichtnahme gebündelt für alle anstehenden Kaufverträge am Morgen des Beurkundungstages gleichzeitig mit dem Abruf des Aktualitätsnachweises für die Grundbuchblätter vorzunehmen.
- Eine Einsichtnahme durch die Mitarbeiter könnte zum anderen auch unmittelbar *nach der Beurkundung* erfolgen. Der Notar kann den Bescheid dann zwar nicht in der Beurkundung, jedoch noch später im Rahmen der Fälligkeitprüfung selbst überprüfen. Im Rahmen dieses alternativen Arbeitsablaufes kann der Notar allerdings nicht selbst sicherstellen, dass eine Einsichtnahme durch die Mitarbeiter auch stets am Tag der Beurkundung erfolgt; dafür sollte er folglich auf andere Weise organisatorisch Vorsorge treffen.

Zweitens sollte organisatorisch sichergestellt werden, dass der vom Vorkaufsrechtsverzeichnis erzeugte und in der Webanwendung herunterladbare Bescheid des Landesamtes für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz NRW erstens für die Nebenakte (§ 22 DONot) oder für die Verbindung mit der Urkunde (§ 18 Abs. 2 S. 1 DONot) ausgedruckt und zweitens als elektronische Datei dauerhaft auf dem Server des Notars gespeichert wird. Nur durch eine dauerhafte, dem jeweiligen Vorgang zuzuordnenden Speicherung der elektronischen Datei bleiben die darauf aufgebrauchte fortgeschrittene elektronische Signatur und der daraus folgende Beweiswert für die Integrität und Authentizität des Bescheides erhalten.¹³⁰

Drittens sollte der Notar die organisatorische Entscheidung treffen, ob seine Mitarbeiter auch stets das bei bestehendem Vorkaufsrecht vom Vorkaufsrechtsverzeichnis neben dem Bescheid gesondert und ausschließlich zu seiner Information erzeugte Dokument¹³¹ herunterladen sollen.

¹²⁶ Vgl. Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 21 Rn. 2 und ebenda Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 16; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 19. Aufl. 2015, § 21 Rn. 39.

¹²⁷ Zu einem Ausnahmefall bereits oben Lit. C, III, 2.

¹²⁸ Vgl. hierzu oben Lit. C, I.

¹²⁹ Vgl. hierzu bereits oben Lit. C, Ziff. IV, 2, a.

¹³⁰ Vgl. hierzu bereits oben Lit. D, Ziff. III, 2. Zur berufsrechtlichen Zulässigkeit der elektronischen Speicherung vgl. Armbrüster/Preuß/Renner/Eickelberg, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 5 DONot Rn. 25, § 6 DONot Rn. 4 und § 22 Rn. 14.

¹³¹ Vgl. hierzu bereits oben Lit. D, Ziff. II, 4, c.

Diese organisatorische Entscheidung hängt davon ab, ob der Notar auch die in diesem gesonderten Dokument enthaltenen Informationen zu den von seinen Mitarbeitern im Vorkaufsrechtsverzeichnis vorgenommenen Angaben zu seiner Bevollmächtigung sowie zum Verkäufer in der Beurkundung überprüfen möchte. Ist dass der Fall, sollte auch dieses Dokument erstens als papierener Ausdruck in die zugehörige Akte eingelegt und zweitens als elektronische Datei dauerhaft auf dem Server des Notars gespeichert werden.

2. Zweite Prüfungsstufe

Lautet das Ergebnis der ersten Prüfungsstufe, dass das Grundstück oder Erbbaurecht mit einem Vorkaufsrecht belastet ist, wird ein Übergang in die zweite Prüfungsstufe erforderlich. Vor dem Hintergrund, dass ca. 9 % aller Grundstücke in Nordrhein-Westfalen mit einem der neuen Vorkaufsrechte belastet ist, sollte das nur bei jedem zehnten Kaufvertrag erforderlich werden.

Diese zweite Prüfungsstufe kann und sollte ohne Medienbruch vollständig elektronisch vollzogen werden. Hierzu bietet es sich an, einmalig ein allgemeines Anschreiben des Notars an die „zuständige Bezirksregierung“ zu erstellen und als Datei (PDF) abzuspeichern (vgl. den Formulierungsvorschlag hierzu oben im Text).¹³² Nach Beurkundung eines Kaufvertrages können die Mitarbeiter diese (Anschreiben)Datei zusammen mit der vom Vorkaufsrechtsverzeichnis erzeugten und mit einer fortgeschrittenen elektronischen Signatur versehenen (Bescheid)Datei über das EGVP-Modul von X-Notar („Sonstige Nachrichten“) an die zuständige Bezirksregierung elektronisch versenden. Eine gesonderte Signatur der (Anschreiben)Datei durch den Notar ist nicht erforderlich,¹³³ so dass dieser Vollzugsschritt selbständig und ohne Mitwirkung des Notars durch die Mitarbeiter erledigt werden kann.

Wird die Anfrage des Notars bei der zuständigen Bezirksregierung elektronisch über das EGVP gestellt, wird auch der Verzichtsbekundung der Bezirksregierung elektronisch über das EGVP an den Notar übermittelt. Auch für diesen elektronischen Bescheid der Bezirksregierung sollte wiederum organisatorisch sichergestellt werden, dass er erstens für die Prüfung der Fälligkeitsvoraussetzungen durch den Notar sowie für die Nebenakte (§ 22 DONot) oder für die Verbindung mit der Urkunde (§ 18 Abs. 2 S. 1 DONot) ausgedruckt und zweitens als elektronische Datei dauerhaft auf dem Server des Notars gespeichert wird. Auch für diesen Bescheid bleibt nur durch eine dauerhafte, dem jeweiligen Vorgang zuzuordnenden Speicherung der elektronischen Datei die darauf gegebenenfalls aufgebraute qualifizierte elektronische Signatur und der daraus folgende Beweiswert für dessen Integrität und Authentizität erhalten.¹³⁴

132 Vgl. den Textvorschlag oben Lit. E, Ziff. I, 2. Für den oben beschriebenen Ausnahmefall, dass dem Notar eine Einsichtnahme in das Vorkaufsrechtsverzeichnis am Tag der Beurkundung nicht möglich war, ist stets die Angabe des Tages der Beurkundung erforderlich, so dass für diese Ausnahmefälle stets ein individuelles Anschreiben des Notars erforderlich sein dürfte, vgl. hierzu bereits oben Lit. C, Ziff. IV, 2, b.

133 Vgl. hierzu bereits oben Lit. E, Ziff. I, 1.

134 Vgl. hierzu bereits oben Lit. E, Ziff. II, 1. Zur berufsrechtlichen Zulässigkeit der elektronischen Speicherung vgl. Armbrüster/Preuß/Renner/Eickelberg, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 5 DONot Rn. 25, § 6 DONot Rn. 4 und § 22 Rn. 14.

II. Vertragsgestaltung

Die neuen öffentlich-rechtlichen Vorkaufsrechte geben an insgesamt fünf Stellschrauben Anlass, über eine Anpassung der Kaufvertragsgestaltung nachzudenken:

1. Kaufpreisfälligkeit

Zum Schutz des Käufers vor einer ungesicherten Vorleistung des Kaufpreises vor Sicherstellung, dass er vorbehaltlos Eigentümer werden kann, sollte das Vorliegen eines Negativattestes oder einer Verzichtserklärung sowohl zum wasser- als auch zum naturschutzrechtlichen Vorkaufsrecht zur Fälligkeitsvoraussetzung gemacht werden. In vielen Notariaten ist hierfür eine Umstellung der Kaufvertragsgestaltung nicht erforderlich. Die üblicherweise genutzte Vertragsklausel betreffend das gemeindliche Vorkaufsrecht wird nämlich vielfach so allgemein ausgestaltet sein, dass davon sämtliche gesetzliche Vorkaufsrechte erfasst werden.¹³⁵ Zur Erleichterung des Vollzuges ist es in der notariellen Praxis zum Teil aber auch üblich, die für den konkreten Einzelfall möglichen gesetzlichen Vorkaufsrechte bereits im Einzelnen im Kaufvertrag aufzuführen. In diesen Fällen sollte das Vorliegen eines Negativattestes oder einer Verzichtserklärung zu den neuen öffentlich-rechtlichen Vorkaufsrechten ausdrücklich zur Fälligkeitsvoraussetzung erhoben werden:

Der Kaufpreis ist zu zahlen, sobald der Notar dem Käufer durch einfachen Brief mitgeteilt hat, dass

[...]

- das Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz NRW das Nichtbestehen eines wasser- und naturschutzrechtlichen Vorkaufsrechtes bescheinigt oder die zuständige Bezirksregierung den Verzicht auf die Ausübung bestehender wasser- und naturschutzrechtlicher Vorkaufsrechte erklärt hat.

2. Rücktrittsrecht

Zum Schutz des Verkäufers vor einem Schadensersatzanspruch des (Erst)Käufers nach Ausübung eines der neuen öffentlich-rechtlichen Vorkaufsrechte und Erfüllung des daraus entstehenden zweiten Kaufvertrages könnte erwogen werden, ein Rücktrittsrecht des Verkäufers für diesen Fall vorzusehen. Zugleich sollte dann auch ein Rücktrittsrecht des (Erst)Käufers geregelt werden, um ihn insbesondere für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechtes nur für eine Teilfläche des Grundstücks vor einer Verpflichtung zum Erwerb der verbleibenden Teilfläche zu schützen.¹³⁶ Wer für das gemeindliche Vorkaufsrecht¹³⁷ und das bisherige naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht gem. § 36 a Landschaftsgesetz NRW¹³⁸ von der Aufnahme eines Rücktrittsrechts in die Kaufvertragsurkunde bislang abgesehen hat, sollte über eine Aufnahme einer solchen

135 ZB: „Der Kaufpreis ist zu zahlen, sobald der Notar dem Käufer durch einfachen Brief mitgeteilt hat, dass [...] – die für den Vollzug erforderlichen Negativatteste oder Verzichtserklärungen für mögliche gesetzliche Vorkaufsrechte vorliegen“, vgl. WürzNotarHB/Herstel, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 8 Rn. 4.

138 Unter Geltung von § 36 a Landschaftsgesetz NRW war bei der hierzu in Nordrhein-Westfalen wohl üblichen Kaufvertragsgestaltung (Negativattest zu diesem nur schuldrechtlich wirkenden Vorkaufsrecht wurde nicht als Fälligkeitsvoraussetzung geregelt) von der Aufnahme einer Rücktrittsklausel zu Recht abzuraten, vgl. Kessler ZNotP 2006, 450 ff.

Rücktrittsklausel für die neuen öffentlich-rechtlichen Vorkaufsrechte zumindest erneut nachdenken. Hierbei sollte auch der Umstand berücksichtigt werden, dass durch die eingeräumte Möglichkeit des – ggf. aus öffentlichen Mitteln geförderten – Erwerbs durch begünstigte Dritte (zB NABU, BUND)¹³⁹ von den neuen gesetzlichen Vorkaufsrechten eventuell häufiger als von anderen gesetzlichen Vorkaufsrechten Gebrauch gemacht werden wird.

Der Verkäufer und der Käufer können schriftlich von diesem Kaufvertrag zurücktreten, wenn ein gesetzliches Vorkaufsrecht ganz oder teilweise ausgeübt wird. Im Falle des Rücktritts trägt ***der Verkäufer sämtliche Kosten dieses Kaufvertrages einschließlich der Rückabwicklung, sofern sie nicht vom Vorkaufsberechtigten zu tragen sind,¹⁴⁰ und ***der Käufer sämtliche Kosten der Finanzierung dieses Kaufvertrages einschließlich der Rückabwicklung.¹⁴¹

3. Vollzugsvollmacht

Im Hinblick auf die von dem Notar im Vorkaufsrechtsverzeichnis anzugebenden Empfangsvollmachten betreffend die Erklärungen der zuständigen Bezirksregierung zum Verzicht sowie zur Ausübung der neuen Vorkaufsrechte¹⁴² sollte überprüft werden, ob im Hinblick auf Kaufvertragsgestaltung ggf. Handlungsbedarf besteht. Enthält der Kaufvertrag lediglich eine allgemeine Vollzugsvollmacht, soll diese nicht dahingehend ausgelegt werden können, dass der Notar vom Verkäufer auch zur Entgegennahme der Erklärung über die Ausübung eines Vorkaufsrechtes bevollmächtigt ist.¹⁴³ Legt man diese Rechtsauffassung zugrunde, führt bereits die Aufnahme einer allgemeinen Vollzugsvollmacht zu der in der Literatur überwiegend empfohlenen Gestaltung, wonach der Notar sich lediglich zur Entgegennahme der Verzichtserklärung, aber nicht auch zugleich zur Entgegennahme der Ausübungserklärung bevollmächtigen lassen sollte.¹⁴⁴ Sieht man trotzdem Gestaltungsbedarf, könnte die allgemeine Vollzugsvollmacht mit folgender klarstellenden Ergänzung versehen werden:

139 Vgl. hierzu bereits oben Lit. E, Ziff. II, 2, c.

140 Zu den vom Vorkaufsberechtigten zu tragenden Kosten bereits oben Lit. E, Ziff. II, 2, a, bb. Vor dem Hintergrund der dortigen Ausführungen ist an dieser Stelle i. E. nur zu klären, ob der Verkäufer oder der Käufer das Risiko zur Tragung solcher dem Käufer im Kaufvertrag auferlegter Kosten tragen soll, die als „Fremdkörper“ des Kaufvertrages anzusehen sind und daher nicht Gegenstand des zweiten Kaufvertrages zwischen Verkäufer und Vorkaufsberechtigtem werden. Vgl. hierzu auch *Heinemann* in *Köln* Formularhandbuch Grundstücksrecht 2013, Kap. 5, Rn. 597.

141 Die Finanzierungskosten (Zinsen, Vorfälligkeitsentschädigung sowie Beurkundungs-, Eintragungs- und Löschungskosten einer Finanzierungsgrundschuld) sind gem. § 464 Abs. 2 BGB vom Vorkaufsberechtigten nicht zu tragen, vgl. oben Lit. E, Ziff. II, 2, a, bb. Hierzu auch *Koller* in *Köln* Formularhandbuch Grundstücksrecht, 2. Aufl. 2016, Kap. 4, Rn. 523.

142 Vgl. hierzu bereits oben Lit. D, Ziff. II, 4.

143 ÖVG Lüneburg 12.7.1995 – 1 L 5249/94 = NJW 1996, 212: „Dieser Verwaltungsakt [zur Ausübung des Vorkaufsrechtes] sprengt den Rahmen dessen, was sich noch unter den Vollzug des Kaufvertrages einordnen ließe.“ Ebenso Winkler, *BeurkG*, 18. Aufl. 2017, § 20 Rn. 54; *Heinemann* in *Köln* Formularhandbuch Grundstücksrecht 2013, Kap. 5, Rn. 672.

144 So *Schöner/Stöber*, *Grundbuchrecht*, 15. Aufl. 2012, Rn. 1419 Fn. 77; *WüurzNotarHB/Hertel*, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 9 Rn. 120. Offen *Koller* in *Köln* Formularhandbuch Grundstücksrecht, 2. Aufl. 2016, Kap. 4, Rn. 478 ff. AA *Heinze* *NotBZ* 1998, 151 (152).

Wir bevollmächtigen den Notar, alle zum Vollzug dieser Urkunde erforderlichen Erklärungen abzugeben, einzuholen und entgegenzunehmen. Ausgenommen hiervon sind Erklärungen zur Ausübung von Vorkaufsrechten, für die der Notar lediglich zur Entgegennahme einer Abschrift bevollmächtigt wird.

4. Vermerkplicht

Gem. § 20 BeurkG soll der Notar auf in Betracht kommende gesetzliche Vorkaufsrechte hinweisen und diesen Hinweis in der Urkunde vermerken. Der berufsrechtlichen Vermerkplicht kommt der Notar nach allgemeiner Meinung bereits durch Aufnahme eines abstrakten Hinweises auf möglicherweise bestehende gesetzliche Vorkaufsrechte nach.¹⁴⁵ Wenn der Notar dennoch im Einzelnen auf die neuen öffentlich-rechtlichen Vorkaufsrechte hinweisen möchte, könnte dies wie folgt formuliert werden:

Der Notar hat uns auf mögliche gesetzliche Vorkaufsrechte hingewiesen, insbesondere auf Vorkaufsrechte der Gemeinde nach dem Baugesetzbuch und des Landes Nordrhein-Westfalen sowie bestimmter Dritter nach dem Wasser- und Naturschutzgesetz.

5. Abschriften

Der Vorkaufsberechtigte hat gem. § 469 Abs. 1 BGB keinen Anspruch auf Erteilung einer Abschrift des Kaufvertrages. Die Frist aus § 469 Abs. 2 BGB wird allerdings nur rechtssicher durch Übersendung einer Abschrift des Kaufvertrages in Gang gesetzt.¹⁴⁶ Folglich sollte zumindest dann eine Erklärung der Beteiligten zur Erteilung einer Abschrift des Kaufvertrages gem. § 51 Abs. 2 BeurkG an den Vorkaufsberechtigten aufgenommen werden, wenn nach der Einsichtnahme in das Vorkaufsrechtsverzeichnis ein Vorkaufsrecht besteht. Diese Erklärung gem. § 51 Abs. 2 BeurkG sollte darüber hinaus auch stets das mit den fünf Bezirksregierungen abgestimmte „vereinfachte Verfahren“ zur Anforderung einer Erklärung zum Verzicht auf bestehende Vorkaufsrechte (Negativattest) widerspiegeln, wenn die Beteiligten sich mit diesem vereinfachten – und zunächst nicht fristauslösenden iSd § 469 Abs. 2 BGB – Verfahren¹⁴⁷ einverstanden erklären:

Von diesem Vertrag erhält je eine einfache Abschrift:

[...]

- ein Vorkaufsberechtigter auf seine Anforderung¹⁴⁸ oder auf gesonderte einseitige Anweisung des Verkäufers oder Käufers.¹⁴⁹

145 Winkler, *BeurkG*, 18. Aufl. 2017, § 20 Rn. 53.

146 Vgl. hierzu bereits oben Lit. E, Ziff. I, 2.

147 Vgl. hierzu bereits oben Lit. E, Ziff. I, 3.

148 Um auf eine ggf. nicht erfolgende Erklärung der Bezirksregierung (innerhalb der angestrebten zwei Wochen, Lit. E, Ziff. I, 3) mit einer Auslösung der Ausübungsfrist iSd § 469 Abs. 2 S. 1 BGB durch Übersendung der Abschrift des Kaufvertrages (Mitteilung iSd § 469 Abs. 1 S. 1 BGB) reagieren zu können, sollte abweichend von § 51 Abs. 2 BeurkG eine einseitige Anweisung des Notars entweder durch den Verkäufer oder durch den Käufer ausreichen (vgl. so auch § 469 Abs. 1 S. 2 BGB).

DR. SIMON BLATH, WÜRZBURG

Das Mehrheitsprinzip im GmbH-Recht – Grundlegendes und Gestaltungsfragen

Inhaltsübersicht

A. Mehrheitsprinzip als gesetzlicher Ausgangspunkt

B. Minderheitenschutz

- I. Quoren
- II. Stimmverbote
- III. Unverzichtbare Rechte und Einzelzustimmungserfordernisse
 1. Eingriff in mitgliedschaftliche Rechte
 - a) Absolut unentziehbare Rechte
 - b) Relativ unentziehbare Rechte
 2. Eingriff in Sonderrechte (§ 35 BGB)
 3. Leistungsvermehrung (§ 53 Abs. 3 GmbHG)
- IV. „Bewegliche Schranken“
 1. Gleichbehandlungsgrundsatz
 2. Treuepflicht
 3. Allgemeine materielle Beschlusskontrolle bei Grundlagenentscheidungen?

C. Gestaltungsmöglichkeiten

I. Modifikation der Mehrheiten

1. Erhöhung der Quoren
 - a) „Einstimmigkeit“ aufgrund ergänzender Vertragsauslegung?
 - b) Begriffliches und Auslegungsfragen
 - c) Einführung und Abschaffung erhöhter Quoren
 - d) Verstoß gegen geltendes erhöhtes Quorum
2. Absenkung der Quoren

II. Modifikation des Stimmrechts

1. Stichtentscheid
2. Mehrstimmrecht und verändertes Stimmgewicht
3. Stimmrechtsloser Geschäftsanteil

III. Einzelzustimmung und Veto

IV. Fazit

D. Zusammenfassung

A. Mehrheitsprinzip als gesetzlicher Ausgangspunkt*

Die Willensbildung in den privatrechtlichen Verbänden unterliegt im deutschen Gesellschaftsrecht entweder dem Einstimmigkeitsprinzip oder dem Mehrheitsprinzip.¹ Einstimmigkeit und „Mehrheitlichkeit“ sind Kriterien für die Richtigkeit der Beschlüsse oder sonstigen Entscheidungen, stehen also für eine breite oder engere Legitimationsbasis.² Die Vor- und Nachteile beider Prinzipien liegen auf der Hand: Mehrheitsentscheidungen dienen der Handlungs- und Wandlungsfähigkeit der Gesellschaft, jedoch auf Kosten der Legitimationsbasis, einstimmige oder „allseitige“ Entscheidungen gewährleisten am ehesten die Richtigkeit der Entscheidung, aber behindern die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft.³

Die GmbH steht unter dem Regime des Mehrheitsprinzips, das personengesellschaftsrechtliche Einstimmigkeitsprinzip (vgl. § 709 Abs. 1 BGB, § 119 Abs. 1 HGB) ist ihr fremd: Gesellschafterbeschlüsse sind gem. § 47 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen zu fassen, Satzungsänderungen (§ 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG) und Auflösungsbeschlüsse (§ 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit. Auch Grund-

lagenentscheidungen bleiben also Mehrheitsentscheidungen, wenngleich mit erhöhtem Quorum.⁴ Nicht einmal ist der einzelne Gesellschafter Anknüpfungspunkt für die erforderliche Mehrheit (s. dagegen das „Kopfprinzip“ aus § 709 Abs. 2 BGB und § 119 Abs. 2 HGB). Rechengröße ist vielmehr die Stimme, die für den Gesellschafter aus jedem Euro seiner nominellen Beteiligung folgt (§ 47 Abs. 2 GmbHG). Und es ist nur die *abgegebene* Stimme, dh die gültige Ja- oder Nein-Stimme, mit der der Gesellschafter sich tatsächlich an der Entscheidung beteiligt. So jedenfalls nach dem gesetzlichen Leitbild.

Je stärker sich ein Verband gegenüber seinen Mitgliedern verselbständigt, desto näher liegt ihm das Mehrheitsprinzip, denn desto geringer fällt das Interesse des einzelnen Mitglieds ins Gewicht.⁵ Bestimmend ist das Mehrheitsprinzip daher in der Körperschaft und Kapitalgesellschaft. Mag auch umstritten sein, ob die GmbH als „kleine Kapitalgesellschaft“ oder „Personengesellschaft mbH“ oder als Mittelding zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft anzusehen ist,⁶ so tritt jedenfalls im Mehrheitsprinzip ein „kapitalistischer“, korporativer Wesenszug zutage.⁷ Auch insoweit, als es an die kapitalistisch konzipierte Beteiligungsform des GmbH-Gesellschafters anknüpft: Maßgeblich ist der Geschäftsanteil, eine durch den Nennbetrag in Euro bestimmte Größe (vgl. § 5 Abs. 2 u. 3 GmbHG),⁸ die dem Gesellschafter seit dem MoMiG sogar eine ur-

* Dem Beitrag liegt ein Referat zugrunde, das der Verfasser anlässlich einer Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München am 8.6.2016 mit dem Titel „Bestimmtheitsgrundsatz und Mehrheitsklauseln“ gehalten hat. Der Beitrag ist erstmals im gleichnamigen Tagungsband (Hager Schriften zum Notarrecht, Bd. 47, Nomos-Verlag, Baden-Baden 2016) erschienen. Der Verfasser ist stellvertretender Leiter des Referats für Handels- und Gesellschaftsrecht beim Deutschen Notarinstitut in Würzburg. Der Beitrag gibt allein die persönliche Ansicht des Verfassers wieder.

1 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 16 I 2, S. 451.

2 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 16 I 2, S. 452; s. auch Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 55.

3 Vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 16 I 2, S. 451.

4 Vgl. Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 55; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 16 I 1, S. 452 f.

5 Vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 16 I 2, S. 451; dabei folgt in der Personengesellschaft (OHG, GbR) ein gewichtiges Einzelinteresse bereits aus der unbeschränkten Haftung, vgl. Martens, Mehrheits- und Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH, 1970, S. 166.

6 S. Michalski/Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 1 Rn. 2 ff.

7 Vgl. Michalski/Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 1 Rn. 5; MüKoGmbHG/Drescher, 2. Aufl. 2016, § 47 Rn. 3.

8 Vgl. MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 2. Aufl. 2015, § 14 Rn. 7 f.

sprüngliche „Mehrfachbeteiligung“ ermöglicht (vgl. § 5 Abs. 2 S. 2 GmbHG). Dagegen steht die grundsätzlich unteilbare⁹ Mitgliedschaft der gesamthänderisch berechtigten Person, wie sie für die Personengesellschaft wesensbestimmend ist.

B. Minderheitenschutz

Wo das Mehrheitsprinzip gilt, stellt sich die Frage nach dem Minderheitenschutz. Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz sind zwei Seiten einer Medaille, der Minderheitenschutz ist „rechtsethisch notwendige Ergänzung des Mehrheitsprinzips“ (Wiedemann).¹⁰ Dabei geht es um das Spannungsverhältnis der gegenläufigen Interessen von Mehrheit und Minderheit und die Grenzen der „Majorisierung“¹¹ der Minderheit durch die Mehrheit. Die Frage ist aber regelmäßig nicht, wie sich diese Interessen miteinander in Einklang oder auch nur in „praktische Konkordanz“ bringen lassen, sondern vielmehr: In welchen Fällen darf sich das Mehrheitsinteresse ausnahmsweise nicht gegen das Minderheitsinteresse durchsetzen?

I. Quoren

Man darf diese Interessen nicht ohne Weiteres mit dem „Kollektivinteresse“ der Gesellschaftermehrheit und dem „Individualinteresse“ des einzelnen Anteilsinhabers gleichsetzen. Denn die kapitalistische Beteiligungsstruktur der GmbH erlaubt es etwa, dass ein einzelner Mehrheitsgesellschafter einer Vielzahl von Minderheitsgesellschaftern gegenübersteht. Minderheitenschutz bedeutet in der GmbH daher zunächst einmal Schutz der *Kapitalminderheit* gegenüber der *Kapitalmehrheit*. Diesen Schutz gewährleisten in gewissem Umfang die erhöhten Quoren, die von Gesetzes wegen bei grundlegenden Entscheidungen zu beachten sind (was freilich nichts daran ändert, dass im Extremfall die Stimme des einzigen erschienenen Gesellschafters entscheidet¹²). Wiedemann¹³ spricht insoweit von „schematischer Fürsorge für die Minderheit durch verstärkte Konsensanforderungen“.

Erhöhte Quoren tasten das Mehrheitsprinzip nicht an, sondern qualifizieren es lediglich, so in den folgenden Fällen, in denen jeweils eine ¾-Mehrheit erforderlich ist:

- Satzungsänderung (einschließlich Kapitalmaßnahmen), § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG,
- Auflösung durch Gesellschafterbeschluss (§ 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) und Fortsetzungsbeschluss,¹⁴
- Umwandlungsbeschlüsse (vgl. §§ 50 Abs. 1 S. 1, 125, 240 Abs. 1 S. 1 UmwG),

- Beschluss über Erhebung der Ausschlussklage,¹⁵
- Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag: Zustimmungsbeschluss der Untergesellschaft (str., ob allseitige Zustimmung erforderlich)¹⁶ und der Obergesellschaft,¹⁷
- Beschluss über Gesamtvermögensübertragung analog § 179 a AktG,¹⁸
- „Holzmüller“-Fälle.¹⁹

Eine Ausnahme bildet die Änderung des Gesellschaftszwecks, also des eigentlichen finalen Moments der Gesellschaft.²⁰ Insoweit ist nach allgemeiner Ansicht analog § 33 Abs. 1 S. 2 BGB die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter erforderlich (wenngleich nicht zwingend in der Gesellschafterversammlung).²¹ Das Mehrheitserfordernis geht hier im Einstimmigkeitsprinzip²² auf.²³

II. Stimmverbote

Als Korrektiv des Mehrheitsprinzips zugunsten der Minderheit können sich Stimmverbote erweisen.²⁴ Gesetzlich verankert sind sie in § 47 Abs. 4 GmbHG: Der Gesellschafter (oder sein Vertreter) darf bei einem Beschluss nicht mitstimmen, der ihn selbst entlastet, der ihn von einer Verbindlichkeit befreit (S. 1) oder der die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Einleitung eines Rechtsstreits ihm gegenüber betrifft (S. 2). Die Norm hat mithin Interessenkonflikte im Auge, die materiell im Beschlussgegenstand angelegt sind, etwa bestimmte Fälle des Richtens in eigener Sache.²⁵ Im Widerstreit liegt dabei das Interesse des Abstimmenden mit dem Interesse der Gesellschaftergesamtheit.²⁶

Das Stimmverbot kann der Minderheit sogar Entscheidungen zulasten der Mitgliedschaft des Mehrheitsgesellschafters

9 S. MüKoHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn. 75 ff.

10 Wiedemann, Gesellschaftsrecht, I, 1980, S. 405; vgl. auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 16 III 1, S. 467.

11 Zöllner, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 94.

12 Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 83.

13 Wiedemann, Gesellschaftsrecht, I, 1980, S. 421, vgl. auch Henze DStR 1992, 1823 f.

14 MüKoGmbHG/Berner, 2. Aufl. 2016, § 60 Rn. 254 ff., 256; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 60 Rn. 92 – jew. mwN.

15 BGH NJW 1953, 780 (783 f.); NJW 2003, 2314 (2315); aA etwa OLG Köln NZG 2001, 82 (83 f.).

16 Vgl. Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, 21. Aufl. 2017, KonzernRn. 106.

17 Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, 21. Aufl. 2017, KonzernRn. 110; MüKoGmbHG/Liebscher, 2. Aufl. 2016, Anh. § 13 Rn. 753.

18 MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 229.

19 Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 3. Aufl. 2013, § 8 Rn. 109; MüKoGmbHG/Liebscher, 2. Aufl. 2016, Anh. § 13 Rn. 1155.

20 Sie geht über die Änderung des Unternehmensgegenstands hinaus und betrifft die grundsätzliche Ausrichtung der Gesellschaft auf Gewinnerzielung oder andere Ziele, s. MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 186.

21 MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 188; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 53 Rn. 29 – jew. mwN.

22 Dabei ist zu bedenken, dass dogmatisch zwischen der Zustimmung zum Beschluss und der Einzelzustimmung außerhalb der Gesellschafterversammlung zu unterscheiden ist. Letztere ist Zustimmung zum bereits gefassten Beschluss und entscheidet über dessen Wirksamkeit oder Unwirksamkeit, vgl. GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 20 und unten III. 1. b).

23 Vgl. auch die Zustimmungserfordernisse des Umwandlungsrechts, etwa §§ 43, 128, 233 UmwG.

24 Vgl. auch Wiedemann, Gesellschaftsrecht, I, 1980, S. 421; Zöllner, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 145.

25 Vgl. BGH NJW 1986, 2051 (2053); MüKoGmbHG/Drescher, 2. Aufl. 2016, § 47 Rn. 130.

26 Vgl. BGH NJW 1989, 295, 297; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 47 Rn. 60, sprechen dagegen vom Interesse der Gesellschaft.

ters ermöglichen. ZB: Die Minderheitsgesellschafter wollen den Mehrheitsgesellschafter aus wichtigem Grund (dieser sei vorausgesetzt) aus der Gesellschaft ausschließen und daher Beschluss über die Erhebung einer Ausschlussklage fassen (so das Vorgehen, wenn die Satzung keine Einziehungs- oder Ausschlussregel enthält). Auch bei diesem Beschluss trifft den Mehrheitsgesellschafter ein Stimmverbot (§ 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG),²⁷ ebenso wohl bei einem Einziehungs- oder (statutarisch zugelassenen) Ausschlussbeschluss mit gleichem Ziel.²⁸ Allein die Minderheitsgesellschafter entscheiden dann über den Verbleib des Mehrheitsgesellschafter in der Gesellschaft. In diesem und in anderen Fällen des Stimmverbots kommt es zu einer Umkehrung der Verhältnisse, einem „völligen Rollentausch“, der die Minderheit zur „tonangebenden Gruppe“ macht.²⁹

III. Unverzichtbare Rechte und Einzelzustimmungserfordernisse

Der effektivste Minderheitenschutz ist dort gewährleistet, wo die Mehrheit von vornherein nicht entscheiden darf oder wo sie eine Entscheidung nur mit der Zustimmung des betroffenen Gesellschafter durchsetzen kann. Es handelt sich um solche Fälle, in denen die (satzungsändernde) Entscheidung unmittelbar in mitgliedschaftliche Rechtspositionen des Gesellschafter eingreifen oder neue mitgliedschaftliche Pflichten schaffen soll.

1. Eingriff in mitgliedschaftliche Rechte

a) Absolut unentziehbare Rechte

Einige mitgliedschaftliche Rechtspositionen sind gegen jede Entziehung oder Verkürzung geschützt. Man nennt sie „absolut unentziehbar“ oder „unverzichtbar“ Rechte und zählt dazu: das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung in seinem Kerngehalt,³⁰ das Recht auf Erhebung der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen Gesellschafterbeschlüsse, das Recht zum Austritt aus der Gesellschaft aus wichtigem Grund, die gesetzlich geregelten Minderheitenrechte (§§ 61 Abs. 2 S. 2, 66 Abs. 2, 50 GmbHG), das Auskunfts- und Einsichtsrecht (dessen Unentziehbarkeit in § 51a Abs. 3 GmbHG ausdrücklich festgeschrieben ist).³¹ Ein Gesellschafterbeschluss, der auf Beeinträchtigung dieser Rechte zielt, ist nichtig.³²

b) Relativ unentziehbare Rechte

Daneben gibt es solche „Grundmitgliedschaftsrechte“,³³ die zwar nicht unverzichtbar sind, aber nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafter (statutarisch) entzo-

gen oder eingeschränkt³⁴ werden können (sog. relativ unentziehbare Rechte). Dazu zählen Stimmrecht und Gewinnrecht, der Anspruch auf die Liquidationsquote bzw. die Abfindung bei Ausscheiden aus der Gesellschaft.³⁵ Diese Rechte sind relativ unentziehbar, weil sie zum Kernbereich der Mitgliedschaft³⁶ gehören.³⁷ Als kernbereichsrelevant mag man auch die Einführung (oder Verschärfung) einer Zwangseinziehungsregel und Anteilsvinkulierung ansehen.³⁸ Beides bedarf nach hM jedenfalls der Zustimmung der betroffenen Gesellschafter.³⁹

Nicht zustimmungsbedürftig sind *mittelbare* Eingriffe in den Kernbereich, etwa wenn sich Gewinn- und Stimmrecht infolge von Kapitalmaßnahmen verändern; hier ist allenfalls eine materielle Beschlusskontrolle angezeigt (vgl. IV. 3.).⁴⁰

Die Einzelzustimmung beschränkt sich *materiell* auf den Gesellschafter, der konkret von der Entziehung oder Beschränkung betroffen ist.⁴¹ Bei Einführung einer allgemeinen Abfindungsbeschränkung oder Vinkulierungsregel) können dies freilich sämtliche Gesellschafter sein.

Formal betrachtet fällt die Einzelzustimmung nicht in eins mit der Ja-Stimme bei der Beschlussfassung.⁴² Sie bezieht sich nicht wie die Stimme auf den Beschlussantrag, sondern auf den (satzungsändernden) Beschluss selbst.⁴³ So kann sie grundsätzlich formfrei gegenüber der Gesellschaft erklärt werden,⁴⁴ und zwar vor, nach oder bei der Beurkundung des Satzungsänderungsbeschlusses.⁴⁵ Eine Ja-

34 Vgl. GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 69.

35 GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 69; Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 47; dagegen nicht die Mitgliedschaft selbst, s. C. Schäfer GmbHR 1998, 168 f., mit Blick auf § 34 Abs. 2 GmbHG und die Ausschließung aus wichtigem Grund, die gerade keine Zustimmung des Auszuschließenden voraussetzt; ausf. C. Schäfer, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 171 ff., 190 f.

36 Zur Kernbereichslehre, insbesondere im GmbH-Recht: C. Schäfer, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 153 ff. Krit. zur Kernbereichslehre steht mittlerweile der BGH, zumindest im Personengesellschaftsrecht, vgl. NJW 2015, 859 (861) Tz. 10, 862 Tz. 19; dazu auch Priester NZG 2015, 529. Eine Absage an die Kategorien der absolut und relativ unentziehbaren Gesellschafterrechte muss das aber noch nicht bedeuten, s. C. Schäfer ZIP 2015, 1313; C. Schäfer NZG 2014, 1401 (1404); gegen „Überinterpretation“ der knappen Äußerungen des BGH auch Heckschen/Bachmann NZG 2015, 531 (534).

37 MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 100; sa C. Schäfer GmbHR 1998, 168 (169) und C. Schäfer, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 181 ff., der die unverzichtbaren Rechte nicht in den Kreis der Kernbereichsrechte einbezieht.

38 Abw. zur Zwangseinziehung C. Schäfer GmbHR 1998, 168 f., C. Schäfer, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 185 ff., 200 ff., und MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 205, die auf § 34 Abs. 2 GmbHG rekurrieren. Zur Vinkulierung – Kernbereichsrecht der freien Veräußerlichkeit – MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 201.

39 Zur Zwangseinziehung vgl. BGH NJW 1977, 2316; NJW 1992, 892 (893) (Verschärfung); MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 205; Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 46. Zur Anteilsvinkulierung vgl. MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 201 mwN.

40 GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 69; MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 100.

41 Vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 47 Rn. 5.

42 Vgl. Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 115 f.

43 C. Schäfer, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 40.

44 Man bedenke aber die Nachweisbarkeit gegenüber dem Registergericht.

45 Vgl. zur Zustimmung nach § 53 Abs. 3 GmbHG Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 94; GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 90.

27 BGH NJW 2003, 2314 (2315); NJW 1953, 780 (784).

28 Zur Einziehung BGH NJW 2015, 1385 (1386) Tz. 16.

29 Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht, I, 1980, S. 421.

30 Vgl. BGH DNotZ 1990, 116 (117 f.) bzgl. einer Regelung zur Vertretung in der Gesellschafterversammlung.

31 Vgl. Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 44; MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 99; GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 68. Zur Unterscheidung von „Kernbereich des Teilnahmerechts“ und „Kernbereich der Mitgliedschaft“ s. C. Schäfer, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 183.

32 MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 99.

33 Großkomm-GmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 69.

Stimme bei der Beschlussfassung enthält aber zugleich die Einzelzustimmung.⁴⁶ Fehlt die Zustimmung, ist der Gesellschafterbeschluss schwebend unwirksam bis zur Erteilung,⁴⁷ bei verweigerter Zustimmung endgültig unwirksam.⁴⁸ Die Unwirksamkeit kann mit der allgemeinen Feststellungsklage geltend gemacht werden.⁴⁹ Hierin liegt ein entscheidender Unterschied zum „Zustimmungsmangel“ bei der Beschlussfassung: Wird das Beschlussergebnis festgestellt, obwohl es an den erforderlichen Stimmen fehlt, berechtigt dies lediglich zur Anfechtung des Beschlusses (vgl. auch unten C. I. 1. b)). Der Beschluss ist also vorläufig wirksam gefasst.

2. Eingriff in Sonderrechte (§ 35 BGB)

Ähnlich wie relativ unentziehbare Mitgliedschaftsrechte lassen sich Sonderrechte nur mit Zustimmung des betroffenen, dh begünstigten Gesellschafters entziehen oder beschränken (§ 35 BGB analog).⁵⁰ Sonderrechte kommen nicht allen Gesellschaftern gleichmäßig kraft ihrer Mitgliedschaft zu, sondern stellen statutarisch begründete Verwaltungs- oder Vermögensrechte zugunsten eines bestimmten Gesellschafters (ad personam, Sondervorteil) oder zugunsten eines bestimmten Geschäftsanteils (Vorzugs Geschäftsanteil) dar.⁵¹ Beispiele sind erhöhte Stimmrechte, Rechte zur Geschäftsführung, zur Entsendung oder Benennung von Organmitgliedern und Gewinnvzüge.

§ 179 Abs. 3 AktG ist nicht entsprechend anwendbar; ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss der Inhaber einer Anteilsgattung genügt zur Entziehung daher nicht.⁵² Die Zustimmung ist jedoch ausnahmsweise entbehrlich, wenn die Entziehung durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt erscheint (im Gegenzug mag dem betroffenen Gesellschafter ein Recht zum Austritt aus wichtigem Grund zustehen).⁵³ Für die Beeinträchtigung des Sonderrechts zur Geschäftsführung gilt dies im praktischen Ergebnis bereits wegen § 38 Abs. 2 GmbHG: Hiernach ist eine Abberufung des Geschäftsführers aus wichtigem Grund stets möglich.⁵⁴ Streng genommen betrifft dies freilich nur die tatsächliche Ausübung des Amtes und nicht das Sonderrecht an sich.⁵⁵

Im Übrigen ist die Zustimmung des Sonderrechtsinhabers Wirksamkeitsvoraussetzung des satzungsändernden Beschlusses (vgl. oben 1. b)).⁵⁶

3. Leistungsvermehrung (§ 53 Abs. 3 GmbHG)

Ausdrücklich im GmbHG geregelt ist das Zustimmungserfordernis für leistungsvermehrende Satzungsänderungen: Gem. § 53 Abs. 3 GmbHG ist die Zustimmung „sämtlicher beteiligter Gesellschafter“ vonnöten. Das darin zum Ausdruck kommende Belastungsverbot ist ein allgemeines Prinzip des Gesellschaftsrechts (s. § 707 BGB, § 180 Abs. 1 AktG),⁵⁷ womöglich sogar ein „mitglied-schaftliches Grundrecht“.⁵⁸

§ 53 Abs. 3 GmbHG erfasst die Vermehrung oder Neueinführung beliebiger statutarischer Gesellschafterpflichten (zB Schaffung oder Erweiterung einer Nebenleistungspflicht iSd § 3 Abs. 2 GmbHG, Erhöhung einer Nachschusspflicht), und zwar auch dann, wenn alle Gesellschafter gleichmäßig belastet werden.⁵⁹ Gemeint ist jedoch nur die unmittelbare Leistungsvermehrung, nicht die mittelbare wie etwa das erhöhte Risiko einer Ausfallhaftung nach §§ 24, 31 GmbHG bei einer Kapitalerhöhung.⁶⁰ „Sämtliche beteiligte Gesellschafter“ sind die konkret betroffenen Gesellschafter, also diejenigen, in deren Rechtsstellung eingegriffen wird oder deren Pflichten vermehrt werden sollen.⁶¹ Im Hinblick auf Wesen und Bedeutung der Zustimmungserklärung gilt das oben unter 1. b) Gesagte.⁶²

Wenngleich § 53 Abs. 3 GmbHG nicht abdingbar ist, kann die Satzung doch für bestimmte Fälle eine Leistungsvermehrung durch einfachen Gesellschafterbeschluss gestatten.⁶³ Darin liegt aber kein Verzicht auf das Zustimmungserfordernis, denn ein solcher Gesellschafterbeschluss beruht auf einer statutarischen Ermächtigung, die nur mit Zustimmung der betroffenen Gesellschafter wirksam geworden ist. Es geht also lediglich um die antizipierte Zustimmung zu einem später konkretisierenden Beschluss.⁶⁴ In diesem Zusammenhang spielt der Bestimmtheitsgrundsatz eine entscheidende Rolle, denn der Rahmen der Leistungsvermehrung muss hinreichend definiert sein.⁶⁵ Tendenziell für möglich hält man aber auch eine generelle Ermächtigung, kompensiert durch ein Austrittsrecht des betroffenen Gesellschafters entsprechend § 27 Abs. 1 GmbHG.⁶⁶

§ 53 Abs. 3 GmbHG ist nicht analog auf die Verkürzung von Gesellschafterrechten anwendbar. Dazu besteht keine Notwendigkeit, weil eine Entziehung von Gesellschafterrechten im Kernbereich oder von Sonderrechten ohnehin

46 Vgl. Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 94; Roweder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 53 Rn. 77.

47 GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 69; MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 100.

48 Vgl. GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 92.

49 Vgl. Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 97.

50 MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 101; differenzierend *Beuthien* ZGR 2014, 24.

51 Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 48; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 53 Rn. 35.

52 Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 53 Rn. 35; MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 181.

53 Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 48; MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 2. Aufl. 2016, § 14 Rn. 110 ff., auch zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen: Minus zum Ausschluss aus wichtigem Grund – Kündbarkeit von Dauerrechtsverhältnissen.

54 Vgl. BGH NJW 1969, 1483; NJW 1983, 938.

55 Vgl. MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 2. Aufl. 2016, § 14 Rn. 115.

56 MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 101.

57 Vgl. jüngst zur Wohnungseigentümergeinschaft BGH NJW 2015, 549 (550 f.) Tz. 16.

58 Vgl. *Wiedemann* ZGR 1977, 690 (692); Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 50.

59 Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 50; MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 134.

60 Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 53; GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 86.

61 Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 92; MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 130.

62 Zur Möglichkeit einer Teilwirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses gegenüber zustimmenden Gesellschaftern GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 92.

63 Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 51.

64 Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 51; MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 129.

65 MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 129; Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 51; C. Schäfer GmbHR 1998, 168 (172): Mit Blick auf § 26 Abs. 3 GmbHG muss Gesamtbetrag der Belastung ersichtlich sein.

66 MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 129; GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 85.

zustimmungsbedürftig ist; jenseits davon sind in den allgemeinen Grenzen auch leistungsverkürzende Satzungsänderungen möglich.⁶⁷

IV. „Bewegliche Schranken“

Die bis hierhin erläuterten „Institute“ des Minderheitenschutzes stecken den allgemeinen Rahmen gesellschaftlicher Entscheidungen ab. Sie betreffen die formellen Voraussetzungen der Beschlussfassung oder konkret umrissene Tatbestände, an denen der Inhalt eines Beschlusses zu messen ist. Dadurch greifen sie in gewisser Weise dem Inhalt der Entscheidung vor und erwachsen nicht aus dem Inhalt der Entscheidung selbst. Im Anschluss an Zöllner spricht man insoweit auch von „starrten Schranken“.⁶⁸ Diese genügen freilich nicht, um die Richtigkeit des Beschlusses („Richtigkeitsgewähr“) und den Minderheitenschutz in jedem Einzelfall zu gewährleisten. Dazu bedarf es flexiblerer Korrekturen, deren Schutzgehalt sich am jeweiligen Beschlussgegenstand konkretisiert. Den starren Schranken stellt man mithin die einzelfallbezogenen „beweglichen Schranken“ zur Seite⁶⁹ und zählt dazu insbesondere Gleichbehandlungsgrundsatz und Treuepflicht.⁷⁰ Letztlich geht es dabei um eine materielle Beschlusskontrolle, Richtigkeitsgewähr im Einzelfall, nicht bloß schematisch oder anhand gesetzlich typisierter „Extremtatbestände“.⁷¹ Selbstverständlich kann das nicht bedeuten, dass sich diese konkrete Richtigkeitsgewähr stets gegen das Mehrheitsprinzip durchsetzt. Bereits dem einfachen Mehrheitsprinzip wohnt ja eine schematische Richtigkeitsgewähr inne, und diese soll nach dem gesetzlichen Leitbild genügen.

1. Gleichbehandlungsgrundsatz

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt als allgemeiner gesellschaftsrechtlicher Grundsatz⁷² und hat im Aktienrecht etwa Ausdruck in § 53 a AktG gefunden. „Legitime Mehrheitsherrschaft“⁷³ und Gleichbehandlungsgrundsatz stehen in innerem Zusammenhang: „Eine Gleichbehandlungspflicht kann nur in Frage stehen, wenn eine Person

oder Institution – wie der herrschende Gesellschafter – in der Lage ist, ihren Willen ohne Rücksicht auf den Konsens der Betroffenen durchzusetzen.“⁷⁴

Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet eine willkürliche, sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Gesellschafter, nicht aber die Ungleichbehandlung schlechthin (Willkürverbot).⁷⁵ Er zielt zum einen nur auf rechtliche⁷⁶ bzw. objektive⁷⁷ und zum anderen grundsätzlich nur auf proportionale Gleichbehandlung, also nach dem Maßstab des Nennbetrags der Kapitalbeteiligung.⁷⁸ Damit vermittelt er regelmäßig nur relativen (Minderheiten-)Schutz; materielle Aspekte wie die individuell ungleiche Betroffenheit der Gesellschafter bleiben außen vor.⁷⁹ Absolute Gleichbehandlung gebietet der Grundsatz allerdings, wenn es um nicht quantifizierbare Mitgliedschaftsrechte geht,⁸⁰ und materielle Gleichbehandlung gebietet er, wenn ein Beschluss trotz objektiver Gleichbehandlung einzelne Gesellschafter besonders hart trifft oder treffen soll.⁸¹

Der rechtfertigende sachliche Grund ist im Rahmen einer Abwägung festzustellen: Es kommt darauf an, dass das Interesse der Gesellschaft an der Ungleichbehandlung das Interesse des benachteiligten Gesellschafters überwiegt und dass die Ungleichbehandlung zur Erreichung ihres Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.⁸² Ob diese Verhältnismäßigkeitsprüfung bereits über die Willkürprüfung hinausgeht,⁸³ mag hier dahinstehen.

Eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung hat die Rechtsprechung etwa angenommen bei einem Beschluss über die unangemessene Gehaltserhöhung zugunsten eines Gesellschafter-Geschäftsführers,⁸⁴ über die ungleichmäßige Einforderung von Einlagezahlungen,⁸⁵ die Rückforderung eines Darlehens von einem Gesellschafter nach vorangegangener mehrjähriger Gewinnthesaurierung⁸⁶ oder bei Einführung eines statutarischen Höchststimmrechts, wenn ein Gesellschafter bereits eine Beteiligung über die Höchstquote hinaus hält.⁸⁷

Ein Gesellschafterbeschluss, der gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt, ist anfechtbar.⁸⁸ Doch kann der betroffene Gesellschafter auf Gleichbehandlung verzichten; der Beschluss ist daher mit seiner Zustimmung mangelfrei.⁸⁹ Ein genereller Verzicht auf Gleichbehandlung ist

67 GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 88; Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 54; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmorbus, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 53 Rn. 71 f.; offen BGH DNNotZ 1992, 526 (527).

68 Zöllner, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 97 (287 ff.); GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 66; MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 97 f., der sie auf die der Mehrheitsherrschaft von vornherein entzogene Individualsphäre der Gesellschafter zu beschränken scheint. Eine solche Beschränkung ist freilich nicht zwingend.

69 Zöllner, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 97 (287 ff.); GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 66; MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 97.

70 Vgl. GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 66.

71 Vgl. GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 72.

72 MüKoGmbHG/Merkt, 2. Aufl. 2016, § 15 Rn. 285; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 16 II 4, S. 462; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, I, 1980, § 8 II 2, S. 428.

73 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 16 II 4, S. 463.

74 Wiedemann, Gesellschaftsrecht, I, 1980, S. 428 f.; darauf Bezug nehmend auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 16 II 4, S. 462 f.; sa Henssler/Strohn/Verse, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 14 GmbHG Rn. 80: Gleichbehandlungsgrundsatz keine Schranke der Vertragsfreiheit, sondern dort einschlägig, wo vertragliches Konsensprinzip außer Kraft gesetzt sei.

75 BGH NJW 1992, 892 (893, 895 f.); MüKoGmbHG/Merkt, 2. Aufl. 2016, § 15 Rn. 289.

76 Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 56.

77 GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 75.

78 MüKoGmbHG/Merkt, 2. Aufl. 2016, § 13 Rn. 296.

79 Vgl. Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 56; OLG Brandenburg BeckRS 2009, 10127.

80 MüKoGmbHG/Merkt, 2. Aufl. 2016, § 13 Rn. 297; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 13 Rn. 32.

81 Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 56; Henssler/Strohn/Verse, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 14 GmbHG Rn. 82, mit dem Beispiel der Kapitalherabsetzung 10:1, bei der Gesellschafter mit einer Beteiligung im Nennbetrag von unter 10 EUR ihre Mitgliedschaft verlieren.

82 MüKoGmbHG/Merkt, 2. Aufl. 2016, § 13 Rn. 299; Henssler/Strohn/Verse, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 14 GmbHG Rn. 84 f.; Michalski/Michalski/Funke, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 129.

83 Vgl. Henssler/Strohn/Verse, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 14 GmbHG Rn. 85.

84 BGH NZG 2008, 783 (784 f.) Tz. 18.

85 OLG Hamm NJW-RR 2001, 1182.

86 OLG Brandenburg BeckRS 2009, 10127.

87 BGH NJW 1978, 540 (541), obiter dictum zur AG.

88 BGH NJW 1992, 892 (895); Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 57.

89 Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 56.

dagegen unzulässig, denn Gesellschafter können sich nicht antizipiert der Willkür der Mehrheitsmacht unterwerfen.⁹⁰

2. Treuepflicht

Ein heute ebenfalls verbandsübergreifend anerkannter Grundsatz ist die gesellschaftliche Treuepflicht⁹¹ (auch das Gleichbehandlungsgebot wird teilweise als Konkretisierung der Treuepflicht verstanden⁹²). Sie gilt sowohl im Verhältnis der Gesellschaft zu ihren Gesellschaftern als auch im Verhältnis der Gesellschafter untereinander.⁹³ Insbesondere ist sie bei der Ausübung des Stimmrechts zu beachten,⁹⁴ mag also den Mehrheitsgesellschafter bei der Beschlussfassung zur Rücksichtnahme auf den Minderheitsgesellschafter verpflichten.

Dabei ist zu bedenken: Der Gesellschafter ist bei der Ausübung seines Stimmrechts grundsätzlich frei. Er hat bei seiner Entscheidung nicht generell dem Gesellschaftsinteresse⁹⁵ oder dem Interesse der Mitgesellschafter den Vorzug zu geben. Bei der Ausübung uneigennütziger Gesellschafterrechte (zB beim Beschluss über Geschäftsführungsangelegenheiten) hat das Gesellschaftsinteresse allerdings Vorrang.⁹⁶ Nimmt der Gesellschafter *eigennützige* Gesellschafterrechte wahr (zB bei der Entscheidung über die Gewinnausschüttung⁹⁷), so geht es schon begriffsnotwendig um die berechtigte Entscheidung im eigenen Interesse. Hier darf der Gesellschafter jedoch kein gesellschaftsfremdes Sonderinteresse zum Schaden der Mitgesellschafter verfolgen (vgl. § 243 Abs. 2 AktG) und es kann sich auch davon abgesehen die Frage nach einer Treuepflichtverletzung stellen.⁹⁸ Abstrakt lässt sich die Treuepflichtverletzung insoweit nicht definieren. Ist sie zu bejahen, macht sie den Gesellschafterbeschluss anfechtbar.⁹⁹

Der Treuepflicht in besonderer Weise unterworfen ist der „einfache“ Thesaurierungsbeschluss (zur Thesaurierung durch Satzungsänderung sogleich): Seit der Änderung durch das BiRiLiG 1986¹⁰⁰ können die Gesellschafter im Gewinnverwendungsbeschluss mit einfacher Mehrheit Gewinne thesaurieren (§ 29 Abs. 2 GmbHG). Diese Möglichkeit steht im Konflikt mit dem (grundsätzlich legitimen) Ausschüttungsinteresse eines jeden Gesellschafters.¹⁰¹ Nach wohl überwiegender Meinung fordert die Treuepflicht hier eine Beschlusskontrolle im Einzelfall, wobei das Ausschüttungsinteresse des Gesellschafters gegen das Finanzierungsinteresse der Gesellschaft abzuwägen ist.¹⁰² Dabei orientiert man sich auch an § 254 AktG,

der auf die Lebens- und Widerstandsfähigkeit der Gesellschaft unter vernünftigen kaufmännischen Gesichtspunkten abstellt.¹⁰³ Man belässt den Gesellschaftern insoweit einen gewissen Einschätzungsspielraum.

Vom einfachen Thesaurierungsbeschluss zu unterscheiden ist die Thesaurierung durch Satzungsklausel: Ein zustimmungsbedürftiger Eingriff in das Gewinnrecht als Kernbereichsrecht wird angenommen, wenn eine Satzungsänderung auf vollständige und dauernde Thesaurierung zielt.¹⁰⁴ Eingriffe unterhalb dieser Schwelle, also bestimmte Thesaurierungsquoten, lassen sich womöglich als bloß mittelbare Eingriffe begreifen: Inhalt einer entsprechenden Satzungsänderung ist nämlich nicht die Schmälerung des Gewinnrechts, sondern die Verringerung der Ausschüttungsquote insgesamt.¹⁰⁵

3. Allgemeine materielle Beschlusskontrolle bei Grundlagenentscheidungen?

Man kann sich die Frage stellen, ob grundlegende Gesellschafterentscheidungen von vornherein einer materiellen Beschlusskontrolle zu unterziehen sind. Hierfür spricht sich im Interesse der Richtigkeitsgewähr und des Minderheitenschutzes etwa *Wiedemann*¹⁰⁶ aus: Der herrschende Gesellschafter könne sich durch qualifizierten Stimmen- und Kapitalbesitz keinen „Richtigkeitsvorsprung“ verschaffen, kraft dessen seine Entscheidung für die gesamte Vereinigung unkontrollierbar verbindlich wäre. Mehrheitsentscheidungen, die in die Zielsetzung oder das Gefüge des Verbands eingriffen, müssten daher von einem sachlichen Grund getragen und dieser Grund müsse gesellschaftsbezogen (nicht mitgliedsbezogen) sein.

Die heute wohl hM folgt dem so nicht. Im Ergebnis beschränkt sie die allgemeine materielle Beschlusskontrolle auf besonders gewichtige Grundlagenentscheidungen und nimmt im Übrigen an, dass auch Grundlagenentscheidungen ihre Rechtfertigung in sich tragen.¹⁰⁷ Die Gruppe der „per se“ gerechtfertigten Beschlüsse sieht sie daher als Regelfall an. Angelegt ist diese Differenzierung in einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1980:¹⁰⁸ Dort hat der BGH ausdrücklich festgestellt, dass der Beschluss über die Auflösung der Gesellschaft (§ 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) seine Rechtfertigung bereits in sich trage und keiner darüber hinausgehenden Rechtfertigung bedürfe.

Geboten bleibt die materielle Beschlusskontrolle nach der differenzierenden Ansicht in wenigen Fällen: bei abhängigkeits- und konzernbegründenden Mehrheitsentscheidungen, grundlegender Umgestaltung des Unternehmens-

90 Baumbach/Hueck/*Fastrich*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 13 Rn. 33.
 91 Vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 16 II 4, S. 465.
 92 Vgl. Henssler/Strohn/*Verse*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 14 GmbHG Rn. 73.
 93 Zur GmbH BGH NJW 1976, 191; Scholz/*Priester*, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 58.
 94 Vgl. Scholz/*Priester*, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 58.
 95 BGH NJW 1954, 1401; BeckRS 1970, 31120951.
 96 Großkomm GmbHG/*Ulmer/Casper*, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 73; vgl. jüngst BGH NJW 2016, 2739.
 97 OLG Düsseldorf NZG 2005, 633 (635); *Dreher* DStR 1993, 1632 (1634).
 98 Vgl. Großkomm GmbHG/*Ulmer/Casper*, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 73; MüKo GmbHG/*Harbarth*, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 106.
 99 MüKo GmbHG/*Ekkenga*, 2. Aufl. 2016, § 29 Rn. 173; Scholz/*Priester*, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 59.
 100 BGBI. I, 1986, S. 2355.
 101 Vgl. MüKo GmbHG/*Ekkenga*, 2. Aufl. 2016, § 29 Rn. 169.
 102 OLG Brandenburg BeckRS 2009, 10127; OLG Düsseldorf NZG 2005, 633 (635 f.); OLG Hamm DStR 1992, 298 (299); Baumbach/Hueck/*Fastrich*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 29 Rn. 32.

103 MüKo GmbHG/*Ekkenga*, 2. Aufl. 2016, § 29 Rn. 170; C. Schäfer GmbHR 1998, 168 (173); C. Schäfer, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 342 f.
 104 MüKo GmbHG/*Harbarth*, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 256; aA Michalski/*Hoffmann*, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 53 Rn. 144.
 105 C. Schäfer, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 348 f.
 106 Wiedemann, Gesellschaftsrecht, I, 1980, S. 444 f.
 107 *Lutter* ZGR 1981, 171 (178) m. Fn. 34, im Rahmen einer „Zweistufen-Theorie“: auf erster Stufe Kontrolle aller Mehrheitsbeschlüsse auf Missbrauch und Gleichbehandlung, auf zweiter Stufe Prüfung der Verhältnismäßigkeit aller minderheitsbelastenden Entscheidungen, soweit sie nicht aufgrund gesetzlich vorgeprägter Entscheidung von dieser Prüfung freigestellt sind; MüKo GmbHG/*Harbarth*, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 109; Großkomm GmbHG/*Ulmer/Casper*, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 79.
 108 BGH NJW 1980, 1278; zur AG BGH NJW 1988, 1579 (1580).

gegenstands und Übertragung des wesentlichen Gesellschaftsvermögens auf den Mehrheitsgesellschafter außerhalb des UmwG.¹⁰⁹

Zu den rechtfertigungsbedürftigen Grundlagenentscheidungen gehört daneben der Bezugsrechtsausschluss im Rahmen der ordentlichen Kapitalerhöhung.¹¹⁰ Ausgangspunkt ist das Recht jedes GmbH-Gesellschafters auf Erwerb einer neuen Beteiligung (§ 186 Abs. 1 AktG analog), wie es von der wohl überwiegenden Meinung inzwischen angenommen wird.¹¹¹ Da sich dieses Bezugsrecht nach dem Verhältnis der Beteiligung an der Gesellschaft richtet, geht jede Abweichung von der proportionalen Teilhabe an der Kapitalerhöhung mit einem (partiellen) Bezugsrechtsausschluss einher. Dies ist stets der Fall, wenn ein neuer Gesellschafter zur Übernahme zugelassen wird.

Soweit das Bezugsrecht nicht bereits statutarisch ausgeschlossen ist,¹¹² kann es nur im Kapitalerhebungsbeschluss selbst ausgeschlossen werden (§ 186 Abs. 3 S. 1 AktG analog).¹¹³ Eine materielle Beschlusskontrolle ist erforderlich, wenn nicht alle Gesellschafter dem Bezugsrechtsausschluss zustimmen.¹¹⁴ Der Ausschluss muss

- durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sein, dh im Interesse der Gesellschaft (nicht einzelner Gesellschafter) liegen,¹¹⁵
- erforderlich sein, dh das relativ mildeste Mittel darstellen, um das im Gesellschaftsinteresse liegende Ziel zu erreichen,¹¹⁶
- die Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne) wahren: Der mit dem Ausschluss verbundene Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht der Gesellschafter (dh ihr Bezugsrecht) darf nicht außer Verhältnis zum erstrebten Ziel stehen; dies ist im Rahmen einer Abwägung zu ermitteln, die den Eingriff dem konkreten Interesse der Gesellschaft gegenüberstellt.¹¹⁷ Betrifft der Ausschluss nur einzelne Gesellschafter, sind besonders strenge Anforderungen zu stellen.¹¹⁸

Der Bezugsrechtsausschluss kann nach diesen Kriterien zB gerechtfertigt sein: bei einer Sachkapitalerhöhung, wenn die Gesellschaft ein dringendes Interesse am Erwerb eines bestimmten Gegenstands hat,¹¹⁹ zum Zwecke der Sanierung der Gesellschaft,¹²⁰ aus gesellschaftsstrukturellen oder betriebswirtschaftlichen Gründen (etwa Beteiligung eines leitenden Mitarbeiters¹²¹ oder anderen Unternehmens zum Zwecke der Kooperation¹²²).

Fällt die dreistufige Prüfung zugunsten des Bezugsrechtsausschlusses aus, so dürfte zugleich ein Verstoß gegen das gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgebot und die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht ausscheiden; die Rechtfertigung einer Maßnahme nach diesen Grundsätzen erfolgt nämlich im Wesentlichen nach gleichen Kriterien.¹²³ Ein Gleichbehandlungsverstoß scheidet im Übrigen bereits tatbestandlich aus, wenn das Bezugsrecht aller Gesellschafter zugunsten eines Dritten ausgeschlossen wird; in diesem Fall bleibt dennoch die Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses zu prüfen.¹²⁴ Eigenständige Bedeutung erlangen Gleichbehandlungsgebot und Treuepflicht, wenn man ein gesetzliches Bezugsrecht nicht anerkennt.¹²⁵

Ein fehlerhafter Bezugsrechtsausschluss macht den Kapitalerhebungsbeschluss anfechtbar.¹²⁶

C. Gestaltungsmöglichkeiten

Anders als im Aktienrecht (vgl. § 23 Abs. 5 AktG) herrscht im GmbH-Recht weitgehende Gestaltungsfreiheit. Die Gesellschafter dürfen also die Verhältnisse der Gesellschaft im Rahmen der Satzungsautonomie abweichend vom Gesetz regeln. Ausdrücklich unter den Vorbehalt besonderer Bestimmungen stellt § 45 Abs. 2 GmbHG den § 47 GmbHG. Bereits deshalb sind Modifikationen des Mehrheitsprinzips (vgl. § 47 Abs. 1 GmbHG) und des Stimmrechts (vgl. § 47 Abs. 2 GmbHG) grundsätzlich denkbar – auch wenn damit ein Eingriff in das Stimmrecht einzelner Gesellschafter einhergeht. Das Stimmrecht ist wie gesehen (oben B. III. 1. b]) nur relativ unentziehbar. Dass sich durch stimmrechtsbeschränkende Regelungen die absoluten Schranken der Mehrheitsmacht (unverzichtbare Rechte, Zustimmungserfordernisse, bewegliche Schranken) nicht überwinden lassen, lässt sich ohne Weiteres vorwegnehmen. Im Übrigen können die Gestaltungen in beide Richtungen zielen, hin zu weniger oder zu mehr Minderheitenschutz.

109 GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 80; MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 110; vgl. auch BGH NJW 1981, 1512 – Süssen, zur Befreiung des Mehrheitsgesellschafters vom Wettbewerbsverbot, wenn die Gesellschaft dadurch zum abhängigen Unternehmen wird.

110 Vgl. Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 55.

111 MüKoGmbHG/Lieder, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 70; Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 55 Rn. 20; Michalski/Hermanns, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 55 Rn. 39; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 55 Rn. 19; offenlassend BGH NZG 2005, 551 (552); aA etwa GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 52; Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 55 Rn. 20.

112 Vgl. OLG München NZG 2012, 426 (427); MüKoGmbHG/Lieder, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 104; krit. Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 55 Rn. 20, 25.

113 Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 55 Rn. 25; MüKoGmbHG/Lieder, GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 83.

114 Michalski/Hermanns, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 55 Rn. 48.

115 MüKoGmbHG/Lieder, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 87; Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 55 Rn. 26; vgl. zur AG BGH NJW 1978, 1316 (1317); NJW 1997, 2815.

116 Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 55 Rn. 26; MüKoGmbHG/Lieder, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 88; vgl. auch zur AG BGH NJW 1994, 1410 (1411).

117 MüKoGmbHG/Lieder, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 89; Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 55 Rn. 26; BGH NJW 1978, 1316 (1317).

118 MüKoGmbHG/Lieder, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 89; vgl. auch Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 55 Rn. 25.

119 MüKoGmbHG/Lieder, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 94; Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 55 Rn. 27; vgl. zur AG BGH NJW 1978, 1316 (1317).

120 LG Heidelberg AG 1989, 447; Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 55 Rn. 27.

121 Michalski/Hermanns, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 55 Rn. 52; MüKoGmbHG/Lieder, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 97.

122 MüKoGmbHG/Lieder, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 98; Michalski/Hermanns, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 55 Rn. 54.

123 Vgl. MüKoGmbHG/Lieder, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 90 f.; Michalski/Hermanns, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 55 Rn. 49 f.; einschränkend Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 55 Rn. 27.

124 Michalski/Hermanns, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 55 Rn. 49 aE.

125 Vgl. zB Wegmann in MünchHB Gesellschaftsrecht, III, 4. Aufl. 2012, § 53 Rn. 24.

126 Vgl. BGH NZG 2005, 551 (553); MüKoGmbHG/Lieder, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 101; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 55 Rn. 27.

I. Modifikation der Mehrheiten

1. Erhöhung der Quoren

Das Erfordernis der einfachen oder qualifizierten Mehrheit¹²⁷ darf bis zur „Einstimmigkeit“ oder Allseitigkeit hin verschärft werden,¹²⁸ auch mittelbar durch Anknüpfung an eine bestimmte Kapitalmehrheit¹²⁹ oder durch ein Beschlussfähigkeitsquorum.¹³⁰ Hierin liegt offensichtlich eine Stärkung des Minderheitenschutzes (die andererseits die Frage nach der Pflichtbindung der Stimmrechtsmacht aufwirft).¹³¹

a) „Einstimmigkeit“ aufgrund ergänzender Vertragsauslegung?

Bereits nach allgemeinen Grundsätzen wird man regelmäßig eine ausdrückliche Satzungsregelung verlangen müssen. Fraglich ist, ob sich das Erfordernis allseitiger Zustimmung in der personalistischen GmbH auch aus ergänzender Vertragsauslegung ergeben kann. Dafür hat *Martens*¹³² plädiert: Soweit die Gesellschafter der personalistischen GmbH das gesetzliche Statut in vielfacher Weise abgeändert und ihre Ordnung damit weitgehend autonom gestaltet hätten, sei eine ausdrückliche Ermächtigung zur Mehrheitsentscheidung in Grundlagenfragen erforderlich.¹³³ Die Diskrepanz zwischen gesetzlichem Statut und Vertragsordnung werde wegen der Autonomie der Vereinbarungen zugunsten des Einstimmigkeitsprinzips entschieden.

Der BGH¹³⁴ hat gegensätzlich geurteilt: Für ihn spricht auch in der GmbH mit personalistischem Zuschnitt keine Vermutung für die Einführung des Einstimmigkeitsprinzips; es gelte dort ebenfalls die Regel, dass Abweichungen vom Mehrheitsprinzip nur bei eindeutigen Anhaltspunkten im Gesellschaftsvertrag eingriffen. Im entschiedenen Fall waren die Gesellschafterstämme einer personalistischen GmbH nach der Satzung nur zur einheitlichen Stimmrechtsausübung durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten befähigt. Daraus ließ sich laut BGH indes noch nicht ableiten, dass auch innerhalb eines Stammes das Mehrheits- oder Einstimmigkeitsprinzip galt.

Der Standpunkt des BGH scheint mir plausibler als die Ansicht von *Martens*. Nach *Martens* unterstellen sich die Gesellschafter durch die bloße Wahrnehmung ihrer Satzungsautonomie wieder dem Vertragsregime, kehren also sozusagen in die Personengesellschaft zurück. Dieses Kriterium ist zugleich zu vage und zu formal, um das gesetzliche Leitbild in sein Gegenteil zu verkehren. Wollen die Gesell-

schafter dies tun, müssen sie die Satzung auch in diesem Punkt entsprechend gestalten. So viel „Bestimmtheit“ ist unerlässlich.

b) Begriffliches und Auslegungsfragen

Wenn „Einstimmigkeit“ im Sinne von „Allseitigkeit“ verstanden wird, entspricht das einem verbreiteten Verständnis. Hiernach soll eine Einstimmigkeitsklausel dahin auszulegen sein, dass dem (Satzungsänderungs-)Beschluss sämtliche Gesellschafter zuzustimmen haben, dass die in der Versammlung nicht erschienenen und nicht vertretenen Gesellschafter die Zustimmung aber auch außerhalb der Versammlung erteilen können.¹³⁵ Andere sehen es gerade umgekehrt: Im Regelfall sei anzunehmen, dass der Beschluss nur zustande komme, wenn alle beschlussbeteiligten Gesellschafter mit Ja stimmten.¹³⁶ Sind tatsächlich die Ja-Stimmen sämtlicher Gesellschafter vorgeschrieben, stellt sich laut *Hüffer/Schürnbrand*¹³⁷ die Zusatzfrage, ob sämtliche Stimmen in der Gesellschafterversammlung abzugeben sind. § 180 AktG gebe dafür nichts her, da er die Zustimmung zu einem schon vorliegenden Beschluss betreffe, nicht die Zustimmung zu einem Antrag, die den Beschluss erst hervorbringen solle. Vielmehr müsse eine Satzungs-klausel, die die Ja-Stimmen aller Gesellschafter verlange, zugleich als Zulassung kombinierter Beschlussfassung¹³⁸ auszulegen sein. Dies sei eine Frage des Einzelfalls und eher zu verneinen.

Im Kontext der GmbH-Satzung wird das engere Verständnis von „Einstimmigkeit“ dem Wortsinn mE besser gerecht. Der Begriff der Stimme verweist in das Beschlussrecht und die Einstimmigkeit auf die Einvernehmlichkeit der Entscheidung in Beschlussform. Dabei kommt es grundsätzlich nur auf die abgegebenen Stimmen an.

Soweit die Satzung tatsächlich die „Ja-Stimmen“ sämtlicher Gesellschafter verlangt, dürfte damit mE regelmäßig die Zustimmung aller Gesellschafter *in der Gesellschafterversammlung* gemeint sein. Das ist nicht übertrieben formalistisch, wenn man auf die Rechtsfolge der verweigerten Zustimmung schaut. Verlangt man lediglich eine Ja-Stimme im Rahmen der Beschlussfassung und wird der Beschlussantrag trotz fehlender Ja-Stimme als angenommen festgestellt, so führt dies zur Anfechtbarkeit des Beschlusses. Wie aber lässt sich die Zustimmung einordnen, wenn sie sich (auch) auf den bereits gefassten Beschluss beziehen kann? Entweder ist sie Beschlussstimme außerhalb der Gesellschafterversammlung (dann wird die Frage der kombinierten Beschlussfassung relevant) oder sie ist Wirksamkeitsvoraussetzung des gefassten Beschlusses (vgl. oben B. III. 1. b)). Diese weiterreichenden Bedeutungen sollte man nicht als selbstverständlich unterstellen.

Sieht die Satzung freilich anstelle von „Ja-Stimmen“ nur die „Zustimmung sämtlicher Gesellschafter“ vor, so

127 OLG Frankfurt GmbHR 2010, 260 f.

128 Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 47 Rn. 9; GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 21 f.; vgl. auch BGH NZG 2005, 516 (517); NZG 2011, 1142 (1143) Tz. 12. Zur Ausnahme bei der Geschäftsführerabberufung vgl. bereits oben B. III. 2. und GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 23.

129 Vgl. OLG Frankfurt GmbHR 2010, 260 f.

130 GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 94; Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 87.

131 Vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 47 Rn. 9.

132 Martens, Mehrheits- und Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH, 1970, S. 166 ff.

133 Martens, Mehrheits- und Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH, 1970, S. 168 f.

134 BGH NJW-RR 1990, 99 (zur Geschäftsführerabberufung); ebenso etwa Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 47 Rn. 8; MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 125; vgl. auch BGH NZG 2011, 1142 (1143) Tz. 12.

135 GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 93; Gleiches gelte für die Klausel über die Unabänderlichkeit der Satzung; ebenso wohl Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 88; zur Abgabe außerhalb der Gesellschafterversammlung auch OLG Hamm BeckRS 2016, 03149, Tz. 22.

136 OLG Hamm NZG 1999, 599; GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 22; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 47 Rn. 17; Henssler/Strohn/Hillmann, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 47 GmbHG Rn. 18.

137 GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 22.

138 Vgl. BGH NJW 2006, 2044; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 48 Rn. 41 ff.

scheint der Wortlaut die Zustimmung außerhalb der Versammlung zuzulassen (vgl. auch § 53 Abs. 3 GmbHG: „kann nur mit Zustimmung sämtlicher beteiligter Gesellschafter beschlossen werden“; hier ist die Zustimmung außerhalb der Versammlung zulässig, vgl. oben B. III. 1. b) und 3.). Man sollte das Rechtsfolgenproblem aber selbst hier bei der Auslegung mitbedenken.

Will man alle Auslegungsschwierigkeiten vermeiden, hilft nur eine eindeutig formulierte Satzungsklausel. Die gängigen Gestaltungen lassen die nötige Klarheit häufig vermissen.

Formulierungsvorschläge:

„Beschlüsse über Satzungsänderungen sind einstimmig zu fassen. Einstimmigkeit ist gegeben, wenn alle in der Gesellschafterversammlung abgegebenen Stimmen Ja-Stimmen sind.“

„Beschlüsse über Satzungsänderungen bedürfen der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter. Die Gesellschafter stimmen dem Beschluss mit einer Ja-Stimme zum Beschlussantrag zu, außerhalb der Gesellschafterversammlung durch Erklärung der Zustimmung zum Beschluss. Die Zustimmung außerhalb der Gesellschafterversammlung bedarf der Textform.“

c) Einführung und Abschaffung erhöhter Quoren

Die Einführung eines erhöhten Quorums ist eine „normale“ Satzungsänderung und bedarf nicht der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter; mit ihr ist ein erhöhter Minderheitenschutz, grundsätzlich aber kein Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft verbunden.¹³⁹

Nach wohl überwiegender Meinung verhält es sich anders, wenn erhöhte (Satzungsänderungs-)Quoren durch Satzungsänderung wieder herabgesetzt werden sollen: Dazu verlangt man die Mehrheit, die die zu ändernde Klausel vorschreibt, dh die Mehrheit, die es herabzusetzen gilt.¹⁴⁰ Der BGH hat die Frage in zwei Entscheidungen zur Publikums-KG (aber mit wahrscheinlich verbandsübergreifender Bedeutung¹⁴¹) tendenziell gegensätzlich beantwortet,¹⁴² wenngleich nach eigenem Bekunden offengelassen.¹⁴³ Die fraglichen Gesellschaftsverträge sahen für bestimmte Beschlussgegenstände – einschließlich der Gesellschaftsvertragsänderung – eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der „anwesenden Stimmen“ vor, daneben für die gleichen Beschlussgegenstände eine $\frac{9}{10}$ -Mehrheit bzw. „Einstimmigkeit“, wenn 75 % bzw. 90 % der Stimmen auf weniger als sechs Personen entfielen. Nach Ansicht des BGH kann die Regelung über die höhere Mehrheit in diesem Fall mit der $\frac{3}{4}$ -Mehrheit aufgehoben werden, soweit die

Voraussetzungen für ihre Anwendbarkeit im Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht erfüllt sind und sich auch durch Auslegung nichts anderes ergibt. Für eine abweichende Auslegung hat der BGH im konkreten Fall keine Anhaltspunkte gefunden. Im Übrigen hätte laut BGH eine „Vorwirkung“ der Bestimmung über die höhere Mehrheit in der Publikums-Gesellschaft zur Folge, dass die Satzungsänderung faktisch unmöglich würde.

Wären die „bestimmten Voraussetzungen“ der erhöhten Mehrheiten im Beschlusszeitpunkt auch nicht gegeben, so änderte dies doch mE nichts an der abstrakten Geltung der Satzungsregelung. Es ging also nicht bloß um eine vorwirkende Bestimmung, sondern um ein geltendes dynamisches Mehrheitserfordernis als Bestandteil der Verbandsverfassung. Dass das Mehrheitserfordernis vorgelagert an ein bestimmtes Beteiligungsverhältnis anknüpfte, nicht nachgelagert an einen bestimmten Beschlussgegenstand, bedeutet mE keinen Unterschied. Im einen wie im anderen Fall greift das Mehrheitserfordernis erst dann ein, wenn die Voraussetzungen zu seiner Anwendung gegeben sind.

Eine andere Frage ist, wie sich das erhöhte Mehrheitserfordernis bei der Absenkung oder Abschaffung materiell begründen lässt. Ein erhöhtes Quorum allein vermittelt noch kein Sonderrecht, denn es kommt allen Gesellschaftern gleichermaßen zugute;¹⁴⁴ dies gilt – anders als das OLG Hamm¹⁴⁵ meint – gerade dann, wenn die Zustimmung aller Gesellschafter verlangt wird. Dass im Übrigen die Absenkung einen Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft bedeutet,¹⁴⁶ erscheint mir nicht überzeugend.¹⁴⁷ Gewiss gehört das Stimmrecht zum Kernbereich und gewiss kann die Absenkung statutarischer Beschlussquoren das Stimmrecht des Gesellschafter faktisch entwerten. Das erhöhte Quorum ist aber eben nicht eine statutarisch oder gesetzlich gewährte Rechtsposition des Gesellschafter, sondern nur ein mittelbarer statutarischer Vorteil. Die Absenkung wirkt sich allenfalls mittelbar auf das Stimmrecht aus, und dagegen ist das Stimmrecht nicht geschützt. Greifen die Schranken der Mehrheitsmacht nicht ein, bleibt es (insoweit) eine reine Auslegungsfrage, ob das erhöhte Quorum zugleich für die Absenkung des Quorums gilt.¹⁴⁸

Formulierungsvorschläge „Absenkung statutarischer Quoren“

„Soweit in der Satzung Mehrheitserfordernisse festgelegt sind, die über die gesetzlich gebotenen Mehrheiten hinausgehen, können diese nur durch eine Satzungsänderung abgesenkt werden, die mit der abzusenkenden Mehrheit oder einer größeren Mehrheit beschlossen wird.“

„Soweit in der Satzung Mehrheitserfordernisse festgelegt sind, die über die gesetzlich gebotenen Mehrheiten hinausgehen, können diese durch Satzungsänderung mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen abgesenkt werden.“

139 GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 21; MüKoGmbHG/Drescher, 2. Aufl. 2016, § 47 Rn. 49; aA Michalski/Römermann, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 47 Rn. 562.

140 OLG Hamm BeckRS 2016, 03149, Tz. 22; MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 126; GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 98; Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 89; Scholz/Priester NZG 2013, 321; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 53 Rn. 64; im Zweifel auch bei Änderung des erhöhten Mehrheitserfordernisses für einfache Beschlüsse; Roth/Altmeyden/Roth, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 53 Rn. 24; offen bzgl. AG BGH NJW 1980, 1465 (1466); anders bzgl. Vinkulierungsklausel („Einstimmigkeit“) in der GmbH OLG Hamm NZG 2002, 783: $\frac{3}{4}$ -Mehrheit ausreichend, da kein Sonderrecht betroffen.

141 Vgl. Priester NZG 2013, 321 (322).

142 BGH NZG 2013, 57 (59) Tz. 23 f.; NZG 2013, 63 f. Tz. 12 f.

143 BGH NZG 2013, 57 (60) Tz. 27; NZG 2013, 63 (64) Tz. 16.

144 Vgl. Priester NZG 2013, 321, 322 (322).

145 OLG Hamm BeckRS 2016, 03149, Tz. 22.

146 Vgl. Priester NZG 2013, 321 (324).

147 Dagegen GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 21; allgemein MüKoGmbHG/Drescher, 2. Aufl. 2016, § 47 Rn. 49.

148 So im Ergebnis auch MüKoGmbHG/Drescher, 2. Aufl. 2016, § 47 Rn. 52.

d) Verstoß gegen geltendes erhöhtes Quorum

Soweit davon die Rede ist, dass der Verstoß gegen statutarische Mehrheitserfordernisse den Gesellschafterbeschluss „anders als bei den gesetzlichen Vorschriften“ nur anfechtbar mache,¹⁴⁹ ist dies missverständlich. Wenn der Beschluss infolge Beschlussfeststellung überhaupt anfechtbar ist (ansonsten nur allgemeine Feststellungsklage), kann man auch die Verfehlung der gesetzlichen Mehrheit nur im Wege der Anfechtungsklage geltend machen, nämlich als unberechtigte Feststellung der erforderlichen Mehrheit.¹⁵⁰

2. Absenkung der Quoren

Eine Absenkung der gesetzlichen Quoren scheidet regelmäßig aus. Die qualifizierte Mehrheit bei Satzungsänderungen (vgl. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG) und Umwandlungsbeschlüssen ist insoweit nicht dispositiv,¹⁵¹ nur für den Auflösungsbeschluss (vgl. § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) und Fortsetzungsbeschluss kann sie herabgesetzt werden.¹⁵²

Die Absenkung der einfachen Mehrheit gem. § 47 Abs. 1 GmbHG erscheint bereits begrifflich ausgeschlossen, denn die einfache Mehrheit ist die kleinstmögliche (absolute) Mehrheit.¹⁵³ Allerdings darf die Satzung bei Wahlen zur Organbesetzung, also bei der Abstimmung über Personen, auf die relative Mehrheit abstellen.¹⁵⁴ Hinsichtlich der Auflösung kann die Satzung der Minderheit ein Kündigungsrecht mit Auflösungsfolge iSd § 60 Abs. 2 GmbHG einräumen. Hierin liegt formal keine Absenkung des Mehrheitserfordernisses, von der Wirkung her aber schon.¹⁵⁵ Soweit die Absenkung gesetzlicher Quoren zulässig ist, bedarf sie als Satzungsänderung jedenfalls der $\frac{3}{4}$ -Mehrheit gem. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG.

Wengleich sich die Absenkung der Mindestquoren regelmäßig verbietet, ist die Satzungsautonomie nur vordergründig eingeschränkt. Durch Stichentscheide, Mehrstimmrechte und stimmrechtslose Geschäftsanteile kann man mittelbar das erreichen, was eine Quorenabsenkung bewirken würde. Letztlich lässt sich auch das sog. Majorisierungsverbot (hier im Sinne einer Entscheidung der Minderheit gegen die Mehrheit¹⁵⁶) durch Gestaltung überwinden. Zu diesen Möglichkeiten s. den nächsten Punkt.

II. Modifikation des Stimmrechts

Die nun zu erörternden Gestaltungen knüpfen nicht an das Mehrheitserfordernis an, sondern vorgelagert an die Stimme des Gesellschafters. Die Stimme ist die Einheit oder

„Rechengröße“, aus der sich die Beschlussmehrheit konstituiert. Die Gestaltungsmöglichkeiten sind vielfältig und kombinierbar; vorliegend sei nur das Grundsätzliche angesprochen.

1. Stichentscheid

Die Satzung darf einem Gesellschafter das Recht zum Stichentscheid einräumen; seine Stimme gibt dann bei Stimmgleichheit den Ausschlag, mit der Folge, dass eine Mehrheit iSd § 47 Abs. 1 GmbHG nicht erforderlich ist.¹⁵⁷ Als treuepflichtgebundenes Instrument zur Beseitigung von Pattsituationen ist der Stichentscheid grundsätzlich ein legitimes Mittel der Entscheidungsfindung. Eine weiterreichende Wirkung soll unzulässig sein: Gegen die zustande gekommene Mehrheit könne sich die Stimme eines Gesellschafters nicht durchsetzen (vgl. § 77 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 AktG).¹⁵⁸ Diese Beschränkung lässt sich nur formal durch den Begriff der Mehrheit selbst rechtfertigen. Denn ein Mehrstimmrecht (s. nächsten Punkt) könnte genau das bewirken, was einem Stichentscheid versagt sein soll – mit dem formalen Unterschied, dass die Mehrstimmen bereits in die Berechnung der Mehrheit einbezogen würden.

Das Recht zum Stichentscheid wird man regelmäßig als Sonderrecht des Gesellschafters anzusehen haben.¹⁵⁹ Es ist eine besondere Entscheidungsbefugnis, die ihn vor anderen Gesellschaftern auszeichnet. Die Einführung dieser Befugnis durch Satzungsänderung geht mit einer Ungleichbehandlung der Mitgesellschafter einher und bedarf daher der Zustimmung sämtlicher nichtbegünstigter Gesellschafter.¹⁶⁰

2. Mehrstimmrecht und verändertes Stimmgewicht

Gem. § 47 Abs. 2 GmbHG gewährt jeder Euro eines Geschäftsanteils eine Stimme. Wie bereits aus § 45 Abs. 2 GmbHG hervorgeht (s. oben vor I.), ist die Vorschrift jedoch satzungsdispositiv, selbst im Hinblick auf Satzungsänderungen.¹⁶¹ So kann ein anderer Teilbetrag zugrunde gelegt oder die Stimmkraft gänzlich von der Kapitalbeteiligung – hin zu einem Stimmrecht nach Köpfen – entkoppelt werden.¹⁶² Insbesondere sind Mehrstimmrechte zugunsten einzelner Geschäftsanteile oder Gesellschafter erlaubt.¹⁶³ Gestaltungstechnisch lassen sie sich etwa in einer Klausel umsetzen, die die Zahl der Stimmen eines Gesellschafters oder Geschäftsanteils mit einem bestimmten Faktor multipliziert (vgl. unten).

Soweit das Stimmgewicht eines Gesellschafters unmittelbar verringert wird, dürfte die Satzungsänderung als Ein-

149 Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 90.

150 Vgl. MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 94; so auch Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 85; anders für Satzungsänderungsbeschlüsse Michalski/Hoffmann, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 53 Rn. 68 f.

151 Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 47 Rn. 10; GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 24.

152 GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 26; soweit Auflösung nicht zugleich Satzungsänderung ist, wie etwa bei Mindestbefristung; MüKoGmbHG/Drescher, 2. Aufl. 2016, § 47 Rn. 52.

153 Vgl. GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, 2008, § 47 Rn. 24.

154 GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 26; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 47 Rn. 24.

155 Vgl. MüKoGmbHG/Berner, 2. Aufl. 2016, § 60 Rn. 94.

156 Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 47 Rn. 10.

157 Vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 47 Rn. 10; MüKoGmbHG/Drescher, 2. Aufl. 2016, § 47 Rn. 53; vgl. auch Kaltrath notar 2014, 75 (76).

158 GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 25; Henssler/Strohn/Hillmann, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 47 GmbHG Rn. 19.

159 Vgl. Roth/Altmeppen/Roth GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 47 Rn. 8, § 45 Rn. 4 a.

160 Vgl. MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 179.

161 MüKoGmbHG/Drescher, 2. Aufl. 2016, § 47 Rn. 124.

162 MüKoGmbHG/Drescher, 2. Aufl. 2016, § 47 Rn. 124.

163 BayObLG DNotZ 1986, 373 (375 f.); Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 47 Rn. 11; vgl. auch zur Schaffung von Sperrminoritäten, um abhängige Beschäftigung zu verhindern (§ 7 SGB IV): Gutachten DNotl-Report 2015, 92, ferner BSG BeckRS 2016, 66640, wonach Stimmverbindungsvertrag nicht genügt.

griff in den Kernbereich zustimmungsbedürftig sein, ebenso freilich, wenn das (erhöhte) Stimmgewicht ein statutarisches Sonderrecht gewährt. Für die Einführung von Mehrstimmrechten gilt das unter Ziff. 1 Gesagte entsprechend: Sie geht mit einer zustimmungsbedürftigen Ungleichbehandlung der nichtbegünstigten Gesellschafter einher. Der mittelbare Eingriff in das Stimmrecht der Übrigen – durch Verwässerung ihrer Stimmkraft – bliebe irrelevant (vgl. oben B. III. 1. b) und C. I. 1. c)).

Formulierungsvorschlag „Mehrstimmrecht“:¹⁶⁴

„Jeder Euro der Geschäftsanteile Nr. 1 bis 10 (Gattung A) gewährt zwei Stimmen. Jeder Euro der Geschäftsanteile Nr. 11 bis 20 (Gattung B) gewährt eine Stimme.“

3. Stimmrechtsloser Geschäftsanteil

Schließlich können bestimmte Geschäftsanteile ihrer Stimmen gänzlich entkleidet, also durch Satzungsregel stimmrechtslos „gestellt“ werden. Die Zulässigkeit des stimmrechtslosen Geschäftsanteils ist seit langem anerkannt.¹⁶⁵ Der BGH hat sie in seiner grundlegenden Entscheidung von 1954 im Wesentlichen mit der weitgehenden Satzungsautonomie der Gesellschafter und der Dispositivität des § 47 Abs. 2 GmbHG begründet.¹⁶⁶ Er hat sogar den kumulativen Ausschluss von Stimm- und Gewinnrecht zugelassen, solange dem Gesellschafter die Beteiligung am Liquidationserlös, das Recht zur Teilnahme an der Gesellschafterversammlung, auf Auskunft und Einsicht in die Geschäftsbücher und zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen verbleiben.

Eingehend untersucht – und bejaht – hat die Zulässigkeit des stimmrechtslosen Anteils C. Schäfer.¹⁶⁷ Die Argumente lassen sich vorliegend nur grob skizzieren: Vorwegnehmen kann man, dass der Ausschluss des Stimmrechts nicht das zwingende Zustimmungsrecht des Gesellschafters iSd § 53 Abs. 3 GmbHG und der Kernbereichslehre betrifft. Dieses bleibe ihm als zentrales und unverzichtbares Recht erhalten.¹⁶⁸ Aus dem Wesen der Gesellschaft oder Mitgliedschaft lasse sich die Unzulässigkeit des stimmrechtslosen Anteils nicht herleiten (vgl. § 139 Abs. 2 AktG), ebenso wenig aus dem Abspaltungsverbot, das nur die Verteilung der Mitgliedschaft auf verschiedene Rechtsträger betreffe.¹⁶⁹ Positiv zeige das Gesetz durch Zulassung der Mehrheitsentscheidung in Grundlagenfragen (vgl. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG), dass nicht alle Gesellschafter tatsächlich Einfluss auf Gesellschaftsentscheidungen haben müssten.¹⁷⁰ Im Übrigen sei eine Beschränkung des stimmrechtslosen Stammkapitals entsprechend dem Aktienrecht (§ 139 Abs. 2 AktG: 50 %) nicht angezeigt, denn das Verhältnis zwischen Kapitalbeteiligung und Stimmanteil sei im GmbH-Recht generell nicht reglementiert (vgl. dagegen

§ 12 Abs. 2 AktG, der sogar Mehrstimmrechte verbietet).¹⁷¹ Ein Gewinnvorzug als Ausgleich müsse dem stimmrechtslosen Gesellschafter nicht gewährt werden; § 139 Abs. 1 AktG enthalte kein zwingendes verbandsrechtliches Schutzprinzip, sondern sei kapitalmarktrechtlich motiviert.¹⁷² Der historische Gesetzgeber wollte die Aktie durch den Gewinnvorzug für Kleinanleger attraktiver machen.

Die Schaffung des stimmrechtslosen Anteils ist die radikalste „Modifikation“ des Stimmrechts und bedeutet nichts anderes als die Abschaffung des Stimmrechts. Sie kann zur Konsequenz haben, dass das Mehrheitsprinzip auch in der Mehrpersonengesellschaft seine Funktionen völlig einbüßt. Wenn alle Geschäftsanteile bis auf einen ohne Stimmrecht sind, ist das Mehrheitsprinzip weder eine Erleichterung noch ein Korrektiv. Wo es nur noch einen Stimmberechtigten gibt, lässt sich ein Beschluss ohne Weiteres durchsetzen und kommt es auf die relative Beschlussrichtigkeit, gemessen an einer Mindestzustimmung, nicht mehr an. Dennoch ist der wohl hM zuzustimmen und die Statuierung stimmrechtsloser Anteile ohne Beschränkung zuzulassen. Dem Gesetz lässt sich konkret weder ein Verbot noch eine Beschränkung entnehmen, es nimmt im Gegenteil durch das Mehrheitsprinzip selbst Grundlagenentscheidungen ohne Rücksicht auf den einzelnen Stimmrechtsinhaber in Kauf. Im Übrigen bleibt es dann bei der Satzungsautonomie und den oben erörterten Schranken¹⁷³ einer jeden beschlussförmigen Entscheidung. Diese Schranken schützen den stimmrechtslosen Gesellschafter nicht weniger als im Falle anderer statutarischer Modifikationen.

Gestalterisch lassen sich stimmrechtslose Geschäftsanteile leicht umsetzen. So kann die Satzung schlicht feststellen, dass bestimmte Geschäftsanteile (bezeichnet durch Nummer und evtl. durch Gattungszugehörigkeit) oder die Geschäftsanteile eines bestimmten Gesellschafters kein Stimmrecht gewähren (vgl. unten). Der „materielle“ Bestimmtheitsgrundsatz gilt nach zutreffender Ansicht nicht: Die Klausel muss also den Kreis der erfassten (Grundlagen-)Entscheidungen nicht besonders konkretisieren.¹⁷⁴ Für eine restriktive Auslegung finden sich im GmbH-Recht keine Anhaltspunkte, insbesondere steht die Auslegung nicht im Dienste des Minderheitenschutzes.¹⁷⁵

Die Satzungsänderung zur Einführung stimmrechtsloser Anteile bedarf der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters, denn sie beseitigt das Stimmrecht als relativ unentziehbares Recht.¹⁷⁶

Formulierungsvorschläge „stimmrechtsloser Anteil“:¹⁷⁷

„Die Geschäftsanteile der Gattung C (Geschäftsanteile Nr. 21 bis 30) gewähren kein Stimmrecht.“

164 Vgl. auch Kallrath notar 2014, 75 (76), und Seibt in Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 3. Aufl. 2014, § 2 Rn. 143.

165 BGH GmbHR 1954, 125; vgl. auch RGZ 167, 65 (73) und Schneider GmbHR 1954, 125.

166 BGH GmbHR 1954, 125.

167 C. Schäfer, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 35 ff.; C. Schäfer GmbHR 1998, 113 (168).

168 C. Schäfer GmbHR 1998, 113 (115).

169 C. Schäfer GmbHR 1998, 113 (115 f.); C. Schäfer, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 66 ff., 83 ff.

170 C. Schäfer GmbHR 1998, 113 (116 f.); C. Schäfer, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 88 f.

171 C. Schäfer GmbHR 1998, 113 (117); C. Schäfer, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 106 ff.

172 C. Schäfer GmbHR 1998, 113 (118 f.); C. Schäfer, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 137 ff.

173 Vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 47 Rn. 10 aE; C. Schäfer GmbHR 1998, 168.

174 C. Schäfer GmbHR 1998, 113 (117 f.); C. Schäfer, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 117 ff. Vgl. im Übrigen Fn. 36.

175 C. Schäfer GmbHR 1998, 113 (118); C. Schäfer, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 129.

176 Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 47 Rn. 11; C. Schäfer, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 4.

177 Vgl. C. Schäfer GmbHR 1998, 113 (114); sa Lohr GmbH-StB 2007, 387 (388).

[Kombination mit Mehrstimmrecht] „Jeder Euro der Geschäftsanteile Nr. 1 bis 10 (Gattung A) gewährt zwei Stimmen. Jeder Euro der Geschäftsanteile Nr. 11 bis 20 (Gattung B) gewährt eine Stimme. Die Geschäftsanteile der Gattung C (Geschäftsanteile Nr. 21 bis 30) gewähren kein Stimmrecht.“

III. Einzelzustimmung und Veto

Wie oben gesehen (B. III. 1. b], C. I. 1. b]), ist dogmatisch zwischen der Zustimmung im Rahmen der Beschlussfassung und der Zustimmung zum Beschluss als solchem („Einzelzustimmung“) zu unterscheiden. Die herauf- oder herabgesetzten Quoren und Stimmrechtsmodifizierungen betreffen die Beschlussfassung, also das Zustandekommen des Beschlusses. Die Gestaltung kann aber auch an den Beschluss als solchen anknüpfen, so durch besondere statistische Zustimmungserfordernisse jenseits der gesetzlich gebotenen, etwa bei Satzungsänderungen.¹⁷⁸ Sie gewähren ein Sonderrecht, soweit sie einzelnen Gesellschaftern zugutekommen. In ihrer Wirkung entsprechen sie gesetzlichen Zustimmungserfordernissen: Als Zustimmung zum Beschluss selbst sind sie Voraussetzung für dessen Wirksamkeit.¹⁷⁹

Anstelle des Zustimmungsrechts kann die Satzung das (schwächere) Vetorecht eines Gesellschaftern vorsehen. Es hat zur Folge, dass der Beschluss gegen den Widerspruch des Vetoberechtigten nicht wirksam wird.¹⁸⁰

IV. Fazit

Durch Satzungsklauseln lassen sich nicht nur die Mehrheiten der §§ 47 und 53 GmbHG verändern. Vielmehr lässt sich durch Gestaltung auf der vorgelagerten Ebene des Stimmrechts das Mehrheitsprinzip auch indirekt modifizieren oder sogar „auf den Kopf stellen“: Die (Kapital-) Mehrheit kann zur (Stimmen-)Minderheit werden. Mehrheit und Minderheit erweisen sich insoweit als höchst relative, „formale“ Begriffe. Sind alle Geschäftsanteile bis auf einen stimmrechtslos gestellt, büßt das Mehrheitsprinzip seine Funktionen völlig ein.

Modifikationen des Stimmrechts sind im Grunde schrankenlos möglich. Soweit sie unmittelbar in das Stimmrecht als Kernbereichsrecht eingreifen, bedürfen sie der Zustimmung des betroffenen Gesellschaftern. Im Übrigen greifen zum Schutz des benachteiligten Gesellschaftern die verbleibenden absoluten Schranken ein. Stimmrecht und Mehrheitserfordernisse müssen diesen Schutz (Minderheitenschutz) nicht zwingend vermitteln. Ebenso wenig ist ein Majorisierungsverbot auf Beschlussebene notwendig.

Alle erörterten Modifikationen lassen sich gestalterisch gut umsetzen, terminologische Sorgfalt ist freilich geboten. Das Bestimmtheitsproblem iSd (nunmehr überholten) per-

sonengesellschaftsrechtlichen Diskussion¹⁸¹ hat im GmbH-Recht schon bisher keine große Rolle gespielt. Dies verwundert nicht, wenn man bedenkt, dass bereits das Gesetz Grundlagenentscheidungen einem pauschalen Quorum unterwirft. Zum Schutze der Minderheit ist inhaltliche Bestimmtheit nicht vonnöten, denn Minderheitenschutz ist durch andere Prinzipien gewährleistet.

Selbstverständlich kann die Gestaltung auch verstärkten Minderheitenschutz erstreben; Gestaltungsfreiheit ist in beide Richtungen gegeben. Erhöhte Beschlussquoren bis hin zur allseitigen Zustimmung (als statutarisch verankertes Kopfprinzip) sind ebenso denkbar wie Einzelzustimmungserfordernisse jenseits der Beschlussfassung.

D. Zusammenfassung

- Die Willensbildung in den privatrechtlichen Verbänden folgt dem Einstimmigkeitsprinzip oder dem Mehrheitsprinzip. Auch „Mehrheit“ ist ein Kriterium für „Beschlussrichtigkeit“. Mehrheitsentscheidungen sind aber naturgemäß leichter zu erreichen und dienen daher der Handlungs- und Wandlungsfähigkeit der Gesellschaft.
- In der GmbH regiert das Mehrheitsprinzip (§§ 47 Abs. 1, 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG). Die Mehrheit beim Gesellschafterbeschluss bestimmt sich nicht nach Köpfen, sondern errechnet sich aus den abgegebenen Stimmen, die Stimmen richten sich nach der Kapitalbeteiligung. Darin wie im Mehrheitsprinzip selbst tritt ein kapitalistischer und korporativer Wesenszug der GmbH zutage.
- Notwendiges Korrektiv des Mehrheitsprinzips ist der Minderheitenschutz. Minderheit ist in der GmbH zunächst die Kapitalminderheit, nicht die Personenminderheit, im weiteren Sinne aber auch der einzelne Gesellschafter mit seinen grundlegenden mitgliedschaftlichen Interessen. Minderheitenschutz zielt nicht auf stetigen Interessenausgleich, sondern korrigiert den Ausnahme- oder Einzelfall.
- Das Gesetz sorgt zunächst einmal für einen „schematischen“ Minderheitenschutz durch qualifizierte Mehrheiten (etwa gem. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG für Satzungsänderungen); nur ausnahmsweise verlangt es allseitige Zustimmung, so bei Änderung des Gesellschaftszwecks. Zu einer Umkehrung der Verhältnisse führen in bestimmten Fällen die gesetzlichen Stimmverbote (§ 47 Abs. 4 GmbHG): Sie können die Minderheit zur „tonangebenden Gruppe“ machen.
- Im Übrigen hat sich ein System „starrer“ und „beweglicher“ Schranken ausgebildet. Als starr bezeichnet man Schranken, die an einen konkret umrissenen Tatbestand anknüpfen. So sind gewisse Mitgliedschaftsrechte von vornherein gegen jede Entziehung gefeit (etwa Recht zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen, zum Austritt aus wichtigem Grund, gesetzliche Minderheitenrechte). Andere Rechtspositionen lassen sich nur mit Zustimmung der betroffenen Gesellschafter entziehen. Es sind dies die „relativ unentziehbaren“ Mitgliedschaftsrechte des Kernbereichs (Stimmrecht, Gewinnrecht, Anspruch auf Liquidationsquote und Abfindung) und die statutarischen Sonderrechte der Ge-

178 GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 94; Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 88.

179 Vgl. OLG Hamm BeckRS 2016, 03149, Tz. 23; MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 127.

180 Vgl. GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 27; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 47 Rn. 12; zur Treuepflichtbindung in diesem Fall OLG Stuttgart NZG 2000, 490.

181 Vgl. BGH NJW 2015, 859; C. Schäfer NZG 2014, 1401 (1402 f.).

- sellschafter. Ebenfalls zustimmungsbedürftig ist die Vermehrung statutarischer Gesellschafterpflichten (§ 53 Abs. 3 GmbHG).
- Zustimmung ist in den letztgenannten Fällen die Einzelzustimmung des Gesellschafters. Sie ist zu unterscheiden von der Ja-Stimme im Rahmen der Beschlussfassung und bezieht sich auf den Beschluss als solchen. Ihr Fehlen hindert die Wirksamkeit des Beschlusses, begründet also nicht lediglich dessen Anfechtbarkeit.
 - Die beweglichen Schranken ergänzen die starren Schranken durch Richtigkeitsgewähr und Minderheitenschutz im Einzelfall. Sie konkretisieren sich insbesondere im Gleichbehandlungsgrundsatz und in der gesellschaftlichen Treupflicht. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet nur die willkürliche Ungleichbehandlung ohne sachliche Rechtfertigung. Die Treupflicht gebietet nicht per se eine Stimmrechtsausübung im Gesellschaftersinteresse, verbietet aber jedenfalls eine eigennützige Entscheidung in uneigennütigen Angelegenheiten und die Verfolgung gesellschaftsfremder Interessen zum Schaden der Mitgesellschafter. Verstöße gegen Gleichbehandlungsgrundsatz und Treupflicht machen den Gesellschafterbeschluss anfechtbar.
 - Auch Grundlagenentscheidungen tragen ihre Rechtfertigung regelmäßig in sich. Eine allgemeine materielle Beschlusskontrolle ist daher nur im Einzelfall angezeigt. Dabei werden im Wesentlichen die gleichen Kriterien anzulegen sein wie bei der Überprüfung einer Ungleichbehandlung oder eines Treupflichtverstößes (Beispiel Bezugsrechtsausschluss).
 - Mehrheitsprinzip und Stimmkraft sind im GmbH-Recht der Gestaltung zugänglich; § 45 GmbHG stellt § 47 GmbHG unter den Vorbehalt abweichender Satzungsregelungen. Die „absoluten“ Schranken zum Schutze der Minderheit lassen sich durch Gestaltung freilich nicht überwinden. Im Übrigen kann die Gestaltung auch verstärkten Minderheitenschutz erstreben, denn Gestaltungsfreiheit ist in beide Richtungen gegeben.
 - Das Heraufsetzen gesetzlicher Mehrheiten ist gestattet. Allerdings spricht auch in der personalistischen GmbH keine Vermutung für das „Einstimmigkeitsprinzip“. In der GmbH versteht sich „Einstimmigkeit“ im Übrigen als beschlussbezogener Begriff, bedeutet also nicht Zustimmung sämtlicher Gesellschafter. Sieht die Satzung ohne Konkretisierung das Letztere vor, ist zu fragen, ob tatsächlich eine Einzelzustimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung des Beschlusses gemeint ist.
 - Ein erhöhtes Quorum vermittelt noch kein Sonderrecht. In der Absenkung eines solchen Quorums liegt auch kein Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft, denn das Stimmrecht ist dadurch nur mittelbar betroffen. Ob die Absenkung selbst der erhöhten Mehrheit bedarf, ist daher eine reine Auslegungsfrage.
 - Eine Absenkung der gesetzlichen Quoren scheidet regelmäßig aus. Faktisch lässt sich das Gleiche jedoch durch Stichentscheide, Mehrstimmrechte und stimmrechtslose Geschäftsanteile erreichen. Solche Modifikationen auf der vorgelagerten Ebene des Stimmrechts unterfallen ebenfalls der Satzungsautonomie. Sogar gegen den radikalsten Schritt, die Schaffung stimmrechtsloser Geschäftsanteile (mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters), spricht nichts. Das GmbHG kennt zwar die unverzichtbare Einzelzustimmung, nicht aber die zwingende Mitwirkung am Gesellschafterbeschluss. Entscheidender ist der Minderheitenschutz, und dieser bleibt im Kerngehalt gewährleistet. Stimmrecht und Mehrheitserfordernisse müssen solchen Schutz nicht zwingend vermitteln. Ebenso wenig ist ein Majorisierungsverbot auf Beschlussebene notwendig.
 - Durch Gestaltung auf der Ebene des Stimmrechts lässt sich das Mehrheitsprinzip indirekt modifizieren und sogar vollständig umwerten. Die (Kapital-)Mehrheit kann zur (Stimmen-)Minderheit werden. Mehrheit und Minderheit erweisen sich insoweit als höchst relative, „formale“ Begriffe. Sind alle Geschäftsanteile bis auf einen stimmrechtslos gestellt, büßt das Mehrheitsprinzip auch in der Mehrpersonengesellschaft seine Funktionen völlig ein. ■

1. Liegenschaftsrecht – Zu den Voraussetzungen eines Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 S. 1 BGB

(BGH, Urteil vom 7.12.2016 – VIII ZR 70/16)

BGB §§ 280 Abs. 1, 469 Abs. 1 S. 1, 577 Abs. 1, 2
WEG § 8
ZPO §§ 562 Abs. 1, 563 Abs. 3

1. Ein Vorkaufsrecht nach § 577 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB entsteht, wenn nach Überlassung der vermieteten Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden ist und dieses sodann an einen Dritten verkauft wird. Erfolgt der Abschluss des Kaufvertrags mit dem Dritten zeitlich vor der Begründung des Wohnungseigentums, entsteht kein Vorkaufsrecht nach § 577 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.
2. Ein Vorkaufsrecht nach § 577 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB entsteht nur, wenn nach der Überlassung der vermieteten Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet werden soll und das zukünftige Wohnungseigentum an einen Dritten verkauft wird. Ein Vorkaufsrecht besteht daher nicht, wenn die Absicht, Wohnungseigentum zu begründen, schon vor der Überlassung der vermieteten Wohnräume an den Mieter gefasst worden und sich nach außen hinreichend manifestiert hat, etwa durch die notarielle Beurkundung einer Teilungserklärung (§ 8 WEG).

(RNotZ-Leitsätze)

Zur Einordnung:

Der BGH befasst sich in der nachstehend abgedruckten Entscheidung mit den Voraussetzungen für die Entstehung eines Mietervorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 S. 1 BGB.

Im Falle der Veräußerung vermieteten Wohnraums ist der Mieter nach § 577 Abs. 1 S. 1 BGB unter zwei gleichberechtigten Alternativen zum Vorkauf berechtigt, wenn bei wirksam abgeschlossenem Wohnraummietvertrag nach der Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden ist (Alt. 1) oder begründet werden soll (Alt. 2) und die Entstehung eines Vorkaufsrechts nicht ausgeschlossen ist.

Voraussetzung für die Entstehung eines Vorkaufsrechts nach der ersten Alternative des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB ist insbesondere, dass Wohnungseigentum begründet worden ist. Neben der vertraglichen Einräumung des Sonder Eigentums bzw. der Teilungserklärung gem. §§ 3 und 8 WEG setzt dies auch den dinglichen Vollzug in Gestalt der Eintragung im Grundbuch voraus (BGH DNotZ 2016, 847 Rn. 26; RNotZ 2008, 490 mAnm *Terner*; BeckOK BGB/Hannapel, 41. Ed., Stand 1.11.2016, § 577 Rn. 8). Ist die Begründung des Wohnungseigentums im Zeitpunkt der Veräußerung noch nicht im Grundbuch vollzogen und damit abgeschlossen, entsteht kein Vorkaufsrecht. Der BGH stellt in der vorliegenden Entscheidung klar, dass diese in § 577 Abs. 1 S. 1 BGB vorgesehene zeitliche Abfolge der Geschehnisse zwingende Voraussetzung für die Entstehung des Vorkaufsrechts ist. Da im vorliegenden Fall der Abschluss des notariellen Kaufvertrages mit dem

Dritten zeitlich vor der Eintragung der Teilung im Grundbuch erfolgt ist, bestand kein Vorkaufsrecht des Mieters nach § 577 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

Nach der zweiten Alternative des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB entsteht ein Vorkaufsrecht auch im Fall der zeitlich vorgelagerten Absicht, Wohnungseigentum zu begründen, wenn das zukünftige Wohnungseigentum an einen Dritten veräußert wird. Dabei muss sich nach der ganz hM die Absicht, Wohnungseigentum zu begründen, nach außen erkennbar objektiv konkretisiert haben (BGH DNotZ 2016, 847; BeckOK BGB/Hannapel, 41. Ed., Stand 1.11.2016, § 577 Rn. 8; Palandt/Weidenkaff, 76. Aufl. 2017, § 577 Rn. 3). Die genauen Anforderungen an diese Konkretisierung bzw. – in den Worten des BGH – Manifestation sind allerdings umstritten (vgl. Staudinger/Rolfs, 2014, BGB, § 577 Rn. 20 ff. mwN). Nach einer früheren Entscheidung des BGH entsteht das Vorkaufsrecht bei dem Verkauf eines ungeteilten Grundstücks vor Begründung des Wohnungseigentums grundsätzlich nur dann, wenn sich der Veräußerer gegenüber den Erwerbenden vertraglich zur Durchführung der Aufteilung gem. § 8 WEG verpflichtet und das von dem Vorkaufsrecht erfasste zukünftige Objekt bereits hinreichend bestimmbar ist (BGH DNotZ 2014, 218). Nur unter diesen Voraussetzungen sei das zukünftige Wohnungseigentum, auf das sich das Mietervorkaufsrecht beziehe, ausreichend konkretisiert (BGH DNotZ 2014, 218 Rn. 22 ff.). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH fest, dass auch die notarielle Beurkundung der Teilungserklärung nach § 8 WEG regelmäßig die Absicht des Veräußerers, Wohnungseigentum zu begründen, hinreichend nach außen manifestiert (so auch BeckOK BGB/Hannapel, 41. Ed., Stand 1.11.2016, § 577 Rn. 8; Palandt/Weidenkaff, 76. Aufl. 2017, § 577 Rn. 3). Ob diese Begründungsabsicht für sich genommen bereits zur Entstehung des Vorkaufsrechts ausreicht oder ob hierfür weitere (vertragliche) Verpflichtungen des Verkäufers erforderlich sind (in diese Richtung wohl BGH DNotZ 2016, 847 Rn. 44), erörtert das Gericht mangels Entscheidungserheblichkeit allerdings nicht. Denn im Hinblick auf die weiteren Voraussetzungen des Vorkaufsrechts befindet das Gericht, dass ein solches nicht entsteht, wenn die Begründungsabsicht bereits bei Überlassung an den Mieter bestand (so bereits BGH DNotZ 2016, 867 Rn. 36 ff.; aA MüKoBGB/Häublein, 7. Aufl. 2016, § 577 Rn. 8; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 577 Rn. 19). Da im vorliegenden Fall die Teilungserklärung zeitlich vor der Überlassung der Wohnräume an den Mieter beurkundet worden war, bestand auch kein Vorkaufsrecht des Mieters nach § 577 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.

Für die notarielle Praxis bestätigt die Entscheidung des BGH, dass ein Mietervorkaufsrecht nach § 577 Abs. 1 S. 1 BGB nur unter engen Voraussetzungen besteht und zwingend an die im Gesetz vorgesehene zeitliche Abfolge der Geschehnisse gebunden ist. Sollte in einem Fall wie dem Vorliegenden ein Mietervorkaufsrecht nach diesen Voraussetzungen nicht gegeben sein, ist bei einem späteren Weiterverkauf der Eigentumswohnung allerdings zu berücksichtigen, dass dieser das Mietervorkaufsrecht auslösen kann, sofern die übrigen Voraussetzungen des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt sind.

Die Schriftleitung (CL)

Zum Sachverhalt:

Die Kläger begehren von der Beklagten, ihrer ehemaligen Vermieterin, Schadensersatz mit der Behauptung, diese habe ihr Vorkaufsrecht vereitelt.

Die Kläger mieteten mit Vertrag vom 23. November 2010 eine Dachgeschosswohnung in einem im Eigentum der Beklagten stehenden Zehnfamilienhaus in L. an. Am vertraglich vereinbarten Mietbeginn (15. Dezember 2010) wurde den Klägern die Wohnung auch überlassen.

Bereits vor Abschluss des Mietvertrags mit den Klägern hatte die Beklagte mit notarieller Teilungserklärung vom 28. September 2010 die Umwandlung des Anwesens, in dem sich die angemietete Wohnung befindet, zu Wohnungseigentum erklärt. Am 16. Dezember 2010 veräußerte die Beklagte die künftigen zehn Wohnungen an N. und A. K. Der Kaufpreis für die Dachgeschosswohnung nebst Stellplatz belief sich auf 207.000 €. Die Anlage des Wohnungsgrundbuchs und die Eintragung der Beklagten als Eigentümer der zehn Wohnungen erfolgten kurze Zeit später am 23. Dezember 2010. Am 18. Oktober 2011 wurde A. K. als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Mit Schreiben vom 28. November 2012 bot die Beklagte, vertreten durch ihren Geschäftsführer A. K., dem Kläger zu 1 den Kauf der Dachgeschosswohnung nebst Stellplatz zum Preis von 224.000 € an; dieser nahm das Angebot nicht an. Die Wohnung wurde sodann anderweitig veräußert. Der neue Eigentümer teilte den Klägern auf Anfrage mit, er wolle die Wohnung künftig selbst nutzen. Daraufhin kündigten die Kläger das Mietverhältnis fristgemäß.

Mit der Klage haben die Kläger die Beklagte auf Schadensersatz in Höhe von 11.422,10 € nebst Zinsen in Anspruch genommen. Sie sind der Auffassung, die Beklagte habe das ihnen als Mieter zustehende Vorkaufsrecht vereitelt; sie sei ihnen deshalb zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet.

Das Amtsgericht hat der Klage, unter deren Abweisung im Übrigen, in Höhe von 6.161,60 € nebst Zinsen stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist beim Landgericht erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr auf vollständige Klageabweisung gerichtetes Begehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts bestand ein Vorkaufsrecht des Mieters

I. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung vor Erlass des Senatsurteils vom 6. April 2016 (VIII ZR 143/15, NZM 2016, 540 = DNotZ 2016, 847) ergangen ist, hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Zu Recht habe das Amtsgericht einen Schadensersatzanspruch der Kläger aus § 280 Abs. 1, § 577 Abs. 1, § 469 Abs. 1 Satz 1 BGB bejaht, da die Beklagte ihre gesetzliche Verpflichtung, die Kläger beim Abschluss des Kaufvertrages vom 16. Dezember 2010 über das ihnen zustehende Vorkaufsrecht zu informieren, verletzt habe.

Nach § 469 Abs. 1 Satz 1 BGB habe der Verpflichtete dem Vorkaufsberechtigten den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags unverzüglich mitzuteilen. Gemäß § 577 Abs. 1 BGB sei der Mieter zum Vorkauf berechtigt,

wenn vermietete Räume, an denen nach Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden sei oder begründet werden solle, an einen Dritten verkauft würden. Diese gesetzlichen Voraussetzungen lägen im Streitfall vor.

Dem stehe nicht entgegen, dass die Teilungserklärung bereits am 28. September 2010 und damit vor Abschluss des Kaufvertrages (16. Dezember 2010) und Überlassung der Mietsache (15. Dezember 2010) beurkundet worden sei. Denn entscheidend sei der Zeitpunkt des abgeschlossenen Vollzugs der Umwandlung in Wohnungseigentum. Dieser sei mit der Anlage der Wohnungsgrundbücher, also hier mit der Eintragung am 23. Dezember 2010, wirksam erfolgt. Dieser Zeitpunkt liege nach dem Einzug der klagenden Mieter.

Da die Vorschrift des § 577 BGB der Stärkung der Mieterrechte diene, müsse deren Schutzbereich auch diejenigen Fälle erfassen, in denen – wie im Streitfall – bereits ein Teil des Umwandlungsvorgangs, nämlich die Beurkundung der Teilungserklärung, vor der Überlassung der Mietsache erfolge, der maßgebliche Vollzug aber erst danach.

II. Diese Begründung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Die Kläger haben keinen Anspruch auf Schadensersatz, denn es bestand kein Vorkaufsrecht

Den Klägern steht der geltend gemachte Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, § 577 Abs. 1 Satz 1, § 469 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zu. Ihnen musste der Verkauf der Dachgeschosswohnung vom 16. Dezember 2010 nicht gemäß § 469 Abs. 1 Satz 1 BGB offen gelegt werden, da ein Vorkaufsrecht an der Wohnung nach § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht bestand. Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts ist von Rechtsirrtum beeinflusst.

§ 577 Abs. 1 S. 1 BGB enthält zwei Alternativen, unter denen ein Vorkaufsrecht entsteht

1. Der Mieter ist nach § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB unter zwei – gleichberechtigt nebeneinander stehenden – Alternativen zum Vorkauf berechtigt. Voraussetzung der ersten Alternative ist, dass nach der Überlassung der vermieteten Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden ist und dieses dann an einen Dritten verkauft wird (Senatsurteil vom 6. April 2016 – VIII ZR 143/15, aaO Rn. 23 [zum Vorkaufsrecht an einer in demselben Objekt gelegenen Wohnung]; BGH, Urteil vom 22. November 2013 – V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rn. 5). Nach der zweiten Alternative ist die Entstehung eines Vorkaufsrechts davon abhängig, dass nach der Überlassung der vermieteten Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet werden soll und das zukünftige Wohnungseigentum an einen Dritten verkauft wird. Gegenstand des Vorkaufsrechts ist in diesem Fall ein sachenrechtlich noch nicht vorhandenes, aber in seiner Entstehung bereits angelegtes Wohnungseigentum. Das Vorkaufsrecht des Mieters entsteht in einem solchen Fall nur dann, wenn sich der Veräußerer beim Verkauf des noch ungeteilten Grundstücks gegenüber dem Dritten zur Durchführung der Aufteilung nach § 8 WEG verpflichtet und ferner die von dem Vorkaufsrecht erfasste künftige Wohneinheit in dem Vertrag bereits hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist (Senatsurteil vom 6. April 2016 – VIII ZR 143/15, aaO Rn. 24 mwN).

Die Voraussetzungen für die Entstehung eines Vorkaufsrechts sind nicht gegeben

2. Im Streitfall sind die Voraussetzungen beider Alternativen des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht erfüllt.

Die Begründung von Wohnungseigentum iSd § 577 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB erfolgt erst mit dinglichem Vollzug der Teilung im Grundbuch

a) Das Berufungsgericht hat allerdings im Ansatz richtig gesehen, dass die Entstehung des Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB nicht daran scheitert, dass die Beklagte bereits am 28. September 2010 und damit vor der am 15. Dezember 2010 erfolgten Überlassung der Mietsache an die Kläger (und sogar schon vor Abschluss des Mietvertrags vom 23. November 2010) die für die Aufteilung in Wohnungseigentum erforderliche Teilungserklärung (§ 8 WEG) hat notariell beurkunden lassen. Dies ändert nichts daran, dass Wohnungseigentum erst nach Überlassung der Wohnräume an die Kläger begründet worden ist. Denn die Teilung ist gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 WEG erst mit dem dinglichen Vollzug, der hier am 23. Dezember 2010 mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher erfolgte, wirksam geworden (Senatsurteil vom 6. April 2016 – VIII ZR 143/15, aaO Rn. 26).

Ein Vorkaufsrecht nach § 577 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB scheidet aus, da der Verkauf zeitlich vor der Begründung des Wohnungseigentums erfolgt ist

b) Das Berufungsgericht hat jedoch übersehen, dass es für die Entstehung eines Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB nicht ausreicht, wenn nach der Überlassung der Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden ist. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass der Abschluss des Kaufvertrags mit dem Dritten der Begründung von Wohnungseigentum zeitlich nachfolgt. Wird dieses erst nach dem Verkauf an den Dritten begründet, scheidet ein Vorkaufsrecht aus (BGH, Urteil vom 22. November 2013 – V ZR 96/12, aaO Rn. 5; Senatsurteil vom 6. April 2016 – VIII ZR 143/15, aaO Rn. 28).

c) So verhält es sich auch im Streitfall. Die notarielle Beurkundung des Kaufvertrags zwischen der Beklagten und den Erwerbfern fand am 16. Dezember 2010 statt. Wohnungseigentum wurde erst danach mit der am 23. Dezember 2010 erfolgten Eintragung der Teilungserklärung in das Grundbuch begründet. Es wurde also nicht – wie von § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB vorausgesetzt – eine Wohnung verkauft, an der bereits vor Abschluss des Kaufvertrags Wohnungseigentum entstanden war.

Auch ein Vorkaufsrecht nach § 577 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB scheidet aus, denn die Absicht, Wohnungseigentum zu begründen, ist vor Überlassung an den Mieter gefasst worden

d) Auch die Voraussetzungen des § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB sind, wie die Revision zu Recht geltend macht, im Streitfall nicht erfüllt, weil die Absicht, Wohnungseigentum zu begründen, nicht erst nach der Überlassung an den Mieter gefasst und dokumentiert worden ist.

Ein Vorkaufsrecht entsteht nur, wenn die in § 577 Abs. 1 S. 1 BGB vorgesehene zeitliche Abfolge der Geschehnisse strikt gewahrt ist

aa) Der Senat hat in der bereits erwähnten, den Verkauf einer anderen Wohnung desselben Hauses betreffenden

Entscheidung vom 6. April 2016 (VIII ZR 143/15, aaO Rn. 30 ff.) ausgeführt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers dem Mieter durch die Regelung des § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB zwar (auch) ein Vorkaufsrecht an künftig entstehendem Wohnungseigentum gesichert werden soll, das Entstehen des Vorkaufsrechts aber nicht an geringere Voraussetzungen geknüpft sein sollte, als im Falle bereits begründeten Wohnungseigentums nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB. Das Gesetz gibt in beiden Alternativen des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB eine zeitliche Abfolge der Geschehnisse vor, die nur bei deren strikter Einhaltung zu der Entstehung eines Vorkaufsrechts führt. Soweit es um die künftige Begründung von Wohnungseigentum geht (§ 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB), muss die Absicht hierzu nach außen dokumentiert werden. Diese Bekundung nach außen ist regelmäßig in der notariellen Beurkundung der Teilungserklärung zu sehen (Senatsurteil vom 6. April 2016 – VIII ZR 143/15, aaO Rn. 42 f.). Um ein Vorkaufsrecht des Mieters entstehen zu lassen, muss die Überlassung an den Mieter indes nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB zeitlich vor der nach außen dokumentierten Absicht, Wohnungseigentum begründen zu wollen, erfolgt sein. Daran fehlt es im Streitfall. Denn die Beurkundung der Teilungserklärung erfolgte am 28. September 2010, mithin bereits mehrere Monate vor dem Abschluss des Mietvertrags mit den Klägern (23. November 2010) und deren Besitzerlangung am vertraglich vereinbarten Tag des Mietbeginns (15. Dezember 2010).

Ein Widerspruch zu einer früheren Entscheidung des V. Zivilsenats ist nicht gegeben

bb) Soweit die Revisionserwiderung geltend macht, die die Entstehung eines Vorkaufsrechts des Mieters nach § 577 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB betreffenden Ausführungen des Senats im Urteil vom 6. April 2016 (VIII ZR 143/15, aaO) stünden insoweit in Widerspruch zu den diesbezüglich im Urteil vom 22. November 2013 (V ZR 96/12, aaO) angestellten Erwägungen des V. Zivilsenats, als der Senat für die hinreichende Absicht des Vermieters, Wohnungseigentum zu begründen, die notarielle Beurkundung der Teilungserklärung ausreichen lasse, während der V. Zivilsenat zusätzlich eine aus dem Kaufvertrag mit dem Dritten folgende Verpflichtung des Verkäufers zum Vollzug der Aufteilung verlange, trifft dies nicht zu.

Die Absicht, Wohnungseigentum zu begründen, kann sich nicht nur aus einer kaufvertraglichen Verpflichtung, sondern auch aus anderen Umständen ergeben

Der V. Zivilsenat hat in der herangezogenen Entscheidung nicht etwa ausgesprochen, dass die Absicht zur Begründung von Wohnungseigentum erst dann hinreichend manifest sei, wenn ein Kaufvertrag mit dem Dritten geschlossen werde. Er hat vielmehr in Abgrenzung von sogenannten "Erwerbermodellen" ausgesprochen, dass für das Entstehen des Vorkaufsrechts in diesen Fällen die bloße Veräußerung an den Dritten nicht ausreicht, sondern dieses nur dann entstehen kann, wenn sich der veräußernde Vermieter zusätzlich zur Begründung von Wohnungseigentum verpflichtet, nicht jedoch, wenn erst die Erwerber Wohnungseigentum begründen sollen (BGH, Urteil vom 22. November 2013 – V ZR 96/12, aaO Rn. 17). Dass der Kaufvertrag mit dem Dritten von dem Veräußerer bereits vor der Überlassung an den Mieter erfolgen müsste, um eine hinreichende Absicht, Wohnungseigentum zu begründen, annehmen zu können, lässt sich der Entscheidung hingegen nicht entnehmen (vgl. Senatsurteil vom 6. April 2016 – VIII ZR 143/15, aaO Rn. 44).

Im Ergebnis war die Klage insgesamt abzuweisen

III. Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat entscheidet in der Sache selbst, weil weitere Feststellungen nicht zu treffen sind und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Dies führt auf die Berufung der Beklagten zur Abänderung des amtsgerichtlichen Urteils, soweit zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist. Mangels Bestehens eines Vorkaufsrechts ist die Klage insgesamt abzuweisen. ■

2. Liegenschaftsrecht – Zur Eintragungsfähigkeit eines bedingt bestellten Nießbrauchs

(OLG München, Beschluss vom 9.12.2016 – 34 Wx 417/16, mitgeteilt durch *RichterIn am Oberlandesgericht Edith Paintner*)

BGB §§ 104 Nr. 2, 158, 1030
GBO § 29

Zur (bejahten) Eintragungsfähigkeit eines Nießbrauchs, der erst und nur entsteht, wenn die Bestellerin zu Lebzeiten des Berechtigten geschäftsunfähig werden sollte und wenn bei Eintritt der Geschäftsunfähigkeit der Bestellerin die Lebensgemeinschaft zwischen dieser und dem Berechtigten besteht.

Zur Einordnung:

Bei der Vereinbarung eines Nießbrauchs, insbesondere im Kontext von Grundstücksübertragungen, wird dieser in der notariellen Praxis oftmals auf Lebenszeit des Berechtigten sowie aufschiebend bedingt für weitere Berechtigte bestellt. Gegenstand der nachstehend abgedruckten Entscheidung des OLG München sind die Anforderungen an die Bestimmtheit des Ereignisses, mit dessen Eintritt der bedingte Nießbrauch wirksam werden soll.

Dass ein Nießbrauch – auch bei Grundstücken – aufschiebend oder auflösend bedingt und/oder befristet bestellt werden kann, ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt (BayObLG NJW-RR 1990, 87; BeckOK BGB/Wegmann, 41. Ed., Stand 1.2.2016, § 1030, Rn. 18; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1382). Wird die Entstehung des Nießbrauchs an einem Grundstück unter eine aufschiebende Bedingung gestellt, ist dieser aufschiebend bedingte Nießbrauch ab der Bestellung, dh schon vor dem Bedingungseintritt, eintragungsfähig (Staudinger/Heinze, 2017, BGB, § 1059 Rn. 7). Dabei kommt auch dem aufschiebend bedingten Nießbrauch rangwahrende Wirkung zu (MüKoBGB/Kohler, 7. Aufl. 2017, § 879 Rn. 16). Da die Bedingungen und Befristungen des Nießbrauchs nicht zum Inhalt des dinglichen Rechts iSv § 874 BGB gehören, sondern seinen rechtlichen Bestand betreffen, sind sie unmittelbar ins Grundbuch einzutragen (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1382).

Voraussetzung für die grundbuchrechtliche Eintragungsfähigkeit eines bedingten Nießbrauchs ist jedoch, dass die Bedingung den Bestimmtheitsgrundsatz wahrt (MüKoBGB/Pohlmann, 7. Aufl. 2017, § 1030 Rn. 136; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1382). Dabei genügt eine Bestimmbarkeit aufgrund objektiver, auch

außerhalb des Grundbuchs liegender Umstände, sofern sie nachprüfbar und wenigstens in der Eintragungsbewilligung angedeutet sind (BGH DNotZ 2002, 775 ff.). Als hinreichend bestimmt in diesem Sinne wurden von der Rechtsprechung angesehen etwa die Beendigung eines bestimmten anderen Vertragsverhältnisses (BayObLG MittRhNotK 1997, 391 [392]), der Eintritt eines Dritten in ein bestimmtes Schuldverhältnis (OLG Hamm RNotZ 2016, 101 [102] m. Einordn. d. Schriftl.) oder die drohende Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz als Bedingung für einen durch Vormerkung gesicherten Rückübertragungsanspruch (OLG München NJW-RR 2009, 950).

In der hier abgedruckten Entscheidung bejaht das OLG München die erforderliche Bestimmtheit eines Nießbrauchs, der unter der aufschiebenden Bedingung bestellt worden ist, dass die Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten eintritt und zu diesem Zeitpunkt die Lebensgemeinschaft zwischen den Beteiligten noch fortbesteht. Sowohl die Geschäftsunfähigkeit als auch das Fortbestehen der Lebensgemeinschaft seien auf Grund äußerer Umstände – insbesondere in Anbetracht der inhaltlichen Ausfüllung dieser Begriffe durch die Rechtsprechung – hinreichend bestimmbar. Schwierigkeiten bei der Nachweisbarkeit oder der Bestimmung des genauen Eintritts der Bedingungen (etwa hinsichtlich des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit bei fortschreitender Demenz) stünden der Bestimmbarkeit nicht entgegen. Eine nähere Konkretisierung der Voraussetzungen des Bedingungseintritts in der notariellen Urkunde sei daher nicht erforderlich gewesen.

Für die notarielle Praxis erinnert die Entscheidung des OLG München daran, dass bei einem aufschiebend bedingten Nießbrauch die Voraussetzungen des Bedingungseintritts in der notariellen Urkunde möglichst konkret bezeichnet werden sollten, sofern die Bestimmbarkeit nicht auf Grund äußerer Umstände gegeben oder diese fraglich sein sollte.

Die Schriftleitung (CL)

Zum Sachverhalt:

I. Die Beteiligte zu 1 ist im Grundbuch als Eigentümerin eines mit einem Wohngebäude bebauten Grundstücks eingetragen. Zu notarieller Urkunde vom 17.8.2016 (Ziffer II.) räumte sie ihrem Lebensgefährten, dem Beteiligten zu 2, das unentgeltliche Nießbrauchsrecht an dem Grundbesitz ein, welches erst und nur entsteht,

1. wenn (die Beteiligte zu 1) zu Lebzeiten des (Beteiligten zu 2) geschäftsunfähig werden sollte oder
2. (die Beteiligte zu 1) aus der Wohnung ... ausziehen sollte, oder
3. wenn und sobald (die Beteiligte zu 1) verstorben ist

und wenn im Zeitpunkt des Todes oder bei Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder unmittelbar vor dem Auszug von (der Beteiligte zu 1) die Lebensgemeinschaft zwischen den Beteiligten besteht.

Das Recht endet, wenn ...

Um Zweifel auszuschließen, gilt die Lebensgemeinschaft als beendet, wenn einer der Partner dies feststellt.

Die Eintragung des aufschiebend (und auflösend) bedingten Nießbrauchsrechts wurde bewilligt und beantragt mit der Maßgabe, dass zur Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügen soll.

Der Notar hat ferner noch folgende Feststellung getroffen:

Im Bezug auf die Bestimmtheit wird zum Inhalt von Ziffer II. festgestellt:

- Die Geschäftsunfähigkeit ist legal definiert in § 104 BGB,
- als Auszug gilt, wenn und sobald Frau (Beteiligte zu 1) ihren Hauptwohnsitz i. S. des Meldegesetzes nicht mehr in ... hat.

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 14.10.2016 beanstandet, dass die erste Bedingung zur Entstehung des Nießbrauchs (Geschäftsunfähigkeit) nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz des Grundbuchs entspreche. Die Geschäftsunfähigkeit sei zwar per se definiert, jedoch nicht deren Eintritt. Somit sei der Zeitpunkt des Entstehens des Rechts nicht eindeutig feststellbar. Am 24.10.2016 hat es den Eintragungsantrag kostenpflichtig zurückgewiesen. Bedingungseintritt sei nicht etwa die Feststellung der Geschäftsunfähigkeit, sondern die Geschäftsunfähigkeit selbst, damit sei der Entstehungszeitpunkt für das Recht möglicherweise nie nachvollziehbar.

Hiergegen richtet sich die notarielle Beschwerde, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

II. Das nach § 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 1, § 73 GBO i.V.m. § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG zulässige Rechtsmittel gegen die abgelehnte Eintragung hat Erfolg. Aus den vom Grundbuchamt angeführten Gründen kann die Eintragung des Nießbrauchs nicht zurückgewiesen werden.

Ein Nießbrauch kann unter einer Bedingung bestellt werden

1. Ein Nießbrauch (§ 1030 BGB) kann als dingliches Grundstücksrecht aufschiebend und/oder, wenn er nicht auf Lebenszeit des Berechtigten bestellt wird (vgl. § 1061 BGB), auflösend bedingt (§ 158 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB) bestellt werden. Für die Art der Bedingung(en) bestehen wegen des grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes regelmäßig keine Beschränkungen.

Das die Bedingung des Nießbrauchs auslösende Ereignis muss das Bestimmtheitserfordernis wahren

Freilich ist das Recht in seinem Entstehens- wie in seinem Erlöschenstatbestand so genau zu bezeichnen, dass seine Existenz – im Streitfall gegebenenfalls durch das Prozessgericht – eindeutig feststellbar ist. Das Recht muss aufgrund objektiver Umstände bestimmbar und für einen Dritten erkennbar und verständlich sein. Dabei können die objektiven Umstände jedoch außerhalb des Grundbuchs liegen, sofern sie nachprüfbar und wenigstens in der Eintragungsbewilligung angedeutet sind (BayObLGZ 1989, 442/446 f.; BayObLG Rpfleger 1985, 488). Unsicherheiten im Einzelfall stehen dem Bestimmtheitserfordernis nicht entgegen. Das Ereignis, welches die Bedingung auslöst, muss nämlich nicht sogleich und ohne weiteres feststellbar sein, ohne dass es über seinen Eintritt Meinungsverschiedenheiten oder gar Streit geben könnte (vgl. BayObLGZ 1997, 246/247).

Die erforderliche Bestimmtheit ist gegeben, wenn ein objektiv bestimmbarer Bedeutungsgehalt besteht

2. Die Bestimmtheit ist meist dann sichergestellt, wenn der verwendete Begriff oder die verwendete Umschreibung durch Gesetz oder Rechtsprechung näher ausgefüllt ist und dadurch einen objektiv bestimmbaren Bedeutungsinhalt gewonnen hat (vgl. z.B. BGHZ 151, 116/123 f.; OLG München – 32. Zivilsenat – vom 10.4.2007, 32 Wx 058/07 = MittBayNot 2008, 50 mit Anm. Wartenburger; Senat vom 12.3.2009, 34 Wx 9/09 = MittBayNot 2009, 464 mit Anm. Wartenburger; Böhringer Rpfleger 2011, 133/135; verneint z.B. für Sympathisanteneigenschaft: LG Düsseldorf Rpfleger 2006, 648; für negative Veränderung des „bisherigen Lebensstandards“: OLG Düsseldorf ZfIR 2008, 764 mit Anm. Heinze).

Der Senat hat in der Vergangenheit die Eintragungsfähigkeit einer Vormerkung zur Sicherung eines Rückübertragungsanspruchs für den Fall der Geschäftsunfähigkeit anerkannt

Nach einer Entscheidung des Senats vom 17.12.2013 (34 Wx 270/13 = FGPrax 2014, 52) steht der Sicherung eines Rückübertragungsanspruchs für den Fall der Geschäftsunfähigkeit durch Vormerkung der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz nicht entgegen. Ausreichend sei vielmehr, dass sich das Ereignis, mit dessen Eintritt der bedingte Anspruch wirksam werden soll, aufgrund objektiver Umstände bestimmen lasse; diese könnten auch außerhalb des Grundbuchs liegen, sofern sie nachprüfbar und wenigstens in der Eintragungsbewilligung angedeutet seien (vgl. BGHZ 151, 116: Rückauflassungsvormerkung im Fall groben Undanks).

Der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz findet auch auf das Ereignis Anwendung, das Bedingung für die Entstehung des Nießbrauchs ist

a) Der Bundesgerichtshof wendet den grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz auch für vormerkungsgesicherte Ansprüche an (BGHZ 151, 116/123; Schippers DNotZ 2002, 779/780 f.). Die dafür entwickelten Kriterien sind demnach auch auf das gegenständliche dingliche Recht anwendbar, soweit es um ein Ereignis geht, das – wie hier – zur Bedingung für das Entstehen des Rechts gemacht wird (vgl. Demharter GBO 30. Aufl. Anhang § 13 Rn. 6). Demnach genügt es, dass der für den Bedingungseintritt (u.a.) maßgebliche Begriff der Geschäftsunfähigkeit über einen objektiv bestimmbaren Bedeutungsinhalt verfügt. Dieser ist gesetzlich in § 104 BGB fixiert (Senat vom 17.12.2013). Dass die Parteien mit dem verwendeten Begriff andere Kriterien gemeint oder gewollt hätten, ist nicht ersichtlich.

Der Zustand der Geschäftsunfähigkeit ist hinreichend bestimmt

b) Nach § 104 Nr. 2 BGB ist geschäftsunfähig, wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist. Kriterien zur Störung der Geistestätigkeit sind durch die Rechtsprechung noch weitergehend präzisiert worden (vgl. Palandt/Ellenberger BGB 76. Aufl. § 104 Rn. 3 ff.). Damit ist aber eine ausreichende Bestimmbarkeit des Zustands der Geschäftsunfähigkeit gegeben und hinreichend klar, unter welchen Umständen das Nießbrauchsrecht entstehen kann.

Eine Unmöglichkeit, den Eintritt der Bedingung in der Form des § 29 GBO nachzuweisen, steht der Zulässigkeit der Bedingung nicht entgegen

Die Tatsache, dass ein Nachweis in der Form des § 29 GBO nicht durch Vorlage eines Attests oder ärztlichen Gutachtens möglich ist (vgl. OLG Schleswig FGPrax 2010, 125), steht nicht entgegen. Sollten im Einzelfall Unsicherheiten verbleiben, so können (und müssen) diese Zweifel durch eine richterliche Entscheidung ausgeräumt werden. Die Möglichkeit, den Bedingungseintritt nach objektiven Kriterien festzustellen (Senat vom 17.12.2013 m.w.N.), ist dadurch nicht in Frage gestellt. Ähnlich haben bereits andere Obergerichte die Frage, in welcher Weise sich das Erlöschen und damit die Löschungsvoraussetzungen eines eingetragenen (bedingten) Rechts nachweisen lassen, als für dessen Bestimmtheit unerheblich angesehen (BayObLG NJW-RR 1998, 85; OLG Frankfurt OLGZ 1993, 385/386).

Auch wenn der tatsächliche Eintritt der Bedingung schwer oder unmöglich nachzuweisen sein kann, ist der Entstehenstatbestand als solcher bestimmt

c) Dabei verkennt der Senat nicht, dass der (genaue) Entstehungszeitpunkt des Rechts im Tatsächlichen – sieht man einmal von einem ebenso nicht ausschließbaren genau bestimmbar Ereignis ab, das zur Geschäftsunfähigkeit führt, z.B. einem Unfall – schwierig zu bestimmen sein dürfte und auch eine gänzlich fehlende Nachweisbarkeit nicht ausgeschlossen erscheint. Nichtsdestoweniger ist der Entstehenstatbestand als solcher aber bestimmt (vgl. oben zu a) und b)) und die gewählte Bedingung anders als bei solchen mit einem unbestimmten Bedeutungsinhalt (wie etwa BayObLG Rpfleger 1985, 488: Auflösung von Verträgen aus einem Grund, der der „Sphäre“ eines der Vertragspartner zuzurechnen ist; Senat vom 10.3.2011, 34 Wx 55/11 = NJW-RR 2011, 1461: Ausschluss von Gewerbe im Sondereigentum, es sei denn es handelt sich um „stille Gewerbe mit nur geringer Umfeldbeeinträchtigung“; Senat vom 7.5.2013, 34 Wx 115/13, juris: Vormerkung zur Sicherung von Dienstbarkeiten, „soweit diese zur dauerhaften Erschließung des Grundstücks notwendig oder zweckdienlich sein sollten“) in objektiver Hinsicht nicht unsicher.

Auch die Bedingung, dass die Lebensgemeinschaft zwischen den Beteiligten noch besteht, wahrt die erforderliche Bestimmtheit

3. (Ausreichende) Bestimmtheit ist auch gegeben, soweit die Entstehung des Rechts im Fall der Geschäftsunfähigkeit an die weitere Bedingung geknüpft ist, dass bei deren Eintritt „die Lebensgemeinschaft“ zwischen den Beteiligten besteht. Diese Frage stellt sich aus der Sicht des Senats unabhängig von dem von den Vertragsparteien beweisrechtlich geregelten Fall ihrer Beendigung, nämlich „wenn einer der Partner dies feststellt“. Denn ihr Bestand selbst ist jedenfalls urkundlich nicht schon belegt, wenn die bezeichnete „Feststellung“ fehlt.

Die Verknüpfung dieser Bedingung mit dem – unter Umständen schwer feststellbaren – Zeitpunkt des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit steht der Bestimmtheit nicht entgegen

a) Insoweit stellen die Vertragsparteien zunächst für das Bestehen der Lebensgemeinschaft nicht auf den – weil noch andauernd – nachträglich meist noch feststellbaren Zustand, sondern auf den Zeitpunkt des „Eintritts“ der

Geschäftsunfähigkeit ab, der sich allerdings aus einer ex post-Betrachtung nicht in allen Fällen – etwa bei schleichend fortschreitender Demenzerkrankung (Palandt/Ellenberger § 104 Rn. 5) – noch fixieren, geschweige denn in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachweisen lassen dürfte. Dies allein ist aber kein Grund, von Unbestimmtheit auszugehen.

Auch der Begriff der Lebensgemeinschaft wahrt die Bestimmtheit

b) Auch die Lebensgemeinschaft als Form nichtehelichen Zusammenlebens ist hinreichend bestimmbar.

Die Kriterien für das Bestehen einer Lebensgemeinschaft sind von der Rechtsprechung und Literatur objektiv bestimmbar entwickelt und ausgefüllt worden

Ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur „eheähnlichen Gemeinschaft“ als einer typischen Erscheinung des sozialen Lebens hebt sie sich hinreichend deutlich von anderen Gemeinschaften ab. Verstanden wird sie als eine Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine andere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen (BVerfG NJW 1993, 643/645; Palandt/Brudermüller Einl v § 1297 Rn. 10). Aktuelle Kommentatoren bezeichnen sie mittlerweile als Bestandteil des Familienrechts (Grziwotz FamRZ 2014, 257). Im Rechtssinne ist sie mehr als die bloße Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft und lässt sich als sogenannte Verantwortungs- und Einstehensgemeinschaft charakterisieren, bei der nicht die persönlichen Bedürfnisse im Vordergrund stehen, sondern primär der gemeinsame Lebensbedarf (vgl. MüKo/Wellenhöfer BGB 6. Aufl. Nach § 1302 Rn. 3 m.w.N.). Deren Existenz ist aufgrund von Indizien zu ermitteln wie Bestand einer häuslichen Gemeinschaft und deren Anlegung auf Dauer, gemeinsames Wirtschaften, gemeinsame Lebensführung, geschlechtliche Beziehungen, Verfügungsmacht über Konten u.s.w. (MüKo/Wellenhofer a.a.O.). Abgrenzungsprobleme verbleiben indessen (BGH NJW 1993, 999/1001; MüKo/Wellenhofer a.a.O.).

Auf Grund der Festlegung der Kriterien einer Lebensgemeinschaft durch die Rechtsprechung weist dieser Begriff einen objektiv bestimmbar Bedeutungsinhalt auf

Dem Vertrag ist zu entnehmen, dass die Parteien jedenfalls das gemeinsame Wohnen allein nicht als hinreichenden Umstand für eine bestehende Lebensgemeinschaft erachten. Denn dies widerspräche der Regelung im weiteren Fall eines Bedingungseintritts, der die Lebensgemeinschaft unmittelbar vor dem Auszug noch voraussetzt. Welche sonstigen Merkmale über das gemeinsame Wohnen hinaus indessen die Lebensgemeinschaft der Parteien (positiv) begründen, ist zwar nicht festgelegt. Allerdings sind auch hier die Kriterien für das Bestehen einer derartigen Gemeinschaft durch die höchstrichterliche Rechtsprechung näher ausgefüllt, so dass ihm ein objektiv bestimmbarer Bedeutungsinhalt zukommt (vgl. BGHZ 151, 116/124). Dass die Nachweisprobleme namentlich in grundbuchrechtlicher Form (§ 29 GBO) bei der gewählten Vertragsgestaltung erheblich sein dürften, spielt für die Bestimmtheit des Rechts regelmäßig keine Rolle.

Die Bestimmbarkeit ist auch dann gewahrt, wenn das Fortbestehen der Lebensgemeinschaft nicht unter die Vermutung gestellt wird, dass deren Scheitern bei Meldung unter verschiedenen Hauptwohnungen vermutet wird

c) Soweit das Oberlandesgericht Zweibrücken (Rpflerger 2013, 505) die hinreichende Bestimmtheit der Anspruchs-entstehung für den Fall der Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft dann angenommen hat, wenn dies nach dem Vertrag unwiderleglich bei Meldung unter verschiedenen Hauptwohnungen vermutet wird, mag dies der erleichterten Nachweisführung zuträglich sein. Der Annahme, auch ohne eine derartige vertraglich bestimmte Vermutung sei der Entstehenstatbestand hinreichend bestimmt, steht dies aber nicht entgegen.

4. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. ■

3. Liegenschaftsrecht – Zu den Voraussetzungen des Aufgebotsverfahrens nach § 927 BGB bei gemeinschaftlichem Eigenbesitz

(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 15.12.2016 – 20 W 74/16)

FamFG §§ 58, 59, 63, 70, 81, 443, 444
BGB § 927 Abs. 1, S. 3
GNotKG §§ 22, 25

Besteht gemeinschaftlicher Eigenbesitz, kann das Aufgebotsverfahren nach § 927 BGB nur von den Eigenbesitzern gemeinsam beantragt werden. Die bloße Duldung oder Zustimmung durch einen Eigenbesitzer reicht für einen gemeinschaftlichen Antrag nicht aus.

(RNotZ-Leitsatz)

Zur Einordnung:

Will der langjährige Eigenbesitzer eines Grundstücks den Eigentümer mit seinem Recht ausschließen und sich das Grundstück aneignen, muss er ein Aufgebotsverfahren nach § 927 BGB einleiten. In der nachstehend abgedruckten Entscheidung hatte sich das OLG Frankfurt a. M. mit den Anforderungen an das Aufgebotsverfahren zu beschäftigen, wenn es mehrere Eigenbesitzer gibt.

Gem. § 927 Abs. 1 BGB kann der Eigentümer eines Grundstücks, wenn das Grundstück seit 30 Jahren im Eigenbesitz eines anderen ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Recht ausgeschlossen werden. Sofern der Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, ist dabei zusätzlich erforderlich, dass der Eigentümer gestorben oder verschollen ist und eine Eintragung in das Grundbuch, die seiner Zustimmung bedurfte, seit 30 Jahren nicht erfolgt ist. Dabei soll die Einleitung eines Aufgebotsverfahrens nicht davon abhängig sein, dass die Erben und Erbeserben des eingetragenen Eigentümers unbekannt oder nicht feststellbar sind (LG Köln MittRhNotK 1985, 215). Eigenbesitzer ist nach § 872 BGB, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt mit dem Willen, sie wie eine ihm gehörende zu beherrschen (BGH NJW 1996, 1890 [1893]). Mitbesitz und Teilbesitz genügen insoweit ebenso wie mittelbarer Besitz (BeckOGK BGB/J. Weber, Stand 1.12.2016, § 927 Rn. 6).

Ist das Aufgebot zulässig, erlässt das Gericht das Aufgebot durch Beschluss, mit dessen Rechtskraft der Eigentümer von seinem Recht ausgeschlossen und das Grundstück herrenlos wird (BeckOGK BGB/J. Weber, § 927 Rn. 18, 20). Nur derjenige, der den Ausschließungsbeschluss erwirkt hat, kann sich das Grundstück in der Folge aneignen und als Eigentümer in das Grundbuch eintragen lassen, § 927 Abs. 2 BGB. Antragsberechtigt ist nach § 443 FamFG daher auch nur derjenige, der das Grundstück seit 30 Jahren in seinem Eigenbesitz hatte. Falls mehrere Personen den Eigenbesitz gemeinsam ausüben, ist strittig, ob der Antrag durch alle Eigenbesitzer gemeinsam gestellt werden muss oder jeder Antragsberechtigte selbständig handeln kann (gemeinsam die wohl hM: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1023; Keidel/Zimmermann, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 443 Rn. 1; Heinemann NotBZ 2009, 300 [304]; ebenso wohl LG Köln MittRhNotK 1985, 215; selbständig: MüKoFamFG/Eickmann, 2. Aufl. 2013, § 434 Rn. 4; Finkenauer, Eigentum und Zeitablauf, 2000, S. 124).

Das OLG Frankfurt a.M. schließt sich in seiner Entscheidung der Meinung an, die bei gemeinschaftlichem Eigenbesitz auch eine gemeinsame Antragstellung fordert. Die bloße Duldung oder Zustimmung eines Eigenbesitzers reicht insoweit nicht für eine gemeinsame Antragstellung aus. Obiter dictum weist das Gericht zudem darauf hin, dass sich das Aufgebotsverfahren wohl auf ein Grundstück im Rechtssinne und nicht lediglich ein einzelnes Flurstück beziehen muss. Die Glaubhaftmachung, dass etwaige Erben des eingetragenen Eigentümers unbekannt oder nicht feststellbar sind, ist für das Aufgebotsverfahren nach Auffassung des Gerichts nicht erforderlich.

Für die notarielle Praxis ist die Entscheidung unter anderem deshalb von Bedeutung, weil der Antragsteller die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen nach § 444 FamFG glaubhaft machen muss, wozu er sich häufig einer eidesstattlichen Versicherung bedienen wird. Darüber hinaus bedarf der Antrag des Eigenbesitzers auf Eintragung als Eigentümer nach zutreffender Auffassung der Form des § 29 GBO (BeckOGK BGB/J. Weber, § 927 Rn. 25 mwN).

Die Schriftleitung (DH)

Zum Sachverhalt:

I. Als Eigentümer des eingangs bezeichneten Grundstückes, das im dort angegebenen Grundbuchblatt im Jahre 1982 als Bestand umgeschrieben wurde, sind noch eingetragen:

- a) A
- b) B, Stadt 1.

In Abt. II Nr. 1 dieses Grundbuchblattes ist eingetragen: Jeder Eigentümer darf das Grundstück zu keinem Teil in einer Weise benutzen, welche die Mitbenutzung des Mit-eigentümers zeitweise oder dauernd ausschließt, insbesondere darf keiner der Eigentümer Gegenstände auf der Parzelle lagern oder dieselbe teilweise bebauen. Eingetragen am 3. August 1888 in Art. 511. Umgeschrieben am 9. November 1982.

Das von dem Antrag betroffene Grundstück grenzt unmittelbar sowohl an das im Eigentum der Antragstellerin ste-

hende Wohnhausgrundstück Flur ..., Flurstück ... (Straße 1) als auch an das ebenfalls bebaute Grundstück Flur ..., Flurstück ... (Straße 2) des Nachbarn und weiteren Beteiligten. Wegen der Lage der Grundstücke im Einzelnen wird Bezug genommen auf den Lageplan (Bl. 19 d. A.).

Die Antragstellerin beantragte am 7. November 2011 zu Protokoll des Rechtspflegers des Amtsgerichts Gelnhausen die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens zur Ausschließung der Eigentümer des eingangs bezeichneten Grundstückes. Zur Begründung gab sie an, das Grundstück sei eine Zufahrt vor ihrem Haus, in welchem sie seit 1979 lebe und die schon immer von ihr genutzt, gepflegt und erhalten worden sei. Auch die Vorbesitzerin, welche ca. 1935 in diesem Haus geboren worden sei, habe das Grundstück bereits genutzt und habe angegeben, es gebe niemanden, der sich seit dieser Zeit für diese Fläche interessiert habe. Die Eigentümer seien nicht bekannt und hätten auch bei der Gemeinde Stadt 1 – ebenso wie eventuelle Erben – nicht ermittelt werden können.

Nach Anhörung der Nachbarn meldete sich im Verfahren der weitere Beteiligte und machte geltend, das betroffene Grundstück werde von ihm im gleichen Umfang wie von der Antragstellerin als Verkehrsfläche genutzt, zumal man in seinen Hof und zu seinen Wirtschaftsgebäuden ausschließlich über diese Parzelle gelangen könne. Wegen der Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 17. Januar 2012 (Bl. 16 ff d. A.) Bezug genommen.

Die Rechtspflegerin des Amtsgerichts wies mit Verfügung vom 1. Oktober 2012 (Bl. 36 f d. A.) darauf hin, dass wohl davon auszugehen sei, dass mehrere Miteigenbesitzer den Antrag auf Durchführung des Aufgebotsverfahrens gemeinsam stellen müssten, so dass fraglich sei, ob der weitere Beteiligte oder die Antragstellerin allein antragsberechtigt seien.

In der Folgezeit wurde seitens der Antragstellerin versucht, die Erben der noch eingetragenen Eigentümer zu ermitteln, wobei das Amtsgericht die von ihr übermittelten Unterlagen jeweils nicht als ausreichend ansah.

Mit Beschluss vom 13. Januar 2016 wies die Rechtspflegerin des Amtsgerichts den Antrag auf Durchführung des Aufgebotsverfahrens sowie des Erlasses eines Ausschließungsbeschlusses zurück und führte zur Begründung aus, dass trotz mehrfacher Erinnerung die Beanstandungen aus ihren dort näher aufgeführten Zwischenverfügungen nicht behoben und die darin geforderten Belege nicht eingereicht worden seien. Es fehle deshalb an den Voraussetzungen für ein Aufgebotsverfahren.

Gegen den ihrem Verfahrensbevollmächtigten am 18. Januar 2016 zugestellten Beschluss legte die Antragstellerin mit am 11. Februar 2016 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten Beschwerde ein und verwies insbesondere auf die zwischenzeitlich von ihr vorgelegte Sterbeurkunde des B, verstorben am ... 1924, dessen Erben nicht ermittelbar seien.

Die Rechtspflegerin des Amtsgerichts hat der Beschwerde mit Beschluss vom 2. März 2016, auf dessen Inhalt wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, nicht abgeholfen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, im vorliegenden Fall sei durch die bisher eingereichten Unterlagen nicht nachgewiesen, dass intensive und zugleich erfolglos gebliebene Ermittlungen hinsichtlich der Rechtsnachfolger der eingetragenen Miteigentümer angestellt worden seien und somit nicht zu hundertprozentiger Si-

cherheit nachgewiesen werden konnte, dass Rechtsnachfolger tatsächlich nicht bekannt und nicht feststellbar seien.

Die Senatsvorsitzende hat mit Verfügung vom 28. September 2016, auf deren Inhalt Bezug genommen wird, die Beteiligten auf die Notwendigkeit eines gemeinsamen Antrages zur Durchführung des Aufgebotsverfahrens und einer gemeinsamen oder jedenfalls inhaltlich übereinstimmenden Glaubhaftmachung bezüglich des gemeinschaftlichen Eigenbesitzes hingewiesen.

Derartige Unterlagen sind trotz mehrfacher Fristverlängerung nicht eingereicht worden.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde hat keinen Erfolg

II. Die Beschwerde der Antragstellerin, über welche nach der hier erfolgten Nichtabhilfeentscheidung der Rechtspflegerin der Senat als Beschwerdegericht zu entscheiden hat, ist gemäß §§ 58, 59, 63 FamFG zulässig.

In der Sache führt die Beschwerde jedoch nicht zum Erfolg, da die Voraussetzungen zur Durchführung eines Aufgebotsverfahrens nach §§ 927 Abs. 1 BGB, 442 bis 444 FamFG durch die Antragstellerin allein nicht vorliegen.

Zum Aufgebotsverfahren nach § 927 Abs. 1 BGB

Nach § 927 Abs. 1 BGB kann der Eigentümer eines Grundstückes im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Recht ausgeschlossen werden, wenn das Grundstück seit 30 Jahren im Eigenbesitz eines anderen ist. Dabei wird die Besitzzeit in gleicher Weise berechnet wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache. Antragsberechtigt für das Verfahren zum Ausschluss des Eigentümers ist gemäß §§ 443, 444 FamFG, wer glaubhaft macht, dass er das betroffene Grundstück seit der in § 927 BGB bestimmten Zeit von 30 Jahren in Eigenbesitz hat.

Vorliegend bezieht sich der Antrag auf ein Aufgebotsverfahren gemäß § 927 Abs. 1 Satz 3 BGB, da 2 Personen als Eigentümer im Grundbuch eingetragen sind, wobei wohl von Miteigentum auszugehen ist. Antragsvoraussetzung ist hierbei, dass der oder die auszuschließenden Eigentümer gestorben oder verschollen sind und eine Eintragung in das Grundbuch, die der Zustimmung des oder der Eigentümer bedurfte, seit 30 Jahren nicht erfolgt ist.

Die 30jährige Frist ohne Grundbucheintragung ist gewahrt und es ist davon auszugehen, dass die eingetragenen Eigentümer verstorben sind

Die letztgenannte 30jährige Frist ohne entsprechende Grundbucheintragung ist im vorliegenden Falle ausweislich des vorgelegten Grundbuchauszuges betreffend Blatt 1701 und des vom Staatsarchiv beigezogenen Art. 511 jedenfalls gewahrt. Bezüglich des eingetragenen Eigentümers B dürfte durch die vorgelegte Sterbeurkunde nachgewiesen sein, dass dieser bereits am ... 1924 verstorben ist. Bezüglich des weiteren eingetragenen Eigentümers A spricht sehr viel dafür, dass es sich hierbei um den am ... 1960 in Stadt 2 verstorbenen Landwirt A handelt, welcher ausweislich der der Akte beigelegten Loseblattsammlung (Bl. 16) nach dem dort befindlichen Erbschein vom 30. November 1961 von seiner Ehefrau A1 geb. A aus Stadt 1, Straße 1, beerbt wurde. Diese A1 ist ausweislich des in die-

ser Loseblattsammlung ebenfalls in Abschrift vorhandener Erbscheins des Amtsgerichts Gelnhausen vom 19. August 2013 (Az. ...) zu je 1/2-Anteil beerbt worden von C, geb. A und D, geb. A. Bei der erstgenannten Erbin handelt es sich offensichtlich um die von der Antragstellerin mehrfach erwähnte Vorbesitzerin C geb. A, von welcher sie ihr eigenes Hausgrundstück erworben hat. Angesichts dieser Gesamtumstände spricht alles dafür, dass im vorliegenden Falle von dem Tod beider noch eingetragener Miteigentümer ausgegangen werden kann.

Eine Glaubhaftmachung, dass etwaige Erben des eingetragenen Eigentümers unbekannt oder nicht feststellbar sind, ist nicht erforderlich

Soweit die Rechtspflegerin in ihrem Nichtabhilfebeschluss wohl die Forderung aufstellen will, für die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens müsse nachgewiesen werden, dass so intensive und zugleich erfolglos gebliebene Ermittlungen hinsichtlich der Rechtsnachfolger der eingetragenen Eigentümer angestellt wurden, dass mit hundertprozentiger Sicherheit nachgewiesen werden kann, dass Rechtsnachfolger tatsächlich nicht bekannt und nicht feststellbar sind, werden hiermit zu hohe Anforderungen gestellt, die mit § 927 Abs. 1 BGB nicht vereinbar sind. Abgesehen davon, dass es bezüglich der Antragsvoraussetzungen nach § 444 FamFG nur einer Glaubhaftmachung und nicht eines vollständigen Nachweises bedarf, wird nach § 927 Abs. 1 Satz 3 BGB gerade nicht die Glaubhaftmachung gefordert, dass etwaige Erben des eingetragenen Eigentümers unbekannt oder nicht feststellbar sind (vgl. Heinemann, Das neue Aufgebotsverfahren nach dem FamFG, NotBZ 2009, 300/304; OLG Thüringen, Beschluss vom 27. Mai 2013 – 9 W 197/13 – dok. bei juris; Staudinger/Pfeiffer/Diehn, a.a.O., § 927 Rn. 11; Kanzleiter, MüKo BGB, 6. Aufl., § 927, Rn. 4 jeweils m.w.N.). Zu berücksichtigen wird in diesem Zusammenhang insbesondere das Schreiben der Frau C geb. A vom 8. November 2015 (Bl. 70 d. A.) sein, aus welchem sich ergibt, dass auch diese von ungeklärten Erbverhältnissen ausgeht und trotz Kenntnis von der Beantragung des Aufgebotsverfahrens keine Ansprüche an dem Grundstück erhebt. Im Übrigen wäre es dem Amtsgericht unbenommen, Personen, die aus seiner Sicht als Rechtsnachfolger des oder der noch eingetragenen Eigentümer in Betracht kommen können, durch Übersendung des Antrages auf das Verfahren hinzuweisen. Dies bedarf im vorliegenden Falle jedoch keiner abschließenden Vertiefung, da es jedenfalls an einer anderen Voraussetzung für die Durchführung des Aufgebotsverfahrens fehlt.

Bei gemeinschaftlichem Eigenbesitz kann das Aufgebotsverfahren grundsätzlich nur gemeinschaftlich beantragt werden

Die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens nach § 927 Abs. 1 Satz 3 BGB setzt voraus, dass der Antragsteller glaubhaft macht, das Grundstück seit 30 Jahren im Eigenbesitz zu haben, §§ 927 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 444 FamFG. Eigenbesitzer ist nach der gesetzlichen Definition des § 872 BGB derjenige, der eine Sache als ihm gehörend besitzt. Zwar ist in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt, dass das Aufgebotsverfahren gemäß § 927 BGB nicht nur bezüglich des Alleineigentums, sondern auch in Bezug auf Miteigentum nach Bruchteilen anwendbar ist (vgl. Erman/Lorenz, BGB, 13. Aufl., § 927 Rn. 2; Palandt/Bassenge, BGB, 75. Aufl., § 927 Nr. 1; Staudinger/Pfeiffer/Diehn, a.a.O., § 927 Rn. 4 jeweils

m.w.N.). Dies bezieht sich jedoch zunächst auf die Fallgestaltung, dass nur einer von mehreren Miteigentümern entweder durch einen anderen Miteigentümer oder durch einen Dritten ausgeschlossen werden soll. Besteht gemeinschaftlicher Eigenbesitz und sollen sämtliche eingetragenen Eigentümer bzw. ihre Rechtsnachfolger ausgeschlossen werden, so kann auch das Aufgebotsverfahren nur gemeinschaftlich beantragt werden.

Hier ist von einem gemeinsamen Eigenbesitz der Antragstellerin und des weiteren Beteiligten auszugehen

Vorliegend hat die Antragstellerin in ihrem zu Protokoll des Rechtspflegers des Amtsgerichts gestellten Antrag die Sachlage zunächst so geschildert und glaubhaft gemacht, als sei das betroffene Grundstück über die erforderliche 30-Jahres-Frist hinaus nur von ihr selbst genutzt, gepflegt und erhalten worden. Nachdem der weitere Beteiligte im Verfahren jedoch geltend gemacht hat, die streitbefangene Parzelle in gleichem Umfang wie die Antragstellerin auch als Verkehrsfläche zu seinem eigenen Hausgrundstück Straße [2] zu benutzen und diese auch zur Erhaltung der Durchfahrtsmöglichkeit zu pflegen, wurde dies durch die Antragstellerin letztlich mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 9. November 2012 (Bl. 40/41 d. A.) auch eingeräumt. Nur eine derartige gemeinschaftliche Nutzung dürfte auch den Tatsachen entsprechen, wie sowohl der in der Akte befindliche Lageplan (Bl. 19 d. A.) als auch der Umstand belegen, dass gerade auch das in Abt. II Nr. 1 bereits im Jahre 1888 eingetragene Recht nur von einer gemeinschaftlichen Benutzung ausgeht, wobei das ausdrücklich aufgenommene Verbot der Lagerung von Gegenständen und der auch nur teilweisen Bebauung einen deutlichen Hinweis darauf liefert, dass schon damals mit der Eintragung dieses Rechtes die gemeinsame Benutzung des Grundstückes als Zufahrt für die beiden jetzt im Eigentum der Antragstellerin und des weiteren Beteiligten stehenden angrenzenden Nachbargrundstücke bewilligt und eingetragen wurde. Ein alleiniger Eigenbesitz der Antragstellerin für die zurückliegenden 30 Jahre ist somit nicht glaubhaft gemacht, vielmehr ist nach der bisherigen Aktenlage aufgrund der geschilderten Umstände von einem gemeinsamen Eigenbesitz der Antragstellerin und des weiteren Beteiligten auszugehen.

In diesem Fall kommt die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens allein durch die Antragstellerin nicht in Betracht

Bei dieser Sachlage kommt – wie bereits in der Hinweisverfügung vom 28. September 2016 ausgeführt wurde – die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens allein durch die Antragstellerin nicht in Betracht. Dies ergibt sich aus der systematischen Ausgestaltung der Regelung des § 927 BGB. § 927 BGB sieht zur Aneignung eines im langjährigen Eigenbesitz stehenden Grundstückes ein zweistufiges Verfahren vor. Zunächst muss gemäß § 927 Abs. 1 BGB durch ein gerichtliches Aufgebotsverfahren, welches mit einem Ausschließungsbeschluss endet, der bisherige Eigentümer von seinem Recht ausgeschlossen werden, wodurch das Grundstück herrenlos wird. Durch den Ausschließungsbeschluss erlangt der Antragsteller gemäß § 927 Abs. 2 BGB nicht sogleich selbst das Eigentum an dem Grundstück, sondern vielmehr nur gemäß § 927 Abs. 2 BGB ein Aneignungsrecht. Das Eigentum erlangt der Antragsteller erst dadurch, dass er bei dem Grundbuchamt einen Eintragungsantrag stellt, mit welchem er seinen Aneignungswillen dokumentiert und sodann als Eigentümer in

das Grundbuch eingetragen wird (vgl. hierzu Heinemann, a.a.O., NotBZ 2009 S. 304; Staudinger/Pfeiffer/Diehn, a.a.O., § 927 Rn. 2, 15 ff und 22 ff, Grziwotz, Nomos-Kommentar BGB – Sachenrecht, 3. Aufl., § 927 Rn. 1, 7, 10, 11). Nach § 927 Abs. 2 BGB kann das Aneignungsrecht nur durch denjenigen ausgeübt werden, der den Ausschließungsbeschluss erwirkt hat, also nur durch den Antragsteller des Aufgebotsverfahrens. Besteht somit ein gemeinschaftlicher Eigenbesitz im Sinne des § 872 BGB und soll durch Ausschluss sämtlicher Miteigentümer letztlich das vollständige Eigentum an dem betroffenen Grundstück erlangt werden, so setzt dies eine gemeinschaftliche Antragstellung derjenigen Personen, die sich auf einen gemeinschaftlichen Eigenbesitz im Sinne des § 927 Abs. 1 BGB berufen, voraus (so wohl auch LG Köln MittRhNotK 1985, 215).

Die bloße Duldung oder Zustimmung durch einen Eigenbesitzer reicht für einen gemeinschaftlichen Antrag nicht aus

Im vorliegenden Fall fehlt es an einem derartigen gemeinsamen Antrag und einer entsprechenden Glaubhaftmachung der Antragstellerin und des weiteren Beteiligten. Der Antrag auf Durchführung des Aufgebotsverfahrens wurde durch die Antragstellerin alleine gestellt. Der weitere Beteiligte hat diesem Aufgebotsantrag der Antragstellerin lediglich mit Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 11. Februar 2013 (Bl. 45 d. A.) zugestimmt und später mit weiterem Schriftsatz vom 23. Oktober 2014 (Bl. 55 d. A.) ausdrücklich klargestellt, dass er selbst nicht Antragsteller des vorliegenden Verfahrens sei. Eine derartige Duldung oder Zustimmung ist jedoch im Hinblick auf die eindeutige gesetzliche Regelung des § 927 Abs. 2 BGB nicht ausreichend. Da auch nach entsprechendem gerichtlichem Hinweis eine gemeinschaftliche Antragstellung und Glaubhaftmachung nicht erfolgt ist, war die Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen.

Bedenken gegen die Zulässigkeit des Antrags bestehen auch deshalb, weil sich dieser nicht auf ein Grundstück im Rechtssinn bezieht

Abschließend weist der Senat noch darauf hin, dass sich das Aufgebotsverfahren nach §§ 927 BGB, 442 ff. FamFG auf die Ausschließung des Eigentümers eines Grundstückes bezieht. Nach der Rechtsprechung ist unter einem Grundstück im Rechtssinn ein räumlich abgegrenzter Teil der Erdoberfläche zu verstehen, der auf einem besonderen Grundbuchblatt allein oder auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt unter einer besonderen Nummer im Verzeichnis der Grundstücke gebucht ist (vgl. OLG München Rpfleger 2009, 673 [OLG München 24.7.2009 – 34 Wx 27/09]; OLG Celle FGPrax 2010, 224 [OLG Celle 14.4.2010 – 4 W 43/10]; Demharter, GBO, 30. Aufl., § 2 Rn. 15 m.w.N.). Insoweit bestehen im vorliegenden Fall zusätzlich Bedenken gegen die Zulässigkeit des Antrages auch unter dem Gesichtspunkt, dass der Antrag beschränkt war auf das Flurstück .../1 so dass das ebenfalls unter der Grundstücksnummer 2 gebuchte Flurstück .../22 mit einer Größe von nur 4 qm von dem Antrag nicht umfasst war. Dies bedarf im vorliegenden Beschwerdeverfahren wegen der bereits aus der fehlenden gemeinsamen Antragstellung folgenden Zurückweisung der Beschwerde keiner Vertiefung, sollte jedoch im Falle einer späteren gemeinsamen Antragstellung beachtet werden. ■

4. Erbrecht – Zur Sittenwidrigkeit eines Erb- und Pflichtteilsverzichtes

(OLG Hamm, Urteil vom 8.11.2016 – 10 U 36/15)

BGB §§ 138 Abs. 1, 139, 2346, 2347

Die Sittenwidrigkeit eines Erbverzichts und damit dessen Unwirksamkeit kann sich aus der gebotenen Gesamtwürdigung mit der dem Verzicht zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vereinbarung ergeben. Das ist insbesondere der Fall, wenn die getroffenen Vereinbarungen ein erhebliches Ungleichgewicht zulasten des Verzichtenden ausweisen.

Zur Einordnung:

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des OLG Hamm hat die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrages zum Gegenstand.

Die Sittenwidrigkeit eines Erb- oder Pflichtteilsverzichts (§ 2346 BGB) kann sich aus der allgemeinen Vorschrift des § 138 Abs. 1 BGB ergeben. Dies setzt nach hM in objektiver Hinsicht einen Sittenverstoß und in subjektiver Hinsicht die Kenntnis der Beteiligten von den diesen Verstoß begründenden Umständen voraus (vgl. etwa Staudinger/Sack/Fischinger, BGB, 2011, § 138 Rn. 74 mwN). Von einem Sittenverstoß ist allgemein dann auszugehen, wenn dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widersprochen wird (vgl. nur BGH DNotZ 2009, 441 [442]). Insoweit ist ein Werturteil über das in Rede stehende Rechtsgeschäft zu fällen (vgl. MüKoBGB/Armbrüster, 7. Aufl. 2015, § 138 Rn. 11 ff.; Staudinger/Sack/Fischinger, BGB, 2011, § 138 Rn. 50 ff.). Was den Erb- und Pflichtteilsverzicht anbelangt, ist freilich zu beachten, dass dieser als abstraktes Verfügungsgeschäft (-Staudinger/Schotten, BGB, 2016, § 2346 Rn. 115) an sich wertneutral ist (MüKoBGB/Wegerhoff, 7. Aufl. 2017, § 2346 Rn. 35 b).

Dennoch kann sich prinzipiell aus zwei Gesichtspunkten ein Verzicht als unwirksam erweisen. Einerseits wird auch dem abstrakten Verzicht regelmäßig ein schuldrechtliches Kausalgeschäft zu Grunde liegen (BGH DNotZ 1997, 806 [808]; für zwingendes Erfordernis eines Kausalgeschäfts: Staudinger/Schotten, BGB, 2016, § 2346 Rn. 115), etwa eine Abfindungsvereinbarung zu Gunsten des Verzichtenden (Staudinger/Schotten, BGB, 2016, § 2346 Rn. 122 ff.). Das Kausalgeschäft kann durch den auf ein einheitliches Rechtsgeschäft iSd § 139 BGB gerichteten Willen der Beteiligten mit dem Verzicht verknüpft sein, so dass die Unwirksamkeit des Grundgeschäftes auch auf den Verzicht durchschlägt (OLG Bamberg, BeckRS 1998, 30832513; MüKoBGB/Wegerhoff, 7. Aufl. 2017, § 2346 Rn. 27; aA Staudinger/Schotten, BGB, 2016, § 2346 Rn. 151 f.: nur Bedingung zulässig). Eine solche Verknüpfung ist nach wohl überwiegender, wenngleich umstrittener Auffassung zu vermuten, wenn beide Rechtsgeschäfte in einer Urkunde enthalten sind (OLG Bamberg, BeckRS 1998, 30832513; MüKoBGB/Wegerhoff, 7. Aufl. 2017, § 2346 Rn. 27; BeckOGK BGB/Everts, Stand 1.2.2017, § 2346 Rn. 93; aA etwa OLG Düsseldorf, DNotl-Report 2014, 93; Keller ZEV 2005, 229 [230] jeweils mwN). Außerdem ist für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eine umfassende Gesamtwürdigung anzustellen, die sich auf Inhalt, Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts ebenso wie auf die äußeren Umstände der Vornahme des

Rechtsgeschäfts bezieht (vgl. nur Palandt/*Ellenberger*, BGB, 74. Aufl. 2015, § 138 Rn. 8 mwN).

Das OLG Hamm hatte einen Fall zu beurteilen, in dem ein Vater mit seinem Sohn zwei Tage nach dessen 18. Geburtstag einen Erb- und Pflichtteilsverzicht vereinbart und als Gegenleistung ein Sportcoupé versprochen hatte; die Gegenleistung stand dabei unter mehreren aufschiebenden Bedingungen. Ein Entwurf der Vereinbarung wurde dem Sohn vor Beurkundung nicht zur Verfügung gestellt. Das Gericht entschied in Anbetracht aller Umstände des Falles, dass der gesamte Vertrag wegen Sittenwidrigkeit nichtig sei.

Abseits der Frage nach der Sittenwidrigkeit solcher Vereinbarungen ist auch denkbar, dass Erbverzichtsverträge mit Abfindungsvereinbarungen auf Grundlage des § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) nachträglich angepasst werden (vgl. etwa *Röthel* NJW 2012, 337 [337 f.]). Allerdings liegen insoweit Veränderungen der Vermögensverhältnisse des Erblassers grundsätzlich im Risikobereich des Verzichtenden (BGH NJW 1997, 653 [654]; BayObLG DNotZ 1996, 796 [799]; Staudinger/*Schotten*, BGB, 2016, § 2346 Rn. 190 f., dort auch zu Ausnahmen). In der Literatur wird ferner diskutiert, ob im Rahmen von Erb- und Pflichtteilsverzicht in Anlehnung an die Behandlung von Eheverträgen ebenfalls eine umfassende gerichtliche Inhalts- und Ausübungskontrolle stattzufinden hat (vgl. zB *Wachter* ZErB 2004, 238), was jedoch größtenteils unter Verweis auf die nicht vergleichbaren Interessenlagen abgelehnt wird (etwa Staudinger/*Schotten*, BGB, 2016, § 2346 Rn. 197; *MüKoBGB/Wegerhoff*, 7. Aufl. 2017, § 2346 Rn. 35 ff. jeweils mwN). Im Hinblick auf Formerfordernisse ist schließlich zu beachten, dass auch eine Verpflichtung zum Abschluss eines Erb- oder Pflichtteilsverzichts nach hM analog § 2348 BGB notarieller Beurkundung bedarf (vgl. etwa *Keller* ZEV 2005, 229 [230 f.] mwN; offen gelassen von BGH DNotZ 1997, 44 [50]).

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

A. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines Erb- und Pflichtteilsverzichts, den der Kläger mit notarieller Urkunde vom 29.10.2013 gegenüber dem Beklagten erklärt hat.

Der am ...1995 geborene Kläger ist ein Sohn des Beklagten aus dessen Ehe mit der Mutter des Klägers, die nur von kurzer Dauer war und bereits 1997 geschieden wurde. Der Kläger ist bei seiner Mutter im ... aufgewachsen. Der Beklagte lebt mit seiner langjährigen Lebensgefährtin und einer aus dieser Beziehung stammenden Tochter in E. Er ist selbstständig praktizierender Zahnarzt und Gesellschafter der Q-E-GmbH, die in E ein Dentallabor betreibt. Anfang 2013 bot er dem Kläger, der zu diesem Zeitpunkt die 11. Klasse eines Gymnasiums besuchte und mit erheblichen Schulschwierigkeiten zu kämpfen hatte, an, bei der Q-E-GmbH eine Ausbildung zum Zahntechniker zu machen. Im Januar 2013 absolvierte der Kläger ein Praktikum bei der Q-E-GmbH. Während dieser Zeit lebte er im Haushalt des Beklagten. Im Sommer 2013 verließ er die Schule, ohne das angestrebte Fachabitur erreicht zu haben. Er zog zu dem Beklagten nach E und begann bei der Q-E-GmbH eine Ausbildung zum Zahntechniker. Etwa zur

gleichen Zeit erwarb der Beklagte von einem Bekannten – zunächst leihweise – einen Sportwagen, für den sich der Kläger besonders begeistert hatte. Hierbei handelte es sich um einen O GTR X mit einem Anschaffungspreis von ca. 100.000,- €, der eine Höchstgeschwindigkeit von ca. 320 km/h erreichen und in 2,8 Sek. von 0 auf 100 km/h beschleunigen kann. Der Beklagte ließ den Kläger mehrfach in diesem Fahrzeug mitfahren und dieses auch einige Male selbst lenken, was den Kläger außerordentlich faszinierte.

Am 29. Oktober 2013, zwei Tage nach dem 18. Geburtstag des Klägers, fuhr der Beklagte mit dem Kläger zum Amtssitz des Notars E2 in Q. Dort ließen die Parteien einen im Auftrag des Beklagten vorbereiteten „Erb-, Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsanspruchsverzicht“ (UR Nr. 161/2013) beurkunden, in dem es auszugswise heißt:

Der Erschienene zu 2. (= Kläger) verzichtet hiermit für sich auf das ihm beim Tode des Erschienenen zu 1. (= Beklagter) zustehende gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht. Dieser Verzicht betrifft insbesondere Erb-, Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüche.

Der Erschienene zu 1. nimmt diese Verzichte jeweils an.

Als Gegenleistung für die Verzichte erhält der Erschienene zu 2. den Pkw O GT-R 35 Coupé ..., jedoch unter der aufschiebenden Bedingung, dass

- a) der Erschienene zu 2. sein 25. Lebensjahr vollendet hat und
- b) der Erschienene zu 2. seine Gesellenprüfung zum Zahntechniker bis zum 31.12.2017 mit der Note 1 bestanden hat und
- c) der Erschienene zu 2. seine Meisterprüfung zum Zahntechniker bis zum 31.12.2021 mit der Note 1 bestanden hat.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Kopie der Urkunde, Bl. 8 f. der Gerichtsakte, Bezug genommen.

Schon am Nachmittag nach der Beurkundung, nachdem er mit seiner Mutter telefoniert und mit ihr über den Vorgang gesprochen hatte, reute den Kläger der Vertragsschluss. Er teilte dem Notar telefonisch mit, dass er die Vereinbarung rückgängig machen wolle. Mit Anwaltsschriftsatz vom 28.7.2014 teilte der Kläger dem Beklagten mit, dass er die Vereinbarung für sittenwidrig und damit nichtig halte. Vorsorglich erklärte er zudem die Anfechtung des Vertrages und forderte den Beklagten vergeblich auf, die Nichtigkeit des Vertrages anzuerkennen. Inzwischen hat der Kläger die Ausbildung in dem Unternehmen des Beklagten abgebrochen und ist zu seiner Mutter zurückgezogen, um dort seine Schulausbildung fortzusetzen.

Mit der Klage hat der Kläger die Feststellung der Nichtigkeit des notariellen Vertrages vom 29.10.2013 begehrt. Er hat behauptet, der Beklagte habe ihn mit dem Vertrag überrumpelt. Er habe ihm am Tag der Beurkundung lediglich erklärt, es gebe eine Überraschung und er müsse mit ihm nach Q fahren. Bei dem Notar habe er dann den Vertrag unterschreiben sollen, von dem er – was insoweit unstreitig ist – zuvor keinen Entwurf erhalten habe. Den Inhalt und die Bedeutung des Vertrages habe er nicht vollständig verstanden, der Notar habe die Bedeutung auch nicht hinreichend erklärt. Seinen Wunsch, vor der Unterzeichnung mit seiner Mutter telefonieren zu dürfen, habe der Beklagte ihm unter Hinweis auf angeblichen Zeitdruck abgeschlagen. Der Beklagte habe ihm zudem er-

klärt, dass dies seine einzige Möglichkeit sei, überhaupt etwas von ihm zu erhalten, da er praktisch zahlungsunfähig sei. Tatsächlich verfüge der Beklagte hingegen über ein erhebliches Vermögen, bestehend aus mehreren Immobilien und weiteren Sachwerten im Gesamtwert von mindestens 2 Mio. Euro. Ziel des Beklagten sei von Anfang an gewesen, seine jugendliche Unerfahrenheit auszunutzen und ihn mit der Aussicht auf sein Traumauto zu blenden, um von ihm eine Erklärung zu erschleichen, die er bei verständiger Würdigung der Situation nicht abgeben hätte.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat bestritten, den Kläger mit dem Vertrag überrumpelt zu haben. Er habe ihm vielmehr bereits im August 2013 in Aussicht gestellt, ihm das Fahrzeug zu schenken, vorausgesetzt er bringe seine Ausbildung mit gutem Ergebnis zu Ende. Auch habe er dem Kläger bereits zu diesem Zeitpunkt und auch noch mehrfach vor der Beurkundung erklärt, wenn er ihm das Fahrzeug schenke, sei das ein vorweggenommenes Erbe. Mit einer solchen Schenkung müssten dann auch alle Erb- und Pflichtteilsansprüche des Klägers erledigt sein. Damit habe sich der Kläger einverstanden erklärt. Er habe dies auch richtig verstanden und gegenüber dem Zeugen L und der Zeugin M2 genau so erläutert. Der Kläger habe auch den Zweck der Fahrt nach Q gekannt. Er habe gewusst, dass dort nun der bereits besprochene Vertrag geschlossen werden sollte. Der Notar habe ihn ausführlich über die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des Vertrages belehrt und ihm erläutert, dass er außer dem Wagen nichts mehr aus dem Erbe des Beklagten erhalten werde. Der Notar habe den Kläger auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er nicht wisse, welches Vermögen der Beklagte einmal hinterlassen werde, es könne ein Millionenvermögen sein oder aber auch gar nichts. Ziel des Vertrages sei es nicht gewesen, den Kläger zu übervorteilen, sondern ihn zu motivieren, seine Ausbildung und sein Leben zielstrebig und eigenverantwortlich in die Hand zu nehmen und fleißig und erfolgreich zu sein.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachvortrags der Parteien und der in erster Instanz gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat nach Anhörung der Parteien und Beweiserhebung durch Vernehmung der Zeugen L und M2 sowie des Notars E2 antragsgemäß die Nichtigkeit des Notarvertrages vom 29.10.2013 festgestellt. Nach einer Gesamtwürdigung des Inhalts, Beweggrundes und Zwecks des Vertrages sei dieser sittenwidrig. Der Beklagte habe den Kläger unter Ausnutzung dessen Unerfahrenheit zum Abschluss des Vertrages gedrängt, obwohl diesem die Auswirkungen des Vertragsschlusses nicht bewusst gewesen seien. Der Vertrag übervorteile den Kläger. Zwar habe der erbrechtliche Verzicht vordergründig nicht unentgeltlich erfolgen sollen, da das Fahrzeug als Gegenleistung versprochen worden sei. Die Gegenleistung sei jedoch unter drei kumulativ zu erfüllende aufschiebende Bedingungen gestellt worden, die den noch jugendlichen Kläger in sittenwidriger Weise in seiner Entscheidungsfreiheit bezüglich seines beruflichen Werdeganges eingeschränkt und damit eine geradezu knebelnde Wirkung entfaltet hätten. Zudem habe sich der Kläger ersichtlich in einer extremen Überforderungssituation befunden, die der Beklagte ausgenutzt habe. Die Aussicht, den begehrten Sportwagen zu erhalten, habe erkennbar zu einem Rationalitätsdefizit bei

dem gerade erst volljährig gewordenen Kläger geführt, welches der Beklagte ausgenutzt habe und welches auch nicht durch die Belehrung des Notars habe ausgeglichen werden können. Die Behauptung des Beklagten, er habe bereits im Vorfeld der notariellen Vereinbarung eingehend mit dem Kläger über die rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen der Vereinbarung gesprochen, sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht bewiesen.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, der geltend macht, das Landgericht habe die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit verkannt und nicht beachtet, dass ein Erbverzicht auch ohne jede Abfindung wirksam vereinbart werden könne, weshalb eine Sittenwidrigkeit des Verzichts nur in seltenen Ausnahmefällen angenommen werden könne. Ein solcher Ausnahmefall sei hier nicht gegeben. Der Kläger habe die in den Vertrag aufgenommenen Bedingungen für den Erhalt der Gegenleistung ohne weiteres erfüllen können. Auch habe der Beklagte kein Rationalitätsdefizit des Klägers ausgenutzt. Diese Annahme sei spekulativ und nicht durch hinreichende Tatsachenfeststellung gestützt. Ziel der Vertragsgestaltung sei es gewesen, den Kläger dazu zu bringen, seine berufliche Ausbildung zielstrebig voranzutreiben. Der Erbverzicht habe unterstreichen sollen, dass man im Leben nichts geschenkt bekomme, sondern bereit sein müsse, für seine Ziele auch zu investieren. Zu keinem Zeitpunkt sei es dem Beklagten darum gegangen, seinen gerade volljährigen Sohn zu hintergehen und einen Pflichtteilsverzicht zu erschleichen. Das Landgericht habe zudem die Beweislast für das Vorliegen sittenwidriger Umstände verkannt und die Aussagen der in erster Instanz vernommenen Zeugen unzutreffend gewürdigt.

Der Beklagte beantragt,

die Klage unter Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil mit weiteren Ausführungen, insbesondere zu der von ihm behaupteten Täuschung des Beklagten über seine Vermögensverhältnisse.

Aus den Gründen:

B. Die Berufung des Beklagten ist zulässig, aber nicht begründet.

Gemäß § 513 Abs.1 ZPO kann die Berufung nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 546 ZPO) oder nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen.

Solches zeigt die Berufung nicht auf. Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der notarielle Erb-, Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsverzicht vom 29.10.2013 gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nichtig ist. Das Vorbringen der Berufung rechtfertigt keine andere Beurteilung.

Erb- und Pflichtteilsverzichte können nach allgemeinen Grundsätzen wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam sein

I. Auf den Erbverzicht als Rechtsgeschäft unter Lebenden finden die allgemeinen Vorschriften über Verträge Anwen-

dung, also auch die Vorschrift des § 138 Abs. 1 BGB (vgl. Palandt/Weidlich, 75. Aufl., § 2346 Rn. 5).

Sittenwidrig und damit nichtig gemäß § 138 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, wenn es nach seinem Gesamtcharakter gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Folgt die Sittenwidrigkeit nicht schon allein aus dem Inhalt des Geschäfts, kann sie sich aus einer zusammenfassenden Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts, sowie der äußeren Umstände, die zu seiner Vornahme geführt haben ergeben (stdg. Rspr., vgl. etwa die Nachweise bei Palandt/Ellenberger, 75. Aufl., § 138 BGB Rn. 8.; speziell zum Erbverzicht: OLG München, ZEV 2006, 313 – juris Rn. 26 = MittBayNot 2006, 428; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2013, 966 Rn. 27 = MittBayNot 2014, 172). Subjektiv ist weder das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit, noch eine Schädigungsabsicht erforderlich, es genügt vielmehr, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen die Sittenwidrigkeit folgt. Dem steht es gleich, wenn er sich der Erkenntnis einer erheblichen Tatsache bewusst oder grob fahrlässig verschließt (stdg. Rspr., vgl. die Nachweise bei Palandt/Ellenberger a.a.O.).

Nach dieser Maßgabe hat das Landgericht rechtsfehlerfrei und unter zutreffender Würdigung des Sach- und Streitstandes die Sittenwidrigkeit des Vertrages festgestellt.

Der Verzicht selbst ist als abstraktes Verfügungsgeschäft wertneutral

1. Zu beachten ist allerdings, dass es sich bei dem Erbverzicht um ein abstraktes erbrechtliches Verfügungsgeschäft handelt, das unmittelbar den Verlust des gesetzlichen Erbrechts und des Pflichtteilsrechts bewirkt (vgl. Palandt/Weidlich, 75. Aufl., § 2346 BGB Rn. 4). Als Verfügungsgeschäft ist der Erbverzicht grundsätzlich wertneutral (vgl. MünchKomm/Wegerhoff, 6. Aufl., § 2346 Rn. 35 b). Hiervon zu unterscheiden ist das dem Erbverzicht zugrundeliegende Kausalgeschäft. Wird der Erbverzicht gegen eine Abfindung erklärt, liegt ihm ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft zugrunde, das einerseits den Rechtsgrund für den Erbverzicht und andererseits den Rechtsgrund für die Abfindung bildet (vgl. Palandt/Weidlich, a.a.O., Rn. 8).

Dies gilt nicht für das zu Grunde liegende Kausalgeschäft, das mit dem Verzicht nach § 139 BGB verknüpft sein kann

Erbverzicht und Abfindungsvereinbarung sind im Grundsatz selbstständige Rechtsgeschäfte. Sie können nach dem Parteiwillen aber als ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB verknüpft sein, mit der Folge, dass eine etwaige Unwirksamkeit der Abfindungsvereinbarung auch den Erbverzicht erfasst. Voraussetzung ist, dass nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Geschäftswillen der Parteien beide Geschäfte miteinander „stehen und fallen sollen“ (vgl. MünchKomm/Wegerhoff, 6. Aufl., § 2346 BGB Rn. 21 und 27, m.w.N.).

Eine Verknüpfung wird vermutet, wenn Verzicht und Kausalgeschäft in einer Urkunde aufgenommen sind

Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Werden nämlich der Erbverzicht und die Abfindungsvereinbarung – wie hier – in einer Urkunde aufgenommen, spricht nach herrschender Meinung eine tatsächliche Vermutung für einen solchen Verknüpfungswillen (vgl. BeckOK/Litzenburger,

40. Ed., § 2346 BGB Rn. 36; MünchKomm/Wegerhoff, 6. Aufl., § 2346 BGB Rn. 27; jurisPK/Hau, 7. Aufl., § 2346 BGB Rn. 28; OLG Bamberg, OLGR 1998, 169). In diesem Fall kann sich eine Unwirksamkeit des Verzichts nach § 138 Abs. 1 BGB aus dem Gesamtcharakter der dem Verzicht zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vereinbarung ergeben (vgl. MünchKomm/Wegerhoff, 6. Aufl., § 2346 BGB Rn. 35 b).

Die zu beurteilenden Vereinbarungen sind sittenwidrig

2. Die demnach gebotene Gesamtwürdigung der dem Erbverzicht zugrundeliegenden Vereinbarungen führt hier zu dem Verdikt der Sittenwidrigkeit.

Aus dem Inhalt des Vertrages ergibt sich ein erhebliches Ungleichgewicht zulasten des Verzichtenden

a) Nach ihrem Inhalt weisen die in dem Vertrag getroffenen Vereinbarungen ein erhebliches Ungleichgewicht zulasten des Verzichtenden aus. Dieses Ungleichgewicht resultiert in erster Linie daraus, dass der Erbverzicht mit sofortiger Wirkung und unbedingt – insbesondere unabhängig vom Eintritt der Bedingungen für die Gegenleistung – vereinbart ist, während die Gegenleistung unter drei kumulativ zu erfüllende Bedingungen gestellt ist, mit der Folge, dass der Erbverzicht bei Nichteintritt auch nur einer der Bedingungen unentgeltlich erlangt ist.

Die Bedingungen für die Gegenleistung stoßen zudem auch für sich betrachtet inhaltlich auf die vom Landgericht aufgezeigten Bedenken:

So hat das Landgericht bei seiner Gesamtwürdigung zu Recht berücksichtigt, dass sich der Wert des als Gegenleistung für den Erbverzicht versprochenen Fahrzeuges durch die mit der ersten Bedingung gesetzte zeitliche Komponente aufgrund des in der Zwischenzeit unweigerlich eintretenden Wertverlustes erheblich reduziert. Soweit der Beklagte demgegenüber einwendet, tatsächlich habe der Kläger das Fahrzeug auch schon vor der Vollendung des 25. Lebensjahres zur Verfügung gestellt bekommen sollen, ergibt sich das nicht aus dem Vertrag. Ein entsprechender Rechtsanspruch auf Nutzung des Fahrzeugs vor Vollendung des 25. Lebensjahrs ist durch den Vertrag gerade nicht begründet. Eine eventuelle Gestattung der vorzeitigen Nutzung hing damit allein vom Gutdünken des Beklagten ab.

Richtig ist auch, dass die beiden weiteren Bedingungen für den Erhalt des Fahrzeuges geeignet waren, den Kläger in zu missbilliger Weise in der Wahl seines beruflichen Weges einzuschränken. Zu Recht betont das Landgericht, dass die starre Vorgabe der zu absolvierenden Ausbildung in einem bestimmten Zeitrahmen von der Gesellenprüfung bis hin zum Erwerb des Meisterbriefs dem Kläger keinerlei Spielraum zu einer beruflichen Umorientierung lässt. Die Bedingungen entfalten so eine knebelnde Wirkung, die einen unzulässigen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des noch jugendlichen Klägers darstellt, der seine Ausbildung gerade erst begonnen hatte. Verschärft wird die hierdurch erzeugte Druckwirkung noch dadurch, dass die Bedingung nur bei Erreichen der Bestnote bei den Abschlussprüfungen erfüllt sein sollte. Insofern ist es unerheblich, wenn der Kläger nunmehr erklärt, er hätte im Ernstfall nicht wirklich auf dem Erreichen der Bestnote bestanden. Denn auch dies wäre mangels entsprechender vertraglicher Regelung allein in sein Gutdünken gestellt gewesen. Ob die Bestnote auch nach damaliger eigener

Einschätzung des Klägers leicht zu erreichen war, ist ebenfalls unerheblich. Denn zum einen ist zu bedenken, dass der Kläger seinerzeit gerade erst am Beginn seiner Ausbildung stand und daher mögliche Schwierigkeiten noch gar nicht zuverlässig einschätzen konnte. Zum anderen hängen in einer Abschlussprüfung erzielte Ergebnisse erfahrungsgemäß jedenfalls nicht ausschließlich von Umständen ab, die der Absolvent beeinflussen kann.

Der Erblasser verfolgte mit dem Vertrag entgegen seinem Vorbringen in erster Linie eigene Ziele

b) Im Vordergrund stehender Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts war für den Beklagten die Erlangung des Erbverzichts zur Erweiterung seiner Testierfreiheit gegen eine verhältnismäßig geringe Abfindung und gegebenenfalls sogar ohne jegliche Gegenleistung. Dies folgt erkennbar aus der dargestellten Vertragsgestaltung, die unstreitig auf einseitigen Vorgaben des Beklagten beruht. Soweit der Beklagte nunmehr behauptet, es sei ihm bei dem Rechtsgeschäft in erster Linie aus Gründen der Fürsorge für seinen Sohn darauf angekommen, diesen zu einer zügigen und erfolgsorientierten Ausbildung zu motivieren, ist dieses Motiv ersichtlich vorgeschoben. Denn zur Erreichung dieses Ziels hätte es nicht der Vertragsgestaltung bedurft, wie sie nach den Vorgaben des Beklagten umgesetzt worden ist. Vielmehr hätte es genügt, dem Kläger das Fahrzeug als Belohnung zu versprechen, wenn er die vorgegebenen Ausbildungsziele erreicht, und gleichzeitig den Erbverzicht ebenfalls an den Eintritt dieser Bedingung zu knüpfen. Den Erbverzicht hingegen mit sofortiger Wirkung und ohne jede Bedingung zu vereinbaren und allein die Abfindung von der Erfüllung strikter Vorgaben abhängig zu machen, zeigt nach der Überzeugung des Senats deutlich, dass der Beklagte bei diesem Rechtsgeschäft in erster Linie seine eigenen Ziele und Vorstellungen im Blick hatte und nicht das Wohl seines Sohnes. Wäre es dem Beklagten, wie er behauptet, bei der Vertragsgestaltung des Weiteren nur darum gegangen, dass der erhebliche Wert des versprochenen Fahrzeugs bei einer späteren Geltendmachung des Pflichtteils berücksichtigt wird, hätte es vollkommen genügt, eine einfache und allgemein übliche Anrechnungsbestimmung in den Vertrag aufzunehmen.

Auch die äußeren Umstände des Zustandekommens des Geschäfts sprechen für Sittenwidrigkeit

c) Für eine Sittenwidrigkeit der getroffenen Vereinbarungen sprechen schließlich besonders deutlich die äußeren Umstände des Geschäftes. Hiernach hat der Beklagte nämlich die in erheblichem Gegensatz zu seiner eigenen Geschäftsgewandtheit stehende jugendliche Unerfahrenheit und Beeinflussbarkeit seines Sohnes zu seinem Vorteil ausgenutzt.

Dies folgt schon aus der Wahl des Gegenstandes der in Aussicht gestellten Abfindung. Hier hat sich der Beklagte ersichtlich zielgerichtet die alters- und persönlichkeitsbedingte nahezu fanatische Begeisterung des Klägers für den Sportwagen zu Nutze gemacht. Das Landgericht spricht insoweit zu Recht von einem Rationalitätsdefizit bei dem Kläger, das dem Beklagten bestens bekannt war und das er durch die Anschaffung des Fahrzeugs im Vorfeld noch gefördert hat.

Weitere entscheidende Gesichtspunkte sind der Zeitpunkt des Geschäftes, zwei Tage nach dem 18. Geburtstag des Klägers, sowie die näheren Umstände der Beurkundung.

Der Beklagte hat für sein Vorhaben bewusst den Eintritt der Volljährigkeit des Klägers abgewartet, wohlwissend, dass er eine Zustimmung zu dem Geschäft von Seiten der Mutter des Klägers nicht erlangt hätte, geschweige denn die nach § 2347 BGB erforderliche Genehmigung des Familiengerichts. Zum anderen hat er mit der Wahl des Beurkundungstermins den Eindruck erweckt, es handle sich um ein Geburtstagsgeschenk für den Kläger. Diese Vorgehensweise war geeignet, dem Kläger eine Ablehnung des Angebotes emotional zu erschweren.

Der Verzichtende war im Vorfeld nicht über die Bedingungen des Geschäfts informiert worden und ihm wurde auch kein Urkundsentwurf zur Verfügung gestellt

Zudem hat der Beklagte den Kläger nicht in die Vorbereitung des Beurkundungstermins mit einbezogen. Einen Entwurf der nach seinen Vorgaben gestalteten Vereinbarung hat er dem Kläger unstreitig nicht gezeigt und erläutert.

Schließlich war der Kläger auch nicht in sonstiger Weise über die wesentlichen Bedingungen des Geschäfts im Vorfeld informiert. Dies folgt schon aus dem eigenen Sachvortrag des Beklagten, weshalb es auf die mit der Berufung aufgeworfene Frage der Beweislast und auf die Würdigung der Aussagen der Zeugen M und L im Ergebnis nicht ankommt. Denn nach seinem eigenen Vorbringen will der Beklagte dem Kläger im Vorfeld lediglich mitgeteilt haben, er beabsichtige ihm das Fahrzeug zu schenken, vorausgesetzt er bringe seine Ausbildung mit guten Ergebnissen zu Ende. Wenn er ihm ein solches Fahrzeug schenke, sei das ein vorweggenommenes Erbe. Mit einer solchen wertvollen Schenkung müssten dann auch alle Erb- und Pflichtteilsansprüche erledigt sein. Damit habe sich der Kläger einverstanden erklärt. Auch gegenüber den Zeugen M und L habe der Kläger geäußert, er werde auf seinen Erb- und Pflichtteil verzichten, wenn er das Fahrzeug geschenkt erhalte.

Bei Zugrundelegung dieses Vortrags war der Kläger im Vorfeld gerade nicht darüber informiert, dass er den Erbverzicht unbedingt und mit sofortiger Wirkung erklären sollte, unabhängig davon, ob er die Gegenleistung später tatsächlich auch erhält. Die vom Beklagten behaupteten Erläuterungen im Vorfeld waren daher nicht geeignet, dem Kläger das in Wahrheit beabsichtigte Geschäft zu erläutern, sondern im Gegenteil eher geeignet, den wahren Charakter des beabsichtigten Rechtsgeschäfts zu verschleiern und zu beschönigen.

Der subjektive Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB ist erfüllt

d) Die subjektiven Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB sind ebenfalls erfüllt. Der Beklagte konnte unstreitig alle aufgezeigten Tatsachen, aus denen die Sittenwidrigkeit des Erbverzichts folgt. Ob er das Verdikt der Sittenwidrigkeit erkannt hat und ob er seinen Sohn gezielt schädigen wollte, braucht nach dem Gesagten nicht näher festgestellt zu werden.

3. Nach alledem ist die Feststellung des Landgerichts, der Erbverzichtsvertrag sei sittenwidrig und damit nichtig, nicht zu beanstanden. Auf die zwischen den Parteien streitige Frage, ob der Beklagte den Kläger zudem über seine Vermögensverhältnisse getäuscht hat, kommt es vor diesem Hintergrund nicht an. Eine weitere Sachaufklärung ist auch insofern nicht geboten. ■

5. Erbrecht – Zur Sittenwidrigkeit eines Behindertentestaments

(OLG Hamm, Urteil vom 27.10.2016 – 10 U 13/16)

BGB §§ 138 Abs. 1, 2303 Abs. 1, 2215, 2314, 2325, 2326

GG Art. 6 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 S. 1

SGB XII §§ 2, 93

SGB I § 9

Für die Beurteilung eines sog. Behindertentestaments ist nicht danach zu differenzieren, wie groß das dem behinderten Kind hinterlassene Vermögen ist. Es ist weder eine klar umrissene Wertung des Gesetzgebers noch eine allgemeine Rechtsauffassung festzustellen, dass Eltern einem behinderten Kind ab einer gewissen Größe ihres Vermögens einen über den Pflichtteil hinausgehenden Erbteil hinterlassen müssen, damit es nicht ausschließlich der Allgemeinheit zur Last fällt.

Zur Einordnung:

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des OLG Hamm befasst sich mit der Sittenwidrigkeit eines sog. Behindertentestaments.

Insbesondere bei Eltern, die Kinder mit und ohne Behinderung haben, liegt regelmäßig eine besondere Interessenlage bei der Gestaltung ihrer Verfügung von Todes wegen vor. Einerseits sollen dem Kind mit Behinderung Mittel zur Verbesserung seiner Lebensqualität zur Verfügung gestellt werden, die über den allgemeinen Sozialhilfstandard hinausgehen. Andererseits soll das Familienvermögen insgesamt geschützt und der Zugriff des Sozialhilfeträgers ausgeschlossen werden, um das Vermögen auch den Geschwistern des Kindes mit Behinderung möglichst zu erhalten (vgl. Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, S. 564 f.; Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 21 Rn. 68). Zu diesen Zwecken hat sich in der Kautelarpraxis das sog. Behindertentestament etabliert. Dabei wird eine Kombination aus Vor- und Nacherbfolge sowie Dauertestamentsvollstreckung im Hinblick auf das Kind mit Behinderung angeordnet (zu den Einzelheiten vgl. etwa das Muster von *Tersteegen* in Brambring/Mutter, Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 3. Aufl. 2014, Teil F. I.2.). Durch beide Maßnahmen wird die Inanspruchnahme des Nachlassvermögens durch den Sozialhilfeträger verhindert (§§ 2115 und 2214 BGB). Die Vor- und Nacherbfolge bewirkt ferner, dass das Nachlassvermögen nicht für den Kostenersatz der Erben nach § 102 SGB XII herangezogen wird (vgl. insgesamt Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, S. 568 f.).

Durch die Abschirmwirkung kann das Nachrangprinzip des Sozialrechts (§ 2 Abs. 1 SGB XII, § 9 SGB I) im Hinblick auf den hinterlassenen Nachlass nicht greifen (vgl. Beck-OK BGB/Litzenburger, Stand 1.8.2016, § 2100 Rn. 12). Dennoch ist in der ständigen Rechtsprechung des BGH anerkannt, dass das Behindertentestament grundsätzlich nicht als sittenwidrig iSd § 138 BGB einzustufen ist (BGH DNotZ 1992, 241 mAnm *Reimann*; BGH MittRhNotK 1993, 320; BGH DNotZ 2011, 381 [381 f.]). Den Eltern obliege in erster Linie die Verantwortung für das Wohl ihres Kindes; dieses Interesse müsse dem Interesse der öffentlichen Hand an der Teildeckung ihrer Kosten nicht hintangestellt werden (BGH DNotZ 1992, 241 [244]). Allerdings hat

der BGH zunächst offen gelassen, ob die Beurteilung anders ausfallen könne, wenn beträchtliches Vermögen hinterlassen werde, so dass die Versorgung des Kindes mit Behinderung aus dessen Pflichtteil oder ggf. allein aus den Früchten sichergestellt wäre (BGH DNotZ 1992, 241 [243]; v. *Proff* RNotZ 2012, 272 [281]; *Kleensang* BWNotZ 2011, 162 [163 f.]). Später stellte der BGH fest, es fehle an einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, dass Eltern ihrem Kind mit Behinderung jedenfalls von einer gewissen Größe ihres Vermögens an einen über den Pflichtteil hinausgehenden Erbteil hinterlassen müssten, damit es nicht ausschließlich der Allgemeinheit zur Last fällt (BGH MittRhNotK 1993, 320 [322]). Im Schrifttum wird jedoch weiterhin zur Vorsicht bei der Gestaltung eines Behindertentestaments geraten, sofern beträchtliche Vermögenswerte im Raume stehen (Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, S. 577 mwN und Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 21 Rn. 103).

Im entschiedenen Fall wurde nach dem Tod des Erstversterbenden der Eheleute das Kind mit Behinderung iHd 1,1-fachen seines Pflichtteils zum Vorerben eingesetzt. Der hinterlassene Erbteil des Kindes belief sich auf 960.000 EUR. Das OLG Hamm verneint die Sittenwidrigkeit des Testaments u.a. mit der Begründung, dass dem Sozialhilferecht nicht der Schutzzweck innewohnt, dem Sozialhilfeträger den Zugriff auf das Vermögen der Eltern des Hilfeempfängers zu sichern (so auch BGH MittRhNotK 1993, 320 [321]).

Für die notarielle Praxis ist einerseits beachtlich, dass das OLG Hamm in Anlehnung an die BGH-Entscheidung aus dem Jahre 1993 die Höhe des dem Kind mit Behinderung hinterlassenen Erbteils für irrelevant hält. Weiter wird im Anschluss an BGH DNotZ 2011, 381 (385 f.) festgehalten, dass eine Überleitung des Erbausschlagungsrechts aus § 2306 Abs. 1 BGB auf den Sozialhilfeträger nicht in Betracht kommt (vgl. hierzu schon *Vaupel* RNotZ 2009, 497 [521]; ferner Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, S. 578 f.).

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

I. Der Kläger macht als Träger der Sozialhilfe übergeleitete Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche des am ... 1976 geborenen B nach dessen am ... 2010 verstorbenen Mutter A (im Folgenden: Erblasserin) geltend. B ist aufgrund eines genetisch bedingten Down-Syndroms (Trisomie 21) dauerhaft geistig behindert und steht unter gesetzlicher Betreuung.

Der Beklagte zu 1. ist der Vater von B und war der Ehepartner der Erblasserin.

Die Eheleute waren im Güterstand der Gütergemeinschaft verheiratet. Die Beklagten zu 2. und 3. sind die weiteren Kinder der Erblasserin und des Beklagten zu 1.

Der Beklagte zu 1. und die Erblasserin errichteten am 17.12.2000 privatschriftlich ein gemeinschaftliches Testament in Form eines sogenannten Behindertentestaments.

Unter Ziff. I. setzten sie sich gegenseitig und ihre drei Kinder in der Weise als Erben ein, dass der überlebende Ehegatte einen Erbanteil von $\frac{1}{4}$, B einen Anteil in Höhe des 1,1 fachen seines Pflichtteils und seine Geschwister, die Be-

klagen zu 2. und 3., zu gleichen Teilen das verbleibende Vermögen erhalten.

Unter Ziff. II. bestimmten sie, dass die Erben des Längstlebenden von ihnen ihre drei Kinder sind, B wiederum zu einem Anteil des 1,1-fachen seines Pflichtteils, die Beklagten zu 2. und 3. sollten den übrigen Nachlass erhalten.

Unter Ziff. III. ordneten sie an, dass B in den oben genannten Erbfällen nicht befreiter Vorerbe sein soll, Nacherbe im Falle des Todes des Vorerben sollten der Längstlebende der Eheleute, ersatzweise die Beklagten zu 2. und 3., ersatzweise deren Abkömmlinge, sein.

Für den Erbteil des B ordneten die Eheleute eine Testamentsvollstreckung bis zum Eintritt des Nacherbfalls an. Testamentsvollstrecker sollte der längstlebende Ehegatte sein. Seine Aufgabe sollte die Dauervollstreckung des auf B entfallenen Erbes bis zu dessen Tod sein. Weiter heißt es unter Ziff. III.: „Der Testamentsvollstrecker hat dafür zu sorgen, dass Bs Erbe möglichst erhalten bleibt und er in den Genuss der Erträge und ggf. Vermögenssubstanz kommt, ohne dass ihm andere Zuwendungen und insbesondere staatliche Leistungen verloren gehen. Sollten Zuwendungen des Testamentsvollstreckers gegen dessen Willen insbesondere auf staatliche Leistungen angerechnet werden, so hat er seine Zuwendungen einzustellen. Einen Anspruch auf Herausgabe des Nachlasses sowie von Nachlassgegenständen und Nachlasserträgen hat B nicht.“ Konkret sollte der Testamentsvollstrecker dafür sorgen, dass der Kauf von Mobiliar und Kleidung, der Erwerb persönlicher Gegenstände, die Finanzierung von Urlaubsreisen, Musik- und Reitunterricht sowie ein erhöhtes Taschengeld „über das vom Sozialhilfeträger geleistete Maß hinaus in großzügiger Weise unter Berücksichtigung Bs Wünschen und Interessen ermöglicht wird“.

Für den Fall, dass ein Teil des Testaments unwirksam ist, ordneten die Eheleute unter Ziff. III.5. an, dass es im Übrigen wirksam sein sollte. Sollte das Testament insgesamt unwirksam sein, sollte B „jedenfalls nur seinen Pflichtteil erhalten“.

Wegen der weiteren Einzelheiten der getroffenen Verfügungen wird auf die Kopie der Testamentsurkunde (Bl. 11–17 d. A.) Bezug genommen.

Nach dem Tod der Erblasserin erteilte das Nachlassgericht den Beklagten zunächst unter dem 2.5.2011 einen Erbschein, der den Beklagten zu 1. als Miterben zu einem Anteil von 0,25, B zu 0,1375 und die Beklagten zu 2. und 3. zu je 0,30625 auswies. Mit Beschluss vom 20.12.2011 zog es diesen Erbschein als unrichtig wieder ein.

Mit weiterem Beschluss vom 23.2.2012 erteilte das Nachlassgericht einen gemeinschaftlichen Erbschein, der den Beklagten zu 1. wiederum als Miterben zu einem Anteil von 0,25, B zu 0,1375 und die Beklagten zu 2. und 3. zu je 0,30625 Anteil ausweist und den Zusatz enthält, dass B nur befreiter Vorerbe und hinsichtlich seines Anteils Testamentsvollstreckung angeordnet ist (AG Hattingen, [...], Bl. 54). Der Beklagte zu 1. nahm das Amt des Testamentsvollstreckers an. Am 29.8.2012 erteilte ihm das Nachlassgericht antragsgemäß ein Testamentsvollstreckerzeugnis (AG Hattingen, [...], Bl. 16).

Der Nachlass der Erblasserin belief sich auf einen Wert von über 7 Mio. Euro; dementsprechend soll dem Erbanteil des B in Höhe von 13,75 % ein Wert von über 960.000,-€ zukommen.

B lebt in einem Behindertenwohnheim in X und arbeitet in einer Behindertenwerkstatt. Der Kläger wendet für ihn seit Juli 2002 im Rahmen der stationären Eingliederungshilfe durchschnittlich Kosten in Höhe von 1.803,06 € monatlich auf. Bis Juli 2002 war B Selbstzahler, im Sommer 2002 war sein Vermögen aufgebraucht mit der Folge, dass er staatliche Leistungen In Anspruch nehmen musste. Bis zum 19.12.2014 waren das Leistungen in Höhe von insgesamt 109.851,98 €; abzüglich gleichzeitiger Einnahmen in Höhe von 3.132,72 € ergibt das einen vom Kläger bis zu diesem Zeitpunkt verauslagten Betrag von 106.449,26 €.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger im Wege einer Stufenklage Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche des Sozialhilfeberechtigten B geltend gemacht.

Die Ansprüche leitete der Kläger zunächst mit Bescheiden vom 25.9.2014 auf sich über. Der Beklagte zu 1. erhob gegen den Überleitungsbescheid vom 25.9.2014 Klage vor dem Sozialgericht Dortmund. Nachdem das Sozialgericht den Kläger auf die mangelnde Bestimmtheit des angefochtenen Überleitungsbescheides hingewiesen hatte, ergänzte der Kläger mit Schriftsatz vom 17.9.2015 seinen Bescheid gegenüber dem Beklagten zu 1. (vgl. Sozialgericht Dortmund, [...], Bl. 49 ff). Eine gerichtliche Entscheidung ist in diesem Verfahren bislang nicht ergangen.

Mit Bescheiden vom 9.11.2015 hat der Kläger die Überleitungsbescheide vom 25.9.2014 gegenüber den Beklagten zu 2. und 3. aufgehoben und mit weiteren Bescheiden vom 10.11.2015 erneut die Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche des Sozialhilfeberechtigten B auf sich übergeleitet.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, B sei pflichtteilsberechtigt nach seiner verstorbenen Mutter. Dass am 17.12.2000 errichtete Testament sei auch unter Beachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung gem. § 138 I BGB sittenwidrig und damit unwirksam. Hierzu hat er vorgebracht, die Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche des B seien auf mindestens 934.317,20 € zu beziffern. Diese auf der Grundlage der bisher erteilten Auskünfte geschätzte Summe würde bei dem im Zeitpunkt des Erbfalls 33-jährigen B ausreichen, um die anfallenden Kosten für die stationäre Eingliederungshilfe bis zu seinem Lebensende zu bezahlen. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, vor diesem Hintergrund sei die hier gewählte Gestaltungsform des Behindertentestaments unwirksam, weil damit der Grundsatz des Nachranges der Sozialhilfe in einem gegen die guten Sitten verstoßenden Maße bewusst unterlaufen worden sei.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht hat der Kläger beantragt,

1. die Beklagten den im Wege der Stufenklage in der ersten Stufe zu verurteilen, Auskunft über den Bestand des Nachlasses der am ... 2010 verstorbenen Erblasserin A zum ... 2010 zu erteilen, und zwar durch Vorlage eines Verzeichnisses gem. § 260 Abs. 1 BGB i.V.m. § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB, wobei das Verzeichnis insbesondere folgende Angaben zum Bestand des Nachlasses enthält:

a) Auskunft über alle Vermögensgegenstände, insbesondere

(1) Angaben zu allem beim Erbfall vorhandenen Sachen und Forderungen (Aktiva), nämlich zu:

- sämtlichen Giro-, Spar- und Prämienkonten, Wertpapieren, Depots und Schließfächern sowie zu allen sonstigen Zahlungs- und Herausgabeforderungen gegen Banken und Sparkassen;
- allen Versicherungsverträgen, insbesondere solchen mit Unfall- und Lebensversicherungen;
- sonstigen Vermögensgegenständen wie z.B. Pkw, Schmuck, Wertpapiere, Hausrat, Grundstücke, Wohn- und Teileigentum, Teilzeitwohnrechte i.S.d. § 481 BGB sowie Erbbaurechte;
- allen Urkunden über Leistungen derer Sozialversicherungsträger aus Anlass des Todes;

(2) Auskunft zu allen beim Erbfall vorhandenen Nachlassverbindlichkeiten (Passiva);

b) Auskunft zu allen Schenkungen einschließlich etwaiger Anstands- und Pflichtschenkungen, die die Erblasserin in den letzten 10 Jahren vor ihrem Tode an Dritte oder die Beklagten zu 2. und 3. oder ohne zeitliche Beschränkung an den Beklagten zu 1. vorgenommen hat,

...

4. festzustellen, dass Herrn B, geboren am ... 1976, ein Pflichtteilsrecht nach seiner Mutter, Frau A, zusteht.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagten haben die Aktivlegitimation des Klägers in Zweifel gezogen, weil der Sozialhilfeberechtigte B keine Ausschlagung der Erbschaft erklärt habe. Dies sei ein höchstpersönliches und damit unübertragbares Recht. Weiter haben sie gemeint, B sei Miterbe nach seiner Mutter geworden, weil das Testament nicht sittenwidrig und damit nicht unwirksam sei. Die Eheleute hätten nicht in verwerflicher Art und Weise, sondern um Sorge um ihr behindertes Kind so testiert, damit B sich auch weiterhin Leistungen erlauben könne, für die der Kläger nicht aufkomme. Insoweit könne die Höhe des jeweiligen Nachlasses nicht entscheidend sein. Schließlich haben sich die Beklagten auf die Einrede der Verjährung berufen und hierzu im Einzelnen vorgetragen, dass die geltend gemachten Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche bei Klageerhebung bereits verjährt oder zumindest verwirkt gewesen seien.

Wegen des weiteren erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird ergänzend auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Mit Urteil vom 3.12.2015 hat das Landgericht die Stufenklage insgesamt abgewiesen.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Ungeachtet der Frage, ob der Kläger etwaige Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche wirksam auf sich habe überleiten können, stünden ihm solche Ansprüche nicht zu. Das Testament vom 17.12.2000 sei rechtswirksam und nicht gem. § 138 I BGB sittenwidrig. Es handele sich auch unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht um einen Ausnahmefall, bei dem wegen des Grundsatzes der Nachrangigkeit der Sozialhilfe ein Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen sei. Ob der vorliegende Nachlasswert für sich genommen zur Sicherstellung der Versorgung des Behinderten ausreiche, sei schon fraglich. Zudem sei es zweifelhaft, ob die Frage der Sicherstellung der Versorgung durch den Pflichtteil überhaupt zur Abgrenzung der Sittenwidrigkeit eines Behinder-

testaments heranzuziehen sei. Auch bei kleineren Vermögen käme es zu einer Benachteiligung des Sozialhilfeträgers.

Wegen der Begründung im Einzelnen wird ergänzend auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger form- und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der er seine erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt.

Er rügt die Verletzung materiellen Rechts. Hierzu trägt er vor, das Landgericht gehe rechtsirrig davon aus, dass das Testament vom 17.12.2000 nicht sittenwidrig sei. Im vorliegenden Fall sei von einem vom Bundesgerichtshof postulierte Ausnahmefall auszugehen. Unter Zugrundelegung der Mitteilungen des Finanzamtes belaufe sich der Pflichtteilsanspruch des B auf 881.625,10 €. Daneben seien noch ergänzungspflichtige Schenkungen zu berücksichtigen, die zu einem Pflichtteilsergänzungsanspruch von 52.692,10 € führten. Diese Beträge würden die Versorgung des Leistungsberechtigten für 43 Jahre und damit bis zu seinem Lebensende sicherstellen, ohne dass er staatliche Hilfe in Anspruch nehmen müsse. Darüber hinaus sei davon auszugehen, dass der Leistungsberechtigte auf den Stamm des Vermögens in wesentlichen Teilen selbst überhaupt nicht zugreifen müsse, soweit er dieses mit einer Verzinsung von nur 2 % anlege. Hierdurch würde das Vermögen auch nicht aufgebraucht.

Zu keinem Zeitpunkt habe bei den Vermögensverhältnissen der Erblasserin die Besorgnis bestanden, B könne bei Realisierung seines Pflichtteils in irgendeiner Form Gefahr laufen, sein so erlangtes Vermögen für seine Versorgung aufzubreuchen. Einzig erkennbares Motiv für die Testierung sei der Entzug des Vermögens vor dem Zugriff des Sozialhilfeträgers gewesen. Insoweit mache es einen Unterschied, ob letztendlich ein großes oder ein kleines Vermögen dem Zugriff des Staates entzogen werde. Gegen den Grundsatz der Nachrangigkeit der Sozialhilfe werde hier in so eklatanter Form verstoßen, dass auch unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung von einer Sittenwidrigkeit des Testaments und einem Missbrauch der Gestaltungsmöglichkeit durch ein Behinderten- testament auszugehen sei, was dazu führe, dass der Leistungsberechtigte – wie im Testament bestimmt – zumindest seinen Pflichtteil erhalten müsse.

Der Kläger beantragt,

1. das Urteil des Landgerichts Essen, Az.: [...], vom 3.12.2015 wird hinsichtlich der ersten Stufe der Stufenklage und des Feststellungsantrags abgeändert, hinsichtlich der zweiten und dritten Stufe der Stufenklage wird das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Sache an das Landgericht Essen zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen ;

2. die Beklagten werden im Wege der Stufenklage in der ersten Stufe verurteilt, Auskunft über den Bestand des Nachlasses der am ... 2010 verstorbenen Erblasserin A zum ... 2010 zu erteilen, und zwar durch Vorlage eines Verzeichnisses gem. § 260 Abs. 1 BGB i.V.m. § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB, wobei das Verzeichnis insbesondere folgende Angaben zum Bestand des Nachlasses enthält:

a) Auskunft über alle Vermögensgegenstände, insbesondere

(1) Angaben zu allem beim Erbfall vorhandenen Sachen und Forderungen (Aktiva), nämlich zu:

- sämtlichen Giro-, Spar- und Prämienkonten, Wertpapieren, Depots und Schließfächern sowie zu allen sonstigen Zahlungs- und Herausgabeforderungen gegen Banken und Sparkassen;
- alle Versicherungsverträgen, insbesondere solche mit Unfall- und Lebensversicherungen;
- sonstige Vermögensgegenstände wie z.B. Pkw's, Schmuck, Wertpapiere, Hausrat, Grundstücke, Wohn- und Teileigentum, Teilzeitwohnrechte i.S.d. § 481 BGB sowie Erbbaurechte;
- allen Urkunden über Leistungen derer Sozialversicherungsträger aus Anlass des Todes;

(2) Auskunft zu allen beim Erbfall vorhandenen Nachlassverbindlichkeiten (Passiva);

b) Auskunft zu allen Schenkungen einschließlich etwaiger Anstands- und Pflichtschenkungen, die die Erblasserin in den letzten 10 Jahren vor ihrem Tode an Dritte oder die Beklagten zu 2. und 3. oder ohne zeitliche Beschränkung an den Beklagten zu 1. vorgenommen hat.

3. Wenn das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt errichtet worden sein sollte:

die Beklagten im Wege der Stufenklage in der zweiten Stufe zu verurteilen, zu Protokoll an Eides statt zu versichern, dass sie – die Beklagten – nach bestem Wissen den Bestand des Nachlasses so vollständig angegeben haben, als sie dazu im Stande sind;

4. die Beklagten im Wege der Stufenklage in der dritten Stufe nach der Auskunftserteilung zu verurteilen, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 106.449,26 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

5. festzustellen, dass Herrn B, geboren am ... 1976 ein Pflichtteilsanspruch gem. § 2303 Abs. 1 BGB dem Grunde nach zusteht,

6. die Revision zuzulassen.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagten verteidigen die angefochtene Entscheidung. Sie vertreten die Auffassung, das Testament entspreche den Vorgaben der höchstgerichtlichen Rechtsprechung an ein Behindertentestament und sei deshalb nicht sittenwidrig. In seiner letzten Entscheidung vom 19.1.2011 – AZ: IV ZR 7/10 – habe der Bundesgerichtshof trotz Vorliegen eines beträchtlichen, die Versorgung des Berechtigten sicherstellenden Vermögens einen Pflichtteilsverzicht für nicht sittenwidrig erachtet. Der Nachrangigkeitsgrundsatz im Sozialrecht sei höchst unvollkommen ausgestaltet. Auf die Größe des von den Unterhaltspflichtigen hinterlassenen Vermögens könne deshalb nicht abgestellt werden. Auch müssten die Eltern eines behinderten Kindes zu Lebzeiten nur einen unabhängig von ihrer Vermögensgröße festgelegten Kostenanteil tragen. Insoweit berücksichtige der Gesetzgeber einen dem Subsidiaritätsprinzip gegenläufigen Familienlastenausgleich. Angesichts der durch Art. 14 I GG gewährleisteten Testierfreiheit könne eine Sittenwidrigkeit einer testamentarischen Verfügung nur in einem schwerwiegenden Ausnahmefall angenommen werden, die hier nicht gegeben sei. Die Eheleute hätten aus Sorge um ihr Kind verantwortungsbewusst gehandelt. Auch unter Zugrundelegung eines verhältnismäßig großen Vermögens sei nicht auszuschließen, dass B über die staat-

lichen Leistungen hinaus erhebliche Summen für Hilfsmittel, Mobiliar, Kleidung oder sonstige Therapien benötige. Das sollte ihm nach der gewählten Testamentsgestaltung lebenslang möglich werden.

Schließlich meinen die Beklagten, etwaige Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche seien bereits verjährt, weil B bzw. sein Betreuer bereits im Jahr 2010 Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen erlangt hätten.

Die Akten des Amtsgericht Hattingen – [...] –, des Amtsgerichts Wuppertal – [...] – und des Sozialgerichts Dortmund – [...] – sind zu Informationszwecken beigezogen worden und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache nur zum Teil Erfolg.

1. Dem Sozialhilfeberechtigten B steht kein Pflichtteilsanspruch nach der am ... 2010 verstorbenen Erblasserin zu. Deshalb kann der Kläger aus übergeleiteten Recht nicht die Erstellung eines den Pflichtteilsanspruch vorbereitenden Nachlassverzeichnisses gem. §§ 260 I, 2314 I 2 BGB verlangen. Auch die mit dem Klageantrag zu 4. begehrte Feststellung, dass Herrn B ein Pflichtteilsanspruch gem. § 2303 I BGB dem Grunde nach zusteht, ist un begründet.

a) Die Erbfolge nach der Erblasserin richtet sich nach deutschem Erbrecht.

[...]

Ein überleitbarer Pflichtteilsanspruch liegt nicht vor, weil das die Erbeinsetzung enthaltende Testament nicht sittenwidrig ist

b) Eine Pflichtteilsanspruch des B als Abkömmling der am 4.3.2013 verstorbenen Erblasserin gem. § 2303 I BGB scheidet aus, weil er aufgrund ihres Testaments vom 17.12.2000 Miterbe zu einem Anteil von 13,75 % geworden ist.

Nach Ziff. I.1. des Testaments ist B nach dem Tod des zuerst versterbenden Ehegatten als Miterbe zu einem Anteil in Höhe des 1,1 fachen seines Pflichtteils eingesetzt worden. Auch wenn er nach der unter Ziff. III.1. getroffenen Anordnung nur unbefreiter Vorerbe nach beiden Elternteilen werden sollte, kommt neben einer solchen Erbenstellung ein Anspruch gem. § 2303 BGB nicht in Betracht.

Etwas anderes wäre nur dann anzunehmen, wenn die testamentarische Erbeinsetzung des B unwirksam ist. Für diesen Fall haben die Erblasser unter Ziff. III. 5. angeordnet, dass ihr Sohn B bei einer Unwirksamkeit ihres Testaments „jedenfalls nur seinen Pflichtteil erhalten“ soll. Diese testamentarische Anordnung kommt vorliegend jedoch nicht zur Anwendung, weil die Erbeinsetzung des B im elterlichen Testament vom 17.12.2000 nicht sittenwidrig ist.

Bei dem Testament handelt es sich um ein typisches Behindertentestament

aa) Bei dem o. g. Testament handelt es sich um ein typisches Behindertentestament.

Der Erbanteil des B, für den der Kläger seit Juli 2002 im Rahmen der stationären Eingliederungshilfe durchschnittlich Kosten in Höhe von derzeit 1.803,06 € monatlich aufbringt, wird durch die testamentarischen Anordnungen dauerhaft dem Zugriff des Trägers der Sozialhilfe entzogen.

Indem die Eltern des B ihrem geistig schwerbehinderten Kind nur jeweils einen Anteil in Höhe des 1,1 fachen seines Pflichtteils als Vorerben hinterlassen und für diesen Erbteil bis zum Versterben ihres Sohnes eine Dauertestamentsvollstreckung angeordnet haben, haben sie ihr Nachlassvermögen dem stattlichen Zugriff entzogen. Ein Aufwendungsersatzanspruch gegenüber dem Sozialhilfeberechtigten kann trotz werthaltiger Erbschaft ihres Sohnes nicht durchgesetzt werden.

Der Erbanteil des B in Höhe von 13,75 % beläuft sich nach dem unstrittigen Vortrag der Parteien zwar auf einen Wert von über 960.000,-€. Dieser Vermögenswert steht dem Vorerben allerdings nicht zur Verfügung, sondern wird von dem als Testamentsvollstrecker bestimmten Beklagten zu 1. verwaltet. Der Testamentsvollstrecker darf nach Ziff. III.2.c) des Testaments dem Sozialhilfeberechtigten von seinem Erbteil nur jeweils soviel zur Finanzierung persönlicher Interessen und Bedürfnisse zur Verfügung stellen, dass ihm andere Zuwendungen und insbesondere staatliche Leistungen nicht verloren gehen. Ein Anspruch auf Herausgabe des Nachlasses sowie von Nachlassgegenständen und Nachlasserträgen steht B als Vorerben nicht zu. Mit Eintritt des Nacherbfalls geht etwaiges vom Erbanteil verbleibendes Vermögen an die Nacherben über. Das sind nach Ziff. III. 1. der Beklagte zu 1., ersatzweise die Beklagten zu 2. und 3. sowie deren Abkömmlinge, mit der Folge, dass der Staat auch nach dem Tod des Sozialhilfeberechtigten nicht auf den dann noch verbliebenen Erbteil Rückgriff nehmen kann.

Nach der Rechtsprechung des BGH sind derartige Testamente grundsätzlich nicht als sittenwidrig einzustufen

bb) Diese testamentarischen Anordnungen sind nicht gem. § 138 I BGB sittenwidrig.

Sie entsprechen den höchstrichterlichen Vorgaben, die der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen vom 21.3.1990 (AZ: IV ZR 169/89) = DNotZ 1992, 241 und vom 20.10.1993 (AZ: IV ZR 231/92) = MittRhNotK 1993, 320 an ein rechtswirksames Behindertentestament gestellt hat.

Danach ist es zulässig, wenn ein Erblasser im Rahmen seiner verfassungsrechtlich gem. Art. 14 I 1 GG garantierten Testierfreiheit ein behindertes Kind bei der Erbfolge benachteiligt. Die im Rahmen der Erbrechtsgarantie gewährleistete Privatautonomie findet ihre Grenze lediglich im sozialstaatlich und durch Art. 6 I GG legitimierten Pflichtteilsrecht, das den nächsten Angehörigen eines Erblassers einen Mindestanteil an seinem Vermögen sichert. Die daneben geltende Schranke des § 138 I BGB kann eine erbrechtliche Zurücksetzung nächster Angehöriger in dem Bereich unterhalb der Schwelle des Pflichtteilsrechts nur in besonders schwerwiegenden Ausnahmefällen abwehren (vgl. BGH Urt. v. 21.3.1990, Juris-Rz. 17 f und Urt. v. 20.10.1993, Juris Rz. 8). Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend nicht gegeben.

Das Testament ist nicht deshalb sittenwidrig, weil der Sozialhilfeträger wegen der Vor- und Nacherbfolge und der Testamentsvollstreckung nicht auf den Nachlass zurückgreifen kann

(1) Die Erblasser haben ihrem behinderten Kind ein Erbteil hinterlassen, der um 0,1 über seinen Pflichtteil liegt. Damit ist ihm sein verfassungsrechtlich garantierter Mindestanteil am Nachlass gesichert. Eine Sittenwidrigkeit der über dem Pflichtteil hinausgehenden Erbeinsetzung lässt sich nicht damit begründen, dass der Sozialhilfeberechtigte B wegen seiner Vorerbenstellung und der Testamentsvollstreckung keinen Zugriff auf seinen Erbteil hat.

Die Erblasser wollten mit ihren testamentarischen Anordnungen sicherstellen, dass ihr von Geburt an geistig behindertes Kind sich auch künftig Annehmlichkeiten und Therapien leisten kann, die vom Kläger als Sozialhilfeträger nicht oder nur zum Teil bezahlt werden. Das wird aus der unter Ziff. III. 2) c) getroffenen Regelung deutlich erkennbar, wonach der Testamentsvollstrecker dafür sorgen sollte, dass „Bs Erbe ihm möglichst erhalten bleibt und er in den Genuss der Erträge und ggf. der Vermögenssubstanz kommt, ohne dass ihm andere Zuwendungen und insbesondere staatliche Leistungen verlorengehen.“ Konkret sollte er dafür Sorge tragen, dass B sich weiterhin Wünsche und Interessen – wie den Kauf von Mobiliar und Kleidung, den Erwerb persönlicher Gegenstände, die Finanzierung von Urlaubsreisen, die Bezahlung von Musik- und Reitunterricht oder ein erhöhtes Taschengeld – nach ihrem Tod „in großzügiger Weise“ erfüllen kann, und zwar „über das vom Sozialhilfeträger geleistete Maß hinaus“ (vgl. Ziff. III. 2) c) des Testaments vom 17.12.2000). Eine solche Zielsetzung verstößt nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und kann nicht als sittenwidrig i.S.v. § 138 I BGB eingeordnet werden.

Angesichts des jungen Alters des ihres schwerbehinderten Kindes – B war zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung erst 24 Jahre alt – war für seine Eltern nicht absehbar, ob die vom Kläger im Rahmen der stationären Eingliederungshilfe bezahlten Kosten auch in Zukunft ausreichen, um eine zufrieden stellende Versorgung ihres Sohnes auch nach ihrem Tod sicherzustellen. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass bereits damals bestimmte Therapiemaßnahmen vom Sozialhilfeträger nicht oder nicht vollständig bezahlt wurden. Auch lässt es sich weder aus damaliger noch aus heutiger Sicht verlässlich beurteilen, ob der Sozialleistungsstandard auch in Zukunft beibehalten und nicht abgesenkt wird. Wegen dieser berechtigten Sorge der Eltern eines behinderten Kindes sind diese nicht verpflichtet, ihre sittliche Verantwortung für das weitere Wohl ihres Kindes hinter das Interesse der öffentlichen Hand an einer Deckung seiner Kosten zu stellen (BGH, Urt. v. 20.10.1993, Juris-Rz. 16).

(2) Auch die Anordnung der Vor- und Nacherbfolge, die im Ergebnis dazu führt, dass der Kläger selbst nach dem Tod des Sozialhilfeberechtigten nicht auf ein gegebenenfalls dann noch verbleibendes Erbe zurückgreifen kann, verstößt nicht gegen § 138 I BGB.

Aus der wertmäßigen Höhe des Pflichtteils ergibt sich nichts anderes

Das gilt auch im vorliegenden Fall, in dem sich der Wert seines Erbteils unstrittig auf über 960.000,-€ beläuft und selbst der um 1,25 % geringere Pflichtteil noch einen beträchtlichen Vermögenswert hat, der unter Zugrunde-

gung des derzeitigen Sozialhilfestandards voraussichtlich ausreichen wird, um eine weitere Versorgung des schwerbehinderten B bis zu seinem Lebensende sicherzustellen, wobei bei erzielbaren Vermögenserträgen von 2 % gegebenenfalls nicht einmal der Stamm des Vermögens im Wesentlichen angegriffen werden muss.

Dem Berufungsführer ist zwar insoweit Recht zu geben, als es der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 21.3.1990 ausdrücklich offen gelassen hat, ob bei einem beträchtlichen Vermögen des Erblassers, bei dem der Pflichtteil oder dessen Früchte die Versorgung des Behinderten sicherstellen können, eine Sittenwidrigkeit des Behindertentestaments gem. § 138 I BGB anzunehmen ist (BGH, Urt. v. 21.3.1990, Juris-Rz. 21). In dem nachfolgenden Urteil vom 20.10.1993 hat es der Bundesgerichtshof aber bei einer vergleichbaren Testamentsgestaltung für die Annahme der Sittenwidrigkeit nicht ausreichen lassen, dass die Eltern bei ihrer Erbfolge ein gesundes Kind und seinen Stamm mit einer größeren Erbquote und der Nacherbfolge gegenüber dem behinderten Kind bevorzugen. In dieser Entscheidung ist auch nicht danach differenziert worden, wie groß das dem behinderten Kind hinterlassene Vermögen ist.

Der Bundesgerichtshof hat dies damit begründet, dass dem Sozialhilferecht weder ein gesetzliches Verbot der vorliegenden Testamentsgestaltung noch ein Schutzzweck des Inhalts entnommen werden kann, dass dem Träger der Sozialhilfe der Zugriff auf das Vermögen der Eltern eines Hilfeempfängers spätestens bei dessen Tod gesichert werden müsse. Auch lasse sich die Nichtigkeit der Nacherbfolge nicht auf den Grundsatz des Nachrangs der Sozialhilfe stützen, weil dieser Grundsatz vom Gesetzgeber bei Leistungen an einen erwachsenen Behinderten in erheblichem Maße selbst durchbrochen werde. Darüber hinaus berücksichtige das Gesetz ein dem Subsidiaritätsgrundsatz gegenläufiges Prinzip des Familienlastenausgleichs. Danach gebiete das Bundessozialhilfegesetz keinerlei Grundlage dafür, dass ein Erblasser aus Rücksicht auf die Belange der Allgemeinheit seinem unterhaltsberechtigten, behinderten Kind jedenfalls bei größerem Vermögen entweder einen über den Pflichtteil hinaus gehenden Erbteil hinterlassen müsse, um den Träger der Sozialhilfe einen gewissen Kostenersatz zu ermöglichen, oder zumindest eine staatlich anerkannte und geförderte Behindertenorganisation als Nacherben einsetzen müsse, damit der Nachlass auf diesem Wege zur Entlastung der öffentlichen Hand beitrage. Es fehle zudem an einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, dass Eltern einem behinderten Kind jedenfalls ab einer gewissen Größe ihres Vermögens einen über den Pflichtteil hinausgehenden Erbteil hinterlassen müssten, damit es nicht ausschließlich der Allgemeinheit zur Last fällt (so BGH, Urt. v. 20.10.1993, Juris-Rz. 17 ff und 22 ff).

Die im Schrifttum gegen die Wirksamkeit eines Behindertentestaments angeführten Gründe vermögen nicht zu überzeugen

(3) Den höchstrichterlichen Vorgaben zur Zulässigkeit eines Behindertentestaments, die der Bundesgerichtshof in einer weiteren Entscheidung bestätigt hat (vgl. BGH, Urt. v. 19.1.2011, IV ZR 7/10, Juris-Rz. 12 ff = DNotZ 2011, 381), schließt sich der Senat an. Danach ist weder eine klar umrissene Wertung des Gesetzgebers, noch eine allgemeine Rechtsauffassung festzustellen, mit der sich eine Sittenwidrigkeit der letztwilligen Verfügungen der Eltern des Sozialhilferechtigten B begründen lässt.

Die in einen Teil des Schrifttums gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geäußerte Kritik überzeugt nicht. Soweit darauf abgestellt wird, dass ein Behindertentestament gerade darauf abziele, dass die Allgemeinheit für den Lebensunterhalt eines behinderten Kindes aufkommen müsse (MünchKomm-Armbrüster, 6. Aufl. § 138 BGB Rn. 45 m.w.N.), wird verkannt, dass dem Bedürftigen über seinen Pflichtteilsanspruch hinaus keine Rechte am Nachlass seiner Eltern zustehen. Deshalb ist nach den oben dargestellten Grundsätzen die Anwendung des § 138 I BGB auf ein Behindertentestament nur dann in Betracht zu ziehen, wenn sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit auf eine klare, deutlich umrissene Wertung des Gesetzgebers oder die allgemeine Rechtsauffassung stützen könnte (vgl. BGH, Urt. v. 20.10.1993, Juris-Rz. 27). Auch in Fällen von nachteiligen Wirkungen eines der Privatautonomie unterliegenden Rechtsgeschäfts zulasten der Allgemeinheit ist nicht etwa die Wirksamkeit dieses Geschäfts zu rechtfertigen, sondern positiv festzustellen, gegen welche übergeordneten Wertungen das Rechtsgeschäft verstößt und weshalb seine Wirksamkeit im Einzelfall nicht hingenommen werden kann (so: BGH, Urt. v. 19.1.2011, IV ZR 7/10, Juris-Rz. 19).

Eine solche Sittenwidrigkeit lässt sich im vorliegenden Fall nicht mit dem Grundsatz des Nachrangs der Sozialhilfe begründen. Das sozialrechtliche Subsidiaritätsprinzip, das im Sozialhilferecht selbst in erheblichem Maße durchbrochen und für die unterschiedlichen Leistungsarten verschieden ausgestaltet ist (vgl. dazu BGH, Urt. v. 19.1.2011, Juris-Rz. 23), betrifft lediglich das Verhältnis des Sozialhilfeempfängers zum Sozialhilfeträger.

So stellen die Vorschriften der §§ 2 SGB XII, 9 SGB I allein darauf ab, ob der Sozialhilferechtigte zum Bestreiten seines Lebensunterhalts Geld- oder Sachmittel von Dritten erhält. Nur tatsächlich dem Sozialhilferechtigten zugewandte Mittel sind nach den Wertungen des Gesetzgebers vorrangig vor der gewährten staatlichen Hilfe einzusetzen. Hieraus lässt sich weder eine Verpflichtung des zuwendenden Dritten zur weiteren Unterstützung des Sozialhilferechtigten noch eine Beschränkung in seiner verfassungsrechtlich garantierten Testierfreiheit herleiten (ebenso: Staudinger-Sack/Fischinger, 2011, § 138 BGB Rz. 462).

Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Sozialhilferechtigte B seinen Pflichtteilsanspruch durch Ausschlagung seiner durch die Testamentsvollstreckung und die Nacherbfolge beschränkten Erbschaft ohne weiteres hätte erhalten können.

Eine solche Erbausschlagung nach §§ 1943 ff BGB hat er bzw. sein mit Beschluss des Betreuungsgericht am 20.12.2010 für Erbangelegenheiten bestellter Ergänzungspfleger aber nicht erklärt. Der für Erbangelegenheiten bestellte Ergänzungspfleger hatte bei der Entscheidung, ob die Erbschaft nach der Erblasserin angenommen oder ausgeschlagen werden sollte, das berechtigte Interesse des Betreuten zugrunde zu legen. Danach war die Annahme der Erbschaft einer Erbausschlagung vorzuziehen, weil dem Behinderten bei Annahme der Erbschaft neben der Inanspruchnahme staatlicher Leistungen weitere von seinem Einkommen nicht bezahlbare Annehmlichkeiten, wie Therapien und Urlaube, auch in Zukunft ermöglicht werden können. Dies ist auch nicht zu beanstanden. Es gibt keine rechtliche Verpflichtung, eine Erbausschlagung zugunsten des Sozialhilfeträgers zu erklären.

Auch ist es nicht sittenwidrig, wenn ein Sozialhilfeempfänger eine ihm zufallende werthaltige Erbschaft ausschlägt und deswegen seine Sozialhilfebedürftigkeit weiter fortbesteht. Hierzu hat der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung vom 19.11.2011 aufgeführt, dass es die privat-autonome, durch Art. 14 GG geschützte Entscheidung eines jedes Einzelnen sei, ob er Erbe werde wolle oder nicht (sog. negative Erbfreiheit).

Das Recht zur Erbausschlagung ist sozialhilferechtlich nicht überleitbar

Weiter ist allgemein anerkannt, dass die dem Ergänzungspfleger obliegende Entscheidung über eine Erbausschlagung als höchstpersönliches Recht des Pflichtteilsberechtigten nicht gem. § 93 SGB XII auf den Sozialhilfeträger übergeleitet werden (vgl. BGH, a.a.O. Juris-Rz. 30). Etwaige staatliche Sanktionen im Falle der Erbschaftsannahme und der damit verbundenen Nicht-Geltendmachung des Pflichtteils, wie etwa Kürzungen von zu gewährenden staatlichen Leistungen, wirken sich bei einer stationären Heimpflege allenfalls geringfügig aus (vgl. dazu: BGH, Urt. v. 20.10.1993, Juris-Rz. 29).

Der Umstand, dass der Gesetzgeber spürbare Sanktionen in Kenntnis dieser seit Jahrzehnten bestehenden höchst-richterlichen Rechtsprechung zur Zulässigkeit eines Behindertentestaments nicht umgesetzt hat, macht deutlich, dass es sich letztendlich um eine rechtspolitische Entscheidung handelt, die nicht über das Verdikt der Sittenwidrigkeit eines dem Sozialhilfeberechtigten selbst nicht zurechenbares Testaments umgangen werden kann.

Das gilt auch unter Berücksichtigung der aktuellen Bestrebungen des Gesetzgebers.

Nach dem bislang nur als Regierungsentwurf vorliegenden und kontrovers diskutierten Bundesteilhabegesetz (BTHG) soll behinderten Menschen unter anderem dadurch eine bessere Teilhabe am gesellschaftlichen Leben ermöglicht werden, dass ihnen weitere Erleichterungen bei der Anrechnung von eigenen Einkommen und ein gegenüber dem bisherigen Recht deutlich erhöhten Vermögensfreibetrag gewährt werden, damit sie eine angemessene Lebensführung und Altersabsicherung selbst sicherstellen können (vgl. Entwurf des BTHG in der Fassung vom 22.6.2016 unter Abschnitt B).

2. Die Beklagten waren allerdings zur Auskunftserteilung über die im Tenor näher beschriebenen lebzeitigen Schenkungen der Erblasserin zu verurteilen.

[...]

6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zu Pflegschaft oder Nachtragsliquidation bei im Inland belegenem Restvermögen einer gelöschten Gesellschaft ausländischen Rechts

(BGH, Beschluss vom 22.11.2016 – II ZB 19/15)

BGB § 1913

AktG § 273 Abs. 4

FamFG § 59 Abs. 1

1. Eine Gesellschaft ausländischen Rechts, die infolge der Löschung im Register ihres Heimatstaates durch eine behördliche Anordnung ihre Rechtsfähigkeit verliert, besteht für ihr in Deutschland belegenem Vermögen als Restgesellschaft fort.

2. Wenn einzelne Abwicklungsmaßnahmen in Betracht kommen, ist entsprechend § 273 Abs. 4 Satz 1 AktG ein Nachtragsliquidator und nicht entsprechend § 1913 BGB ein Pfleger zu bestellen.

Zur Einordnung:

Der BGH befasst sich in der nachstehend abgedruckten Entscheidung mit der Frage, ob für die Erteilung einer Löschungsbevollmächtigung von einer im Register ihres Heimatstaates gelöschten Gesellschaft ausländischen Rechts ein Pfleger entsprechend § 1913 BGB oder ein Nachtragsliquidator entsprechend § 273 Abs. 4 S. 1 AktG zu bestellen ist. Die Gesellschaft war im Register ihres Heimatstaates Bahamas wegen nicht gezahlter Registergebühren durch behördliche Anordnung gelöscht worden, in Deutschland aber noch als Grundschuldgläubigerin im Grundbuch eingetragen.

Mangels im deutschen Recht kodifiziertem Gesellschaftsstatut ist bei einer im Ausland errichteten Gesellschaft das auf sie anwendbare Recht anhand der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu ermitteln (vgl. Hausmann/Odersky/Wall, IPR in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2016, § 18 Rn. 2 f.). Hierbei ist aufgrund europarechtlicher Einflüsse zu unterscheiden, ob es sich bei dem Errichtungsstaat um einen EU-Mitgliedsstaat handelt. Denn nach Rechtsprechung des EuGH bestimmt aufgrund der europarechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) bei EU-Mitgliedstaaten das Gründungsrecht nicht nur die Entstehung, sondern auch den weiteren Werdegang, insbesondere Liquidation und Beendigung der Gesellschaft (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, Einl. Rn. 64 ff. mwN zur EuGH-Rspr.; sa Krömker/Otte BB 2008, 964 [965]). Im Rahmen des EWR und aufgrund bilateraler Vereinbarungen gilt auch im Verhältnis zu weiteren Staaten die Gründungstheorie (vgl. MüKoHGB/Krafka, 4. Aufl. 2016, § 13 h Rn. 13).

Auf alle Gesellschaften, die nicht in einem dieser Staaten gegründet wurden, ist nach der Rechtsprechung aber weiterhin die Sitztheorie anzuwenden (vgl. BGH NJW 2009, 289 [290]). Damit ist in diesem Fall nicht das Recht des Gründungsortes maßgeblich, sondern das Recht des Staates, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat (BGH NJW 2009, 289 [290]).

Bei Anwendbarkeit der Sitztheorie und Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer im Ausland gegründeten Gesellschaft nach Deutschland findet eine Angleichung in eine Gesellschaftsform deutschen Rechts statt (Hausmann/Odersky/Wall, IPR in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2016, § 18 Rn. 21). Handelt es sich dabei um eine ausländische Gesellschaft, die einer Kapitalgesellschaft deutschen Rechts vergleichbar ist, erfordert das deutsche Recht die Einhaltung der Gründungsvorschriften, u.a. deren Eintragung im Handelsregister (vgl. BGH NJW 2009, 289 [290]). Ohne Einhaltung der Vorgaben deutschen Rechts ist die Gesellschaft als Personengesellschaft einzuordnen (s. zum Ganzen umfassend Hausmann/Odersky/Wall, IPR in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2016, § 18 Rn. 20 ff.).

Kommt auf die Gesellschaft ausländischen Rechts aufgrund der Sitztheorie ausländisches Recht zur Anwendung und wurde die Gesellschaft im Register ihres Heimatstaates gelöscht, ist bei in Deutschland belegenem

Restvermögen zu klären, ob die Gesellschaft im Inland trotz der Löschung im Register als Restgesellschaft fortbesteht. Nach Rechtsprechung des BGH zur Behandlung in Deutschland belegenen Restvermögens ehemaliger deutscher Unternehmen nach Zwangsenteignung in der Tschechoslowakei nach 1945 führt die Löschung einer Gesellschaft infolge staatlicher Zwangseingriffe dazu, dass die Gesellschaft hinsichtlich des Vermögens außerhalb des Heimatstaates und damit außerhalb der Reichweite des Zwangseingriffs weiterlebt (BGH NJW 1957, 1433 ff.; NJW 1961, 22 [23]; sa *Krömker/Otto* BB 2008, 964; ebenso nach Enteignung in der DDR: BGH NJW-RR 2007, 1182 [1183]). Denn Rechtsträger des in Deutschland und damit außerhalb des enteignenden Staates belegenen Vermögens soll insbesondere nicht der enteignende Staat selbst sein (so schon BGH NJW 1957, 1433 [1434]; sa OLG Jena NZI 2008, 260 [261]; *Leible/Lehmann* GmbHR 2007, 1095 [1097]). Die Lehre von der Restgesellschaft wurde in der obergerichtlichen Rechtsprechung erweitert auf Fälle, bei denen die Gesellschaft im Ausland aufgrund behördlicher Anordnung, bspw. aufgrund Nichtzahlung der dortigen Registergebühren (OLG Jena NZI 2008, 260 [261]), gelöscht wurde (so auch schon OLG Stuttgart NJW 1974, 1627 [1628]; sa OLG Nürnberg NZG 2008, 76; OLG Düsseldorf ZIP 2010, 1852 [1853]; OLG Hamm ZIP 2014, 1426 [1427]; KG NZG 2014, 901; *Leible/Lehmann* GmbHR 2007, 1095 [1097]; *Schwarz* DB 2013, 799 [800 f.]; *Krömker/Otto* BB 2008, 964). Ohne Fortbestand als Restgesellschaft wäre das Restvermögen der Gesellschaft „herrenlos“, was den Interessen der bisherigen Gesellschafter widersprechen würde (OLG Jena NZI 2008, 260 [261]; *MüKoBGB/Kindler*, 4. Aufl. 2006, Int GesR Rn. 985; *Schwarz* DB 2013, 799 [800]). Im Hinblick auf das in Deutschland noch vorhandene Restvermögen als Haftungsmasse für Gesellschaftsgläubiger sind diese Fälle mit der Rechtslage nach staatlichen Zwangseingriffen vergleichbar (OLG Jena NZI 2008, 260 [261]; OLG Nürnberg NZG 2008, 76 [77]; vgl. auch *Krömker/Otto* BB 2008, 964).

Die Vertretungsbefugnis der früheren Vertretungsorgane ist allerdings aufgrund der Löschung der Gesellschaft im Register ihres Heimatstaates ebenfalls erloschen (vgl. OLG Stuttgart NJW 1974, 1627 [1628]). Umstritten ist, wer zur Wahrnehmung der Vertretungsbefugnisse der Restgesellschaft zu bestellen ist. Teilweise wird in diesen Fällen die Bestellung eines Pflegers gem. § 1913 S. 1 BGB befürwortet (vgl. OLG Nürnberg NZG 2008, 76 [77]; *MüKoBGB/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 1913 Rn. 6 mwN; sa OLG Stuttgart NJW 1974, 1627 [1628]). Voraussetzung des § 1913 BGB ist allerdings, dass ein Beteiligter unbekannt oder ungewiss ist. Die Vorschrift kann auch bei unbekanntem juristischen Personen zur Anwendung kommen, allerdings nicht, wenn nur deren Vertretungsorgane unbekannt oder verhindert sind (*MüKoBGB/Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 1913 Rn. 6; *Erman/A. Roth*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 1913 Rn. 2). Geht man mit der hM davon aus, dass auf die im Inland fortbestehende Restgesellschaft deutsches Recht Anwendung findet (BGH WM 1963, 81 [83]; NJW-RR 1992, 168; s. umfassend hierzu *Schwarz* DB 2013, 799 [801 ff.]; *Leible/Lehmann* GmbHR 2007, 1095 [1098], *Borges* IPrax2005, 134 [138 f.], jeweils mwN; *Staudinger/Großfeld*, BGB, Int GesR, 13. Bearb. 1993, Rn. 847 ff.), wird bei Abwicklungsmaßnahmen wie bei anderen Gesellschaften deutschen Rechts nach deren Löschung im Handelsregister entsprechend § 273 Abs. 4 S. 1 AktG die

Bestellung eines Nachtragsliquidators angeregt (OLG Jena NZI 2008, 260 [262]; *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 60 Rn. 105 b mwN).

Der BGH folgt in seiner Entscheidung der von ihm entwickelten Lehre der Restgesellschaft und bestätigt, dass für die Erteilung einer Löschungsbewilligung ein Nachtragsliquidator für die Restgesellschaft zu bestellen ist. Denn aufgrund ihrer Bezeichnung als Grundschuldgläubigerin im Grundbuch war die Gesellschaft ausländischen Rechts nicht unbekannt, weshalb eine Pflegschaft ausschied.

Für die notarielle Praxis ruft die Entscheidung in Erinnerung, dass eine Gesellschaft ausländischen Rechts trotz Löschung im Heimatregister bei in Deutschland belegenen Restvermögen fortbestehen kann. Vor Bestellung eines Nachtragsliquidators empfiehlt sich im Einzelfall zu prüfen, ob die Gesellschaft ausländischen Rechts aufgrund Löschung im ausländischen Register überhaupt ihre Rechtsfähigkeit verloren hat oder ob sich ihre Rechtsfähigkeit aufgrund Geltung der Sitztheorie und tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland nach deutschem Recht richtet (sa Abschn. II 1. b) bb) in der nachstehenden Entscheidung des BGH mwN).

Die Schriftleitung (IK)

Zum Sachverhalt:

I. Die Beteiligten sind Eigentümer mehrerer Grundstücke, die in dem beim Amtsgericht Mettmann geführten Grundbuch von G. unter Blatt 1524 eingetragen sind. Auf diesen Grundstücken lastet eine Buchgrundschuld zugunsten der Betroffenen, einer Limited mit Sitz in Nassau/Bahamas, in Höhe von 3 Millionen DM.

Die Beteiligten tragen vor, dass die Betroffene im Jahr 1990 vom Vater der Beteiligten zu 1 gegründet und im Register von Nassau/Bahamas eingetragen worden sei. Seit 1991 habe der Vater der Beteiligten zu 1 sämtliche Anteile nicht mehr für sich, sondern als Treuhänder eines von der Beteiligten zu 1 gegründeten Treuhandvermögens namens "C. Trust No 4" gehalten. Im Dezember 1997 sei der Vater der Beteiligten zu 1 von seiner Funktion als Treuhänder zurückgetreten und habe die für die Kontrolle des Treuhandvermögens erforderlichen Dokumente der Beteiligten zu 1 übersandt. Am 31. August 2002 sei die Betroffene in den Registern der Bahamas wegen nicht beglichener Registergebühren schließlich gelöscht worden.

Die Beteiligten beabsichtigten, die Grundstücke zu veräußern, was aber wegen der noch für die Betroffene eingetragenen Grundschuld, die in Vergessenheit geraten sei, unmöglich sei. Da die Betroffene nach Löschung in den Registern der Bahamas nicht mehr existiere, sei zur Erteilung der Löschungsbewilligung die Anordnung einer Pflegschaft gemäß § 1913 BGB für die Betroffene notwendig.

Die Beteiligten haben die Anordnung einer Pflegschaft für die Betroffene angeregt. Das Amtsgericht hat die Anordnung abgelehnt. Die von den Beteiligten eingelegte Beschwerde hat das Landgericht wegen fehlender Beschwerdeberechtigung verworfen. Dagegen wenden sich die Beteiligten mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

Die Rechtsbeschwerde ist zulässig, aber unbegründet

II. Die Rechtsbeschwerde ist aufgrund der Zulassung durch das Landgericht, an die der Senat gebunden ist, nach § 70 Abs. 1 FamFG statthaft und auch ansonsten zulässig. Insbesondere sind die Beteiligten beschwerdeberechtigt, weil das Landgericht ihre Erstbeschwerde verworfen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2014 – XII ZB 406/13, NJW 2015, 58 = NZFam 2014, 1110; Beschluss vom 18. April 2012 – XII ZB 624/11, FamRZ 2012, 1131 = BeckRS 2012, 10741). Sie hat aber in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Landgericht ist der Auffassung, dass die Beteiligten keine unmittelbare Beeinträchtigung in subjektiven Rechten gemäß § 59 Abs. 1 FamFG geltend machen könnten. Ein bloßes rechtliches Interesse an der Änderung der Verfügung genüge nicht. Die Beteiligten seien durch die Ablehnung der Anordnung einer Pflegschaft nur als Eigentümer der Grundstücke berührt, und beabsichtigten, mit der Anordnung einer Pflegschaft einen Rechtsstreit gegen die Betroffene zu umgehen. Auswirkungen auf ihre Rechtsstellung, etwa dass diese ihnen vorenthalten oder erschwert werde, ließen sich damit nicht begründen. Nicht dargetan hätten die Beteiligten ferner, dass ihnen die Löschungsbewilligung durch die Betroffene verweigert oder das Grundbuchamt mit Verweis darauf, die Betroffene existiere nicht mehr, ein Lösungsbegehren zurückgewiesen hätte. Auch ein Fall von § 59 Abs. 2 FamFG liege nicht vor. Selbst bei Annahme eines zulässig eingelegten Rechtsmittels habe die Beschwerde in der Sache aus den vom Amtsgericht dargelegten Gründen keinen Erfolg, wonach schon die tatsächliche Löschung der Betroffenen in den Registern des Gründungsstaates nicht feststellbar sei, und es ferner am notwendigen "Fürsorgebedürfnis" fehle. Zudem sei bei Anwendung sowohl des Rechts des Gründungsstaates als auch deutschen Sachrechts nicht davon auszugehen, dass die Betroffene nach Löschung in den Registern des Staates der Bahamas nicht mehr existiere. Der Inhaber der Grundsuld sei deshalb weder unbekannt noch ungewiss, so dass der Anwendungsbereich des § 1913 BGB nicht eröffnet sei.

Den Beteiligten fehlte die Beschwerdeberechtigung

Das hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand. Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass den Beteiligten die Beschwerdeberechtigung fehlt.

Die Beschwerdeberechtigung erfordert die Beeinträchtigung eines Rechts, ein bloßes rechtliches Interesse an der Pflegschaft genügt nicht

a) Zur Beschwerde berechtigt ist nach § 59 Abs. 1 FamFG nur, wer durch den Beschluss in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Das bloße rechtliche Interesse an der Anordnung einer Pflegschaft genügt dafür grundsätzlich nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 18. April 2012 – XII ZB 623/11, NJW 2012, 2039 Rn. 8 = FGPrax 2012, 164). Ausnahmsweise kann die Anordnung einer Pflegschaft zur Wahrung des Rechts auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes auch im Interesse eines Dritten geboten sein, so dass der Dritte gegen den Beschluss, mit dem die Anordnung einer Pflegschaft abgelehnt wird, beschwerdeberechtigt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 18. April 2012 – XII ZB 623/11, NJW 2012, 2039 Rn. 10 = FGPrax 2012, 164; Beschluss vom 19. Januar 2011 – XII ZB 326/10, NJW 2011, 1739 Rn. 11 zur Anordnung einer Betreuung). Die Aus-

nahme setzt voraus, dass dem Dritten ohne die Bestellung eines Pflegers der effektive Rechtsschutz abgeschnitten wäre, was bereits im Rahmen der Beschwerdebefugnis darzulegen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 18. April 2012 – XII ZB 623/11, NJW 2012, 2039 Rn. 10 = FGPrax 2012, 164). Die tatsächlichen Grundlagen einer Rechtsbeeinträchtigung, bei denen es sich um doppelrelevante Tatsachen handelt, die sowohl für die Zulässigkeit als auch für die Begründetheit der Beschwerde entscheidend sind, müssen schlüssig vorgetragen sein (vgl. BGH, Beschluss vom 24. April 2012 – II ZB 8/10, ZIP 2012, 1097 Rn. 15 mwN = NZG 2012, 633).

Die Anordnung einer Pflegschaft scheidet aus, wenn der Rechtsträger als solcher bekannt ist und nur seine Organe verhindert oder unbekannt sind

b) Der Vortrag der Beteiligten, mit dem sie ihr Begehren begründen, trägt nicht die Annahme, dass ihnen ohne die Anordnung einer Pflegschaft gemäß § 1913 BGB der effektive Rechtsschutz zur weiteren Klärung des Fortbestands der auf ihren Grundstücken lastenden Grundsuld abgeschnitten wäre. Die Anordnung einer Pflegschaft nach § 1913 BGB scheidet aus, wenn der rechtliche Träger des Vermögens als solcher bekannt ist und nur seine Organe verhindert oder unbekannt sind (vgl. MünchKommBGB/Schwab, 6. Aufl., § 1913 Rn. 6; Erman/Roth, BGB, 14. Aufl., § 1913 Rn. 2; Beitzke, Festschrift Ballerstedt, 1975, Seite 189, 192; aA OLG Nürnberg NZG 2008, 76, 77 f.).

Der rechtliche Träger der auf den Grundstücken lastenden Grundsuld ist nicht unbekannt. Wenn die Betroffene bei Anwendbarkeit des Rechts der Bahamas infolge der Löschung ihre Rechtsfähigkeit verloren hat und damit erloschen war, gilt sie für ihr in Deutschland belegenes Vermögen als fortbestehend. Wenn auf sie dagegen deutsches Recht anwendbar gewesen sein sollte, hätte die von den Beteiligten behauptete Löschung der Betroffenen in den Registern des Staates der Bahamas ebenfalls keine Auswirkung auf ihre Rechtsfähigkeit und ihren Fortbestand.

Die Gesellschaft ausländischen Rechts besteht nach ihrer Löschung für ihr in Deutschland belegenes Vermögen als Restgesellschaft fort

aa) Die Betroffene gilt für ihr in Deutschland belegenes Vermögen als Restgesellschaft als fortbestehend, wenn auf sie das Recht der Bahamas anwendbar ist und sie infolge der Löschung wegen nicht beglichener Registergebühren ihre Rechtsfähigkeit endgültig verloren hat.

(1) Eine Gesellschaft ausländischen Rechts, die infolge der Löschung im Register ihres Heimatstaates durch eine behördliche Anordnung ihre Rechtsfähigkeit verliert, besteht für ihr in Deutschland belegenes Vermögen als Restgesellschaft fort.

Ein Rechtsträger, der in seinem Heimatstaat infolge staatlicher Zwangseingriffe untergegangen ist, lebt hinsichtlich seines von Zwangsmaßnahmen nicht berührten Vermögens außerhalb seines Heimatstaates weiter, und sei es auch nur zum Zwecke der Liquidation (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 11. Juli 1957 – II ZR 318/55, BGHZ 25, 134, 143 f. = NJW 1957, 1433; Urteil vom 6. Oktober 1960 – VII ZR 136/59, BGHZ 33, 195, 197 f. = NJW 1961, 22; Urteil vom 21. Januar 1965 – II ZR 120/62, BGHZ 43, 51, 55 f. = NJW 1965, 969; Beschluss vom 1. Juni 1970 – II ZB 4/69, – WM 1970, 983, 984 = BeckRS 1970, 31121525; Urteil vom 30. September 1991 – II ZR

47/91, ZIP 1991, 1423, 1424 = NJW-RR 1992, 168 = DStR 1991, 1632; Beschluss vom 5. März 2007 – II ARZ 2/05, ZIP 2007, 859 = NZG 2007, 429 = NJW-RR 2007, 1182). Das im Ausland belegene Vermögen wird nicht herrenlos, sondern gehört nach wie vor dem im Interesse der Gesellschafter wie auch der Gläubiger als Restgesellschaft weiterbestehenden Rechtsträger, selbst wenn dieser nach dem Recht seines Heimatstaates erloschen ist (vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 1960 – VII ZR 136/59, BGHZ 33, 195, 198; Urteil vom 21. Januar 1965 – II ZR 120/62, BGHZ 43, 51, 55; Urteil vom 5. Mai 1977 – III ZR 2/75, WM 1977, 730, 732 = BeckRS 1977, 30396428).

Diese ursprünglich zu Fallgestaltungen staatlicher Enteignungen entwickelten Grundsätze der Rest- und Spaltgesellschaft sind auf im Ausland infolge einer behördlicher Anordnung gelöschte Gesellschaften übertragbar (vgl. schon OLG Stuttgart NJW 1974, 1627; OLG Jena ZIP 2007, 1709, 1710 = NZI 2008, 260; OLG Nürnberg NZG 2008, 76; OLG Düsseldorf ZIP 2010, 1852; OLG Hamm ZIP 2014, 1426; KG, ZIP 2014, 1755, 1756 = NZG 2014, 901 = NJW 2014, 2737; OLG Brandenburg, ZIP 2016, 1871 = GWR 2016, 421; Borges, IPrax 2005, 134, 137; Leible/Lehmann, GmbHR 2007, 1095, 1097; Schwarz, DB 2013, 799, 800; Krömker/Otto, BB 2008, 964). Auch hier stehen einer Behandlung als herrenlose oder rechtsträgerlose Vermögensmasse die Interessen der bisherigen Vermögensinhaber, aber auch der potenziellen Gesellschaftsgläubiger entgegen.

Für einzelne Abwicklungsmaßnahmen der Restgesellschaft ist entsprechend § 273 Abs. 4 S. 1 AktG ein Nachtragsliquidator zu bestellen

(2) Für eine danach bestehende Restgesellschaft kann auch ein Vertretungsorgan bestimmt werden. Wenn einzelne Abwicklungsmaßnahmen in Betracht kommen, ist entsprechend § 273 Abs. 4 Satz 1 AktG ein Nachtragsliquidator zu bestellen.

Eine im Inland entstandene Restgesellschaft ist grundsätzlich nach deutschem Recht zu beurteilen, insbesondere auch abzuwickeln und umzugründen (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Oktober 1962 – II ARZ 2/61, WM 1963, 81, 83; Beschluss vom 1. Juni 1970 – II ZB 4/69, WM 1970, 983, 984 = BeckRS 1970, 31121525; Urteil vom 30. September 1991 – II ZR 47/91, ZIP 1991, 1423 = NJW-RR 1992, 168 = DStR 1991, 1632; aA OLG Jena, ZIP 2007, 1709, 1711 = NZI 2008, 260). Zu ihrer Vertretung im Rechtsverkehr sind die Organe der im Ausland untergegangenen Gesellschaft nicht mehr befugt, wenn mit dem Erlöschen der Gesellschaft die Funktion der Organe und infolgedessen auch deren Vertretungsmacht endete (vgl. J. Schmidt, ZIP 2008, 2400, 2401).

Die Organe der Restgesellschaft sind gesellschaftsrechtlich zu bestimmen

Die Organe einer Restgesellschaft sind gesellschaftsrechtlich zu bestimmen (vgl. BGH, Beschluss vom 12. März 1984 – II ARZ 2/83, WM 1984, 698; Beschluss vom 19. November 1984 – II ARZ 11/84, WM 1985, 126; Beschluss vom 5. März 2007 – II ARZ 2/05, ZIP 2007, 1028, 1029). Dabei ist zu beachten, dass sich der als Restgesellschaft im Inland fortbestehende Rechtsträger in einer Ausnahmesituation befindet, die es rechtfertigt, vorrangig an praktischen Bedürfnissen gemessene Lösungen als wirksam zu behandeln. Selbst wenn sie unter gewöhnlichen Verhältnissen nicht in Betracht kämen, soll damit der Restgesellschaft die Möglichkeit eröffnet werden, die ihr noch

verbliebenen Funktionen und Aufgaben sachgerecht wahrnehmen zu können (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Juni 1970 – II ZB 4/69, WM 1970, 983, 984 = BeckRS 1970, 31121525; Urteil vom 30. September 1991 – II ZR 47/91, ZIP 1991, 1423, 1425 = NJW-RR 1992, 168 = DStR 1991, 1632; Staudinger/Großfeld, BGB, 1998, IntGesR, Rn. 918).

Die Bestellung eines Nachtragsliquidators ist sachgerecht

Zur Bewältigung von Abwicklungsmaßnahmen bei ursprünglich körperschaftlich strukturierten Gesellschaften ist die Bestellung eines Nachtragsliquidators sachgerecht (vgl. OLG Jena, ZIP 2007, 1709, 1711 = NZI 2008, 260; J. Schmidt, ZIP 2008, 2400, 2401; Krömker/Otto, BB 2008, 964, 965; Leible/Lehmann, GmbHR 2007, 1095, 1098). Damit lassen sich die Interessen der Beteiligten, der Gesellschaft wie auch potenzieller Gläubiger ausreichend wahren, ohne das Bedürfnis nach einer praktikablen Vorgehensweise zu vernachlässigen. In der vorliegenden Fallgestaltung, wie sie nach dem Vortrag der Beteiligten zu unterstellen ist, dient die Restgesellschaft allein dazu, die rechtliche Klärung über den Fortbestand einer zu ihren Gunsten eingetragenen Grundsuld herbeizuführen. Der Betrieb der Gesellschaft im Übrigen war bereits langjährig eingestellt und auch organisatorisch existierte sie nicht mehr.

Soweit – wie hier – nur einzelne Abwicklungsmaßnahmen in Betracht kommen, ist § 273 Abs. 4 Satz 1 AktG entsprechend heranzuziehen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 1988 – II ZR 92/88, BGHZ 105, 259, 262 = DNotZ 1989, 387; Beschluss vom 23. Februar 1970 – II ZB 5/69, BGHZ 53, 264 = NJW 1970, 1044; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 60 Rn. 105). Sind keine anderweitigen Anhaltspunkte vorhanden, ist für die Bestellung des Nachtragsliquidators dasjenige Amtsgericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk sich das Vermögensrecht befindet (vgl. BGH, Beschluss vom 5. März 2007 – II ARZ 2/05, ZIP 2007, 1028, 1029).

Käme allerdings auf die Betroffene als werbende Gesellschaft deutsches Recht zur Anwendung, hätte die Löschung im ausländischen Register keine Wirkung für die Rechtsfähigkeit und den Fortbestand

bb) Anders wäre dies, wenn auf die Betroffene als werbende Gesellschaft deutsches Recht anwendbar wäre. Bei einer Einordnung der Betroffenen in die gesellschaftsrechtlichen Rechtsformen nach deutschem Recht käme der von den Beteiligten behaupteten Löschung der Betroffenen in den Registern des Staates der Bahamas keine Wirkung für die Rechtsfähigkeit und den Fortbestand zu. Die Vertretung im Rechtsverkehr wäre vielmehr aus der gesellschaftsrechtlichen Einordnung der Betroffenen nach deutschem Recht zu bestimmen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Oktober 2008 – II ZR 158/06, BGHZ 178, 192 Rn. 25 = DNotZ 2009, 385 [386 ff.] – Trabrennbahn).

Bei einer Gesellschaft, die – wie vorliegend nach dem Vortrag der Beteiligten – in einem Drittstaat gegründet worden sein soll, der weder der Europäischen Union oder dem Europäischen Wirtschaftsraum angehört noch aufgrund von Verträgen hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit gleichgestellt ist, beurteilt sich das Gesellschaftsstatut nach den allgemeinen Regeln des deutschen internationalen Privatrechts, denen zufolge für die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft das Recht des Staates maßgeblich ist, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat (vgl. nur

BGH, Urteil vom 27. Oktober 2008 – II ZR 158/06, BGHZ 178, 192 Rn. 12 ff. = DNotZ 2009, 385 [386 ff.] – Trabrennbahn; Urteil vom 12. Juli 2011 – II ZR 28/10, BGHZ 190, 242 Rn. 16 f.; Urteil vom 8. September 2016 – III ZR 7/15, WM 2016, 1943 Rn. 13).

Sollte sich der tatsächliche Verwaltungssitz der Betroffenen zuletzt in Deutschland befunden haben, wäre die Rechtsfähigkeit der Betroffenen als in einem Drittstaat gegründeter Gesellschaft und daraus folgend auch ihre Vertretung im Rechtsverkehr nach deutschem Recht zu beurteilen. Der Staat der Bahamas gehört weder zur Europäischen Union bzw. zum Europäischen Wirtschaftsraum noch bestehen völkerrechtliche Verträge, denen zufolge eine nach dem Recht des Staates der Bahamas gegründete Gesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland gleichwohl nach dem Recht ihres Gründungsstaates zu behandeln wäre. Um als Gesellschaft mit beschränkter Haftung rechtsfähig zu sein, hätte die Betroffene im deutschen Handelsregister eingetragen sein müssen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Oktober 2008 – II ZR 158/06, BGHZ 178, 192 Rn. 23 = DNotZ 2009, 385 [388] – Trabrennbahn; Beschluss vom 8. Oktober 2009 – IX ZR 227/06, ZIP 2009, 2385 Rn. 5). Je nach Ausgestaltung der gesellschaftlichen Organisationsverhältnisse kann eine in einem Drittstaat gegründete Gesellschaft mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland auch ohne Eintragung im deutschen Handelsregister als rechtsfähige Personengesellschaft, im Fall des Betriebs eines Handelsgewerbes typischerweise als offene Handelsgesellschaft, oder ohne einen solchen als Gesellschaft bürgerlichen Rechts, zu behandeln sein (vgl. BGH, Urteil vom 1. Juli 2002 – II ZR 380/00, BGHZ 151, 204, 207; MünchKommBGB/Kindler, IntGesR, 6. Aufl. Rn. 491 ff.). Sollte es an einer gesellschaftlichen Verbundenheit mehrerer Personen fehlen, kommt ein einzelkaufmännisches Unternehmen in individueller Trägerschaft in Betracht (Münch KommBGB/Kindler, IntGesR, 6. Aufl. Rn. 486 ff.). ■

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Irreführung über geschäftliche Verhältnisse bei einer Personenfirma

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.1.2017 – I-3 Wx 81/16, mitgeteilt durch *Notar Dr. Paul Terner, LL.M., Neuss*)

HGB § 18 Abs. 2
FamFG §§ 58, 63, 63
GVG § 119 Abs. 1 Nr. 1b

Die Verwendung eines Namens (hier: des verstorbenen Urgroßvaters der Mehrheitsgesellschafter "L.D.") in der Firma eines über das Internet handelnden Autohauses ("A.L.D. GmbH & Co. KG") ist zur Irreführung im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB solange nicht geeignet, wie eine hierdurch signalisierte personelle Beteiligung schon deshalb wirtschaftliche Entscheidungen nicht beeinflussen kann, weil die maßgeblichen Verkehrskreise mangels Kenntnis dieser Person ein Vertrauen mit ihr nicht verbinden.

Zur Einordnung:

Das OLG Düsseldorf befasst sich in diesem Beschluss mit den Voraussetzungen der Irreführung über geschäftliche Verhältnisse gem. § 18 Abs. 2 HGB bei Verwendung einer Personenfirma.

Vor Änderung des Handelsrechts durch das Handelsrechtsreformgesetz 1998 unterlag die Firma von Kaufleuten aller Rechtsformen strengen Anforderungen. Insbesondere Einzelkaufleute und Personenhandelsgesellschaften waren aufgrund der vorgeschriebenen Verwendung des Familiennamens bei Auswahl der Firma eingeschränkt (§§ 18, 19 HGB aF; s. zu den früheren Anforderungen MüKoHGB/Heidinger, 4. Aufl. 2016, § 18 Rn. 1). Nunmehr steht Kaufleuten rechtsformunabhängig bei Auswahl ihrer Firma offen, eine Sach- oder Personenfirma, Phantasie- oder Mischfirma zu verwenden. Grenzen normiert § 18 HGB, um durch einige Grundvoraussetzungen einen Mindestschutz des Geschäftsverkehrs zu gewährleisten (Henssler/Strohn/Wamser, GesR, 3. Aufl. 2016, § 18 HGB Rn. 1). So muss die Firma gem. § 18 Abs. 1 HGB zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen und damit die Namensfunktion im Geschäftsverkehr wahrnehmen (MüKoHGB/Heidinger, 4. Aufl. 2016, § 18 Rn. 1). § 18 Abs. 2 S. 1 HGB verlangt zudem, dass die Firma keine Angaben enthält, die zur Irreführung über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, geeignet sind. Dieses firmenrechtliche Irreführungsverbot gilt für sämtliche Einzelbestandteile der Firma ebenso wie für die Firma als ganzes (Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 37. Aufl. 2016, § 18 Rn. 1).

Das Irreführungsverbot unterliegt zwei Schwellen: Zum einen ist die Eignung zur Irreführung verfahrensrechtlich gem. § 18 Abs. 2 S. 2 HGB nur dann zu berücksichtigen, wenn sie ersichtlich ist. Diese Anforderung, die vor allem der Beschleunigung des Eintragungsverfahrens dient, ist erfüllt, wenn die Eignung der Firma zur Täuschung nicht fern liegt und ohne umfangreiche Beweisaufnahme erkennbar ist (vgl. Krafka/Kühn, RegisterR, 10. Aufl. 2017, Rn. F 224).

Zum anderen fordert § 18 Abs. 2 S. 1 HGB materiellrechtlich, dass die Irreführung geschäftliche Verhältnisse betrifft, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich und nicht nur von nebensächlicher Bedeutung sind (Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 37. Aufl. 2016, § 18 Rn. 1, 13). Zu den geschäftlichen Verhältnissen können bspw. Art, Umfang oder Bedeutung des Unternehmens, geographische Angaben zur Herbeiführung einer Alleinstellung, Alter des Unternehmens oder Berufsbezeichnungen zählen (Krafka/Kühn, RegisterR, 10. Aufl. 2017, Rn. F 222). Maßgeblich ist dabei nicht eine tatsächlich erfolgte Irreführung, sondern die objektive Eignung der verwendeten Firma zur Irreführung über wesentliche geschäftliche Verhältnisse (Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 37. Aufl. 2016, § 18 Rn. 13), wobei auf den mit der Firma angesprochenen Verkehrskreis abzustellen ist (Henssler/Strohn/Wamser, GesR, 3. Aufl. 2016, § 18 HGB Rn. 5).

Wird eine Personenfirma verwendet, ohne dass der Namensträger in das Unternehmen eingebunden ist, kommt zunächst eine zulässige Firmenfortführung gem. § 24 Abs. 1 HGB in Betracht. Denn der in dieser Vorschrift enthaltene Grundsatz der Firmenbeständigkeit geht dem Grundsatz der Firmenwahrheit vor; § 24 Abs. 1 HGB ist insoweit *lex specialis* zu § 18 Abs. 2 HGB (Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 37. Aufl. 2016, § 24 Rn. 3). Ohne Firmenfortführung ist im Rahmen von § 18 Abs. 2 HGB zu prüfen, ob der Namensträger für die angesprochenen Verkehrskreise in einem auch nur geringen Maße relevant ist, sie davon ausgehen, dass der Namensträger

selbst in das Unternehmen eingebunden ist und diese Einbindung für sie von wesentlicher Bedeutung für die wirtschaftliche Entscheidung ist (ThürOLG Jena DNotZ 2010, 935 [936]; sa LG München I MittBayNot 2007, 71; LG Wiesbaden NJW-RR 2004, 1106; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 4 Rn. 12; Krafka/Kühn, RegisterR, 10. Aufl. 2017, Rn. F 222). So kann ein Personennamen dann von wesentlicher Bedeutung sein, wenn der Namensträger in der Branche ein besonderes Vertrauen genießt (ThürOLG Jena DNotZ 2010, 935 [936] mwN; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 4 Rn. 35: bspw. „Beckenbauer Fußballartikel GmbH“ oder „Steffi Graf Tennismoden GmbH“). Ist der Namensträger in diesen Fällen nicht in das Unternehmen eingebunden, ist von einer Irreführung auszugehen (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 4 Rn. 35). Das OLG Düsseldorf folgt in seiner Entscheidung diesen Grundsätzen und verneint die Relevanz des in der Firma verwendeten Namens des Urgroßvaters der Mehrheitsgesellschafter für die bei einem Online-Autohaus angesprochenen Verkehrskreise.

Die Schriftleitung (IK)

Zum Sachverhalt:

I. Die Beteiligte ist unter der Firma A. W. GmbH & Co. KG im Handelsregister eingetragen. Mit Schreiben vom 4. Januar 2016 hat die Beteiligte die – geänderte – Firma „A. L. D. GmbH & Co. KG“ zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Die Firma der persönlich haftenden Gesellschaft lautet nach einer Änderung der Firmierung nunmehr „A. D. Verwaltungs GmbH“.

Das Handelsregister hat den Antrag mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen. Es hat ausgeführt, die gewählte Firma sei zur Täuschung der angesprochenen Verkehrskreise i.S.d. § 18 Abs. 2 HGB geeignet. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass durch die Werbung und den Vertrieb von Fahrzeugen über das Internet nicht nur lokale Verkehrskreise angesprochen würden. Es handele sich nicht um eine Sachfirma, sondern um eine Personenfirma, denn als solche werde sie wahrgenommen. Verstärkt werde diese Wahrnehmung durch den Firmenbestandteil „Autohaus“. Der gewählte Firmenkern indiziere, dass eine Person mit Namen L. D. gesellschaftsrechtlich zumindest Einfluss auf den Betrieb eines Autohauses habe, was im vorliegenden Fall allerdings erkennbar nicht gegeben sei. Soweit es sich bei dem Namensgeber angeblich um einen Vorfahren (Urgroßvater) eines Teils der Gesellschafter handele, sei ein aktueller Bezug zu der Gesellschaft nicht gegeben und auch aus den Namensgebungen seit Eintragung in das Handelsregister nicht ersichtlich. Auf eine Erwähnung in der Darstellung der „Firmengeschichte“ durch das Unternehmen komme es nicht an. Es sei auch zu berücksichtigen, dass der Vertrieb von Automobilen in den letzten Jahrzehnten erhebliche strukturelle Änderungen erfahren habe. Ein Bezug der Person „L. D.“ zur Gesellschaft sei daher allenfalls anekdotischer Art. Ein Bezug zum gegenwärtigen Geschäft des Unternehmens bestehe offensichtlich überhaupt nicht. Maßgeblich für die Frage, ob eine Täuschung vorliege, seien allein die angesprochenen Verkehrskreise der Gegenwart. Unter diesem Maßstab habe die Anmeldung nicht vollzogen werden können. In Betracht wäre allerdings eine Firmierung unter dem unver-

änderten Namen der persönlich haftenden Gesellschafterin gekommen.

Gegen diesen Beschluss wendet sich die Beteiligte mit ihrer Beschwerde, zu deren Begründung sie anführt, Hintergrund der mit der zuständigen Industrie- und Handelskammer abgestimmten Änderung sei, dass die aktuellen Mehrheitsgesellschafter die Urenkel des L. D. seien und dass diese bereits eine Vielzahl von Autohäusern unter gleicher oder ähnlicher Firmierung im Rheinland betrieben. Es sei hier eine Sachfirma unter Verwendung des Namens einer seit längerem verstorbenen Person gebildet. Eine Eignung zur Irreführung des Rechtsverkehrs werde in diesem Fall allenfalls dann angenommen, wenn es keinerlei Bezug der verstorbenen Person zum Unternehmen gebe. Eine solche Beziehung gebe es hier aber, da L. D. der Urgroßvater der Familie Da. (Mehrheitsgesellschafter der KG) sei. Die Familie Da. betreibe unter dieser Firmierung eine Vielzahl von Autohäusern im ganzen Rheinland. Soweit die Identität der Firma von Komplementärin und KG gefordert werde, handele es sich um einen anderen Aspekt. Es gebe keinen Grundsatz, wonach bei einer GmbH & Co. KG die Firma aus dem Namen der GmbH oder deren Unternehmensgegenstand gebildet sein müsse.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig und begründet

II. Die gem. § 58 FamFG statthafte Beschwerde ist gem. §§ 63, 64 FamFG fristgerecht und formgültig eingelegt worden. Sie ist gem. § 69 FamFG i.V.m. § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG bei dem Senat zur Entscheidung angefallen.

Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Bei Irreführung eines Firmennamens über geschäftliche Verhältnisse kann die Eintragung der Firma in das Handelsregister abgelehnt werden

Gem. § 18 Abs. 2 HGB kann die Eintragung einer Firma in das Handelsregister abgelehnt werden, wenn der gewählte Firmenname über geschäftliche Verhältnisse irreführt, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind. Zur Irreführung geeignet sind solche Angaben, die bei einem Angehörigen der angesprochenen Verkehrskreise Fehlvorstellungen hervorrufen können. Ob eine Eignung zur Irreführung gegeben ist, ist vom Standpunkt der beteiligten Verkehrskreise, z.B. Käuferschaft, branchenkundige Kaufleute, Lieferanten und Kreditgeber zu beurteilen. Als Maßstab dient die Sicht des durchschnittlichen Angehörigen des betroffenen Personenkreises bei verständiger Würdigung. Maßgebend ist also auf den „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“ abzustellen (Thür.OLG MDR 2010, 1128 = DNotZ 2010, 935).

Allein die Verwendung des Namens eines Nichtgesellschafter ist nicht ohne weiteres als irreführend anzusehen. Vielmehr beginnt eine Irreführung erst dort, wo Namen verwendet werden, die für die beteiligten Verkehrskreise Relevanz haben und in ihrer Verwendung den Schluss auf eine maßgebliche Beteiligung des Namensträgers nahelegen, insbesondere wenn der durch die Verwendung des Personennamens begründete Schluss auf eine maßgebliche Beteiligung des Namensträgers von wesentlicher Bedeu-

tung für die wirtschaftliche Entscheidung ist, etwa weil der Person im Zusammenhang mit einem bestimmten Tätigkeitsbereich ein gewisses Vertrauen entgegengebracht wird (Thür.OLG, a.a.O., m.w.Nw. = DNotZ 2010, 935; OLG Rostock, NJW-RR 2015, 491 = NZG 2015, 243; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 21. Aufl. 2017, § 4 Rn. 12; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Auflage 2016, § 4 Rn. 34 f.).

Auch Phantasie, Sach-, Personen- oder Mischfirmen sind zulässig, so dass auch der Name einer nicht existierenden Person verwendet werden kann

Demgegenüber verstößt die Verwendung eines fiktiven Namens i.d.R. nicht gegen das Verbot der Irreführung (Reuschle, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl. 2014, § 18 Rn. 13). Denn für die angesprochenen Verkehrskreise hat es keine Relevanz, ob der Name einer fiktiven Person verwendet wird. Den Kunden wird es im Regelfall gleichgültig sein, wer als Gesellschafter an der Gesellschaft beteiligt sei und ob es sich bei dem Namen der Gesellschaft um einen Fantasienamen oder um den Namen einer tatsächlich existierenden Person handelt, die in irgendeiner Form an der Gesellschaft beteiligt ist. Wenn die betroffenen Verkehrskreise den Namen nicht einer bestimmten Person zuordnen können, ist es für ihre wirtschaftliche Entscheidung auch ohne Bedeutung, ob es sich um den Namen einer existenten oder fiktiven Person handelt (Thür.OLG, a.a.O. = DNotZ 2010, 935). Seit den Unternehmen durch das seit 1998 reformierte Handelsrecht größere Wahlmöglichkeiten bei der Bildung aussagekräftiger und werbewirksamer Firmen eingeräumt worden sind, sind auch Phantasie, Sach- und Personenfirmen oder Mischfirmen zulässig, so dass die Verwendung des Namens einer tatsächlich nicht existierenden Person nach aktuellem Recht keine relevante Irreführung birgt. Kennt der durchschnittliche Angehörige der angesprochenen Verkehrskreise den Träger des verwendeten Namens nicht, kann durch ihn auch keine Verwechslung entstehen (OLG München MDR 2013, 44 = FGPrax 2013, 35 = NZG 2013, 108).

Eine Irreführung liegt bei Verwendung des Namens L. D. nicht vor

Nach diesen Grundsätzen verstößt die Verwendung des Namens „A. L. D. GmbH & Co. KG“ nicht gegen das Irreführungsgebot. Zwar handelt es sich nicht um einen fiktiven Namen, sondern um den Namen des (verstorbenen) Urgroßvaters der Mehrheitsgesellschafter. Da den angesprochenen Verkehrskreisen die Person L. D. nicht bekannt sein dürfte, ist aber nicht erkennbar, inwiefern die Verwendung des Namens zur Irreführung geeignet und für wirtschaftliche Entscheidungen von Bedeutung sein könnte. Darüber hinaus besteht ausweislich der auf www...de veröffentlichten Firmengeschichte sogar ein Bezug zu dem Unternehmen, das sich seit 140 Jahren in Familienbesitz befindet und offensichtlich in seinen Anfängen von L. D. geführt wurde.

Im Hinblick auf den Erfolg des Rechtsmittels ist weder eine Kostenentscheidung, noch eine Wertfestsetzung, noch eine Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde veranlasst. ■

8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Herausformwechsel einer GmbH in eine italienische S. r. l.

(*OLG Frankfurt am Main*, Beschluss vom 3.1.2017 – 20 W 88/15)

UmwG §§ 1 Abs. 2, 122 a, 190, 192 Abs. 2 S. 2
 AEUV Art. 49, 54
 EGV Art. 43, 48
 GNotKG § 22 Abs. 1, 25 Abs. 1
 SE-VO Art. 8
 EWIV-VO Art. 13

1. Der "Herausformwechsel" einer deutschen GmbH nach Italien in die dortige Rechtsform einer S. r. l. ist unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 49 und 54 AEUV bzw. vormalig Art. 43 und 48 EGV grundsätzlich zulässig.
2. Zur entsprechenden Anwendung von § 202 Abs. 1 Nr. 1 und 3, Abs. 2 und Abs. 3 UmwG durch das Registergericht auf einen derartigen "Herausformwechsel", für den Fall, dass die entsprechende Eintragung im Handelsregister in Rom/Italien bereits erfolgt ist.
 (RNotZ-Leitsätze)

Zum Sachverhalt:

I. Die Beschwerdeführerin ist derzeit im Handelsregister des Amtsgerichts Frankfurt am Main als Gesellschaft mit beschränkter Haftung eingetragen, wobei sich deren Stammkapital nach einer Erhöhung seit dem 14.6.2006 auf 500.000 € beläuft.

Im Handelsregister eingetragener Sitz der Beschwerdeführerin ist, wie bereits zürn Zeitpunkt ihrer Gründung, Frankfurt am Main. Dem entspricht die Fassung des letzten zum Sonderband der Registerakten genommenen Gesellschaftsvertrages der Beschwerdeführerin in dessen § 1 (2), wo es heißt: „Die Gesellschaft hat ihren Sitz in F. und im Rahmen der Gesetze kann sie Zweitsitze, Filialen und Repräsentanzen – auch im Ausland – einrichten“ (Bl. 208 des Sonderbandes der Registerakten).

Alleiniger im Handelsregister eingetragener Geschäftsführer der Beschwerdeführerin ist G. Z.

Ausweislich der letzten im Handelsregister am 27.10.2014 aufgenommenen Gesellschafterliste vom 21.10.2014 sind Gesellschafter der Beschwerdeführerin der zuvor genannte Geschäftsführer mit sechs Geschäftsanteilen in Höhe von insgesamt 421.450,00 € sowie E. G1. mit drei Geschäftsanteilen in Höhe von insgesamt 78.550,00 €. Zuvor wies die zum 13.6.2007 erstellte, und im elektronischen Handelsregister einsehbare Gesellschafterliste der Beschwerdeführerin neben den vorgenannten beiden Gesellschaftern noch die Beschwerdeführerin selbst mit drei eigenen Geschäftsanteilen in Höhe von insgesamt 25.150,00 € aus, die nunmehr auch von dem Geschäftsführer gehalten werden.

Die hier verfahrensgegenständliche Anmeldung des Geschäftsführers vom 15.9.2014, auf die nebst ihren Anlagen Bezug genommen wird, hat im Wesentlichen folgenden Inhalt:

»...«

und melde zur Eintragung an:

1. § 1 (2) des Gesellschaftsvertrages wird wie folgt geändert: „§ 1 Firma, Sitz (2) die Gesellschaft hat ihren Sitz in R. (Italien).“

2. Die Gesellschafter wählen als italienische Rechtsform die „società a responsabilita limitata“. Der Antrag in das Handelsregister R. wird bei einer vor dem italienischen Notar unverzüglich abzuhaltenden Gesellschafterversammlung gestellt.

3. Die Gesellschaft wird ihre Geschäftsadresse unter folgender Anschrift in Italien haben: ..., R. Italien...“.

Die Anmeldung nimmt Bezug auf einen Gesellschafterbeschluss der Beschwerdeführerin vom 15.9.2014 zu Urkundenrolle Nr. ... des Notars Dr. S., F., auf den Bezug genommen wird. Ausweislich des Inhalts dieser Urkunde ist der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin für sich selbst, aufgrund einer von einer italienischen Notarin unterschriftsbeglaubigten Vollmacht des Mitgesellschafters E, G1. vom 11.9.2014 für diesen sowie als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin aufgetreten und hat folgenden Beschluss gefasst:

„...“

1. § 1 (2) des Gesellschaftsvertrages wird wie folgt geändert: „§ I. Firma, Sitz

(2) die Gesellschaft hat ihren Sitz in R. (Italien).“

2. Die Gesellschafter wählen als italienische Rechtsform die „società a responsabilita limitata“. Der Antrag an das Handelsregister R. wird bei einer vor dem italienischen Notar unverzüglich abzuhaltenden Gesellschafterversammlung gestellt.

...“.

2. Mit Schreiben vom 29.9.2014 hat eine Rechtspflegerin des Registergericht Notar Dr. S. mit der Bitte um Rücknahme der Anmeldung angeschrieben (Bl. 99 der Registerakten). Unter Bezugnahme auf eine Kommentarstelle hat die Rechtspflegerin die Auffassung vertreten, der Sitzungssitz müsse ein Ort innerhalb Deutschlands sein. Des Weiteren sei eine inländische Geschäftsanschrift anzugeben. Es werde darauf hingewiesen, dass eine grenzüberschreitende Sitzverlegung derzeit noch nicht möglich sei.

Nachfolgend hat sodann zunächst Rechtsanwalt Dr. D. mit Schreiben vom 20.9.2014 unter Bezugnahme auf ein Telefonat mit der Rechtspflegerin des Registergerichts eine Kopie des Ausdrucks eines Urteils des OLG Nürnberg vom 19.6.2013, Az. 12 W 520/13, an das Registergericht übersandt (Bl. 100 ff der Registerakten).

Mit Schreiben vom 25.9.2014 an den Notar Dr. S. hat die Rechtspflegerin des Registergerichts sodann mitgeteilt, die Entscheidung des OLG Nürnberg stelle nicht fest, dass eine grenzüberschreitende Sitzverlegung möglich sei. Das Oberlandesgericht Nürnberg stelle vielmehr darauf ab, dass eine grenzüberschreitende Sitzverlegung in Verbindung mit einem entsprechenden grenzüberschreitenden Formwechsel möglich sei. Es werde die Auffassung vertreten, dass eine grenzüberschreitende Sitzverlegung ohne Formwechsel nicht möglich sei (Bl. 109 der Registerakten).

Daraufhin hat Rechtsanwalt Dr. D. mitgeteilt, die Auffassung des Registergerichts werde geteilt, es werde aber darauf hingewiesen, dass unter Ziffer 2 des Gesellschafterbeschlusses vom 15.9.2014 ausdrücklich die italienische Rechtsform der „Società responsabilita limitata“ gewählt

worden sei. Eine grenzüberschreitende formwahrende Sitzverlegung sei daher weder beabsichtigt, noch würde diese vom italienischen Registergericht eingetragen werden (Bl. 110 der Registerakten).

Mit Schreiben vom 30.9.2014 hat sodann eine andere Rechtspflegerin des Registergerichts in Beantwortung dieses Schreibens mitgeteilt, dass ein Formwechsel den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes unterliege und eine Rechtswahl durch die Gesellschafter nicht ausreichend sei (Bl. 111 der Registerakten).

Mit Schreiben vom 16.1.2015 hat der Notar Dr. S. unter Übersendung von Anlagen ergänzend vorgetragen (auf das Schreiben nebst Anlagen wird im Einzelnen Bezug genommen, Bl. 115 ff der Registerakten). Er hat insbesondere mitgeteilt, dass die Beschwerdeführerin als ... Grundbesitzerin am 3.11.2014 im Handelsregister in R. eingetragen worden sei, wobei das Handelsregister in Italien nicht bei den Amtsgerichten geführt werde, sondern bei den Industrie-, Handels-, Handwerks- und Landwirtschaftskammern. Zum Nachweis hat er auf eine Kopie des Auszuges des „Handelsregister R.“ vom 3.11.2014 nebst auszugsweiser beglaubigter Übersetzung Bezug genommen. Aus Letzterer ergibt sich unter anderem folgender Eintrag: „Eintragung Datum 3.11.2014 Änderung der Firma, vorherige Firma: ... Grundbesitzer GmbH... Änderung der Rechtsform, vorherige Rechtsform: Gesellschaft, die gemäß dem Recht eines anderen Staates gegründet wurde“. Weiterhin hat er unter anderem darauf hingewiesen, dass die Gesellschafter zuvor am 30.10.2014 in R. eine Gesellschafterversammlung abgehalten, eine Satzung nach italienischem Recht beschlossen und den Antrag auf Eintragung in das Handelsregister R. gestellt hätten. Hierzu hat er auf die Kopie eines von einer italienischen Notarin aufgenommenen Protokolls dieser Gesellschafterversammlung nebst beglaubigter Übersetzung mit entsprechender neuer Satzung nebst beglaubigter Übersetzung Bezug genommen, aus der sich eine Beschlussfassung durch den Mitgesellschafter G1. ergibt, der zum einen für sich, zum anderen aber auch als Vertreter des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin als deren weiterem Gesellschafter aufgetreten ist. Die Gesellschafter hätten in der Gesellschafterversammlung vom 15.9.2014 keine rechtsformwahrende Sitzverlegung „beantragt“, sondern mit dem Antrag auf Sitzverlegung nach R. auch die Umwandlung der Beschwerdeführerin in die italienische, der GmbH entsprechenden Rechtsform der Società Responsabilita Limitata (SRL) beschlossen. Die Ansicht des Registergerichts verletze Art 54 AEUV. Auszugehen sei von der „Vale“-Entscheidung des EuGH vom „17.2012 C-378/10“. Dort halte der EuGH letztlich fest, dass mangels unionsrechtlicher Vorschriften für das Eintragungsverfahren das Recht des Aufnahmemitgliedstaats für die Eintragung anzuwenden sei. Vorliegend sei spätestens durch die Eintragung bei dem Handelsregister R. ein eventueller Mangel im Verfahren der Rechtsordnung des Herkunftsmitgliedstaates (Deutschland) geheilt. Ansonsten ergebe sich eine von der Rechtsordnung nicht zu billigende „Doppelung“ der Rechtsidentität.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 2.2.2015 – auf den Bezug genommen wird (Bl. 121 f der Registerakten) – hat wiederum eine andere Rechtspflegerin des Registergerichts die Anmeldung vom 15.9.2014, „nach der die grenzüberschreitende Sitzverlegung“ eingetragen werden solle, zurückgewiesen. Die Gesellschaft habe die grenzüberschreitende Sitzverlegung nach R. (Italien) beantragt. Trotz der

Hinweisschreiben des Registergerichts habe sie bisher keine Anmeldung unter Anwendung der formwechselnden Vorschriften, §§ 190 ff. UmwG vorgenommen. Die Gesellschaft habe mit Schreiben vom 16.1.2015 nunmehr klar gestellt, dass keine rechtsformwahrende Sitzverlegung beantragt worden sei, sondern ein Antrag auf Sitzverlegung nach R. unter gleichzeitiger Umwandlung der Gesellschaft in eine italienische GmbH gestellt worden sei. Dabei nehme die Gesellschaft Bezug auf den Beschluss vom 15.9.2014, aus dem der Beschluss der Gesellschafter über den Formwechsel ersichtlich sein solle. In diesem Beschluss sei jedoch lediglich die grenzüberschreitende Sitzverlegung beschlossen worden. Eine weitere Bezugnahme auf das UmwG gehe aus diesem nicht hervor. Weiterhin stelle die Gesellschaft auf die Entscheidung des EuGH zur Sache „Vale“ ab. Der EuGH habe dort entschieden, dass die Niederlassungsfreiheit gegeben sein müsse. Allerdings habe er auch klargestellt, dass mangels Unionsvorschriften die Anwendung zweier nationaler Rechtsordnungen erforderlich sei, zum einen die Rechtsordnung des Zuzugsstaats und zum anderen die Rechtsordnung des Wegzugsstaats, also hier die umwandlungsrechtlichen Vorschriften von Luxemburg (gemeint wohl Italien) und Deutschland. Der EuGH stelle in der Hauptsache jedoch auch klar, dass Umwandlungsvorschriften gleichermaßen gelten müssten, das heißt für den Wegzug gleiche Vorschriften gelten müssten, wie für den Zuzug. Daher ergebe sich auch bei dem Wegzug aus Deutschland die Prüfung der formwechselnden Umwandlung, worauf die Gesellschaft mehrfach hingewiesen worden sei. Die „Vale-Entscheidung“ des EuGH sei hier im Grundsatz im Übrigen gar nicht anzuwenden, da hier nicht der Fall vorliege, dass sich der Zuzugsstaat weigere, eine Eintragung vorzunehmen. Im Gegenteil, eine Eintragung sei in R. wohl schon erfolgt. Auch gebe es keine Rechtsgrundlage, nach der ausländische Eintragungen den Mangel nach deutschem Recht heilen könnten.

Gegen diesen, dem Notar Dr. S. am 6.2.2015 zugestellten Beschluss, hat dieser mit Schreiben an das Registergericht vom 6.3.2015 – dort eingegangen am selben Tag – Beschwerde eingelegt, auf die wegen ihrer Begründung im Einzelnen Bezug genommen wird (Bl. 127 ff der Registerakten). Es sei eindeutig, dass die Gesellschafter mit dem Beschluss vom 15.9.2014 die ursprüngliche Rechtsform der GmbH nicht behalten wollten und daher keine rechtsformwahrende Sitzverlegung – wie dies die Rechtspflegerin offensichtlich vertrete – beabsichtigt hätten. Der EuGH habe in der „Vale-Entscheidung“ den Äquivalenz-Grundsatz bestätigt, nach dem die Modalitäten, die den Schutz der den Rechtssuchenden aus dem Unionsrecht erwachsenen Rechte gewährleisten sollten, zwar Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaates seien, aber nicht ungünstiger sein dürften als diejenigen, die gleichartige innerstaatliche Sachverhalte regeln würden. Hätte „ein deutsches Handelsgericht die Gesellschaft eingetragen, obwohl Vorschriften des Umwandlungsgesetzes nicht beachtet worden wären, wäre gem. § 202 Abs. 1 S. 3 Umwandlungsgesetz dieser Mangel durch die Eintragung geheilt“. Die Weigerung, die Beschwerdeführerin aus dem deutschen Handelsregister auszutragen und somit das Registergericht R. anders zu behandeln, als ein deutsches Registergericht, sei mit den Artikeln 49 und 54 AEUV nicht vereinbar. Richtig sei, dass der EuGH klargestellt habe, dass die Anwendung zweier nationaler Rechtsordnungen erforderlich sei; im dortigen Fall habe sich aber der Aufnahmestaat geweigert, die Gesellschaft einzutragen, weil Voraussetzungen des nationalen Rechts des Aufnahme-

staates nicht erfüllt worden seien. Der EuGH erkenne das Recht des Aufnahmestaates an, die Voraussetzungen für eh, Zuzug/Sitzverlegung zu regeln, sie dürften aber Gesellschaften eines andere. Mitgliedstaates nicht behindern. Anders sei der Fall hier: hier habe der Aufnahmestaat die Sitzverlegung vorgenommen. Eine unionsfreundliche Auslegung der Art. 49 und 54 AEUV müsse hier zum Schluss führen, dass der Ursprungsstaat die Sitzverlegung nicht behindern oder erschweren dürfe, zudem – wie in diesem Fall – keine schutzbedürftigen Dritten (beispielsweise Gläubiger oder Arbeitnehmer) im Inland vorhanden seien.

Mit Beschluss vom 10.3.2015 hat die Rechtspflegerin des Registergerichts der Beschwerde aus den Gründen des angefochtenen Beschlusses nicht abgeholfen, und sie hat diese zur Entscheidung dem Oberlandesgericht vorgelegt (Bl. 133 der Registerakten).

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig, so insbesondere form- und fristgerecht erhoben worden. Der Senat geht dabei davon aus, dass die von dem Notar Dr. S. eingelegte Beschwerde, aus der sich nicht eindeutig ergibt, in wessen Namen sie eingelegt worden ist, nicht in dessen eigenen Namen eingelegt wurde, was zur Unzulässigkeit der Beschwerde geführt hätte, sondern im Namen der von der Zurückweisung der Anmeldung vom 15.9.2014 alleine in ihren Rechten betroffenen Beschwerdeführerin.

Die Beschwerde führt auch zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses des Registergerichts vom 2.2.2015. Die von der Rechtspflegerin des Registergerichts angeführten Gründe für die Zurückweisung der Anmeldung vom 15.9.2014 tragen diese nicht. Das Registergericht wird daher nunmehr erneut über die Anmeldung vom 15.9.2014 unter Beachtung der nachfolgenden Rechtsausführungen des Senats in diesem Beschluss zu entscheiden haben.

Soweit mit dem angefochtenen Beschluss des Registergerichts jedenfalls ausweislich seines Tenors die „Anmeldung vom 15.9.2014, nach der die grenzüberschreitende Sitzverlegung eingetragen werden soll“ zurückgewiesen worden ist, umfasst dieser Tenor für sich genommen nicht den vollständigen Inhalt der zurückgewiesenen Anmeldung vom 15.9.2014.

Auslegung der Handelsregisteranmeldung

Eine Handelsregisteranmeldung ist als Verfahrenshandlung der Auslegung zugänglich. Sie ist lediglich die Grundlage der vom Registergericht vorzunehmenden Eintragung im Handelsregister. Diesen Anforderungen wird eine Anmeldung gerecht, wenn sie die einzutragende Tatsache eindeutig und vollständig bezeichnet. Die Anmeldung muss deshalb nicht zwingend einen bestimmten Wortlaut haben. Insbesondere ist der Anmeldende nicht verpflichtet, eine Anmeldung vorzulegen, die mit dem Wortlaut der im Register vorzunehmenden Eintragung deckungsgleich ist oder so abgefasst ist, dass der Anmeldungstext ohne Änderung in das Handelsregister übernommen werden kann. Die Formulierung der Eintragung im Register ist vielmehr ausschließlich Sache des Registergerichts (vgl. insgesamt u. a. Krafka/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl., 213, Rn. 76 m.w.N. zur insoweit, soweit ersichtlich, einhelligen Rechtsprechung; siehe auch OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.11.2014, Az. 12 W 2217/14, zitiert nach juris, m.w.N.). Nach diesen Maßstäben genügt die Anmeldung

hier den an sie zu stellenden Anforderungen. In Ziffer 2. dieser Anmeldung ist neben der in Ziffer 1. angemeldeten Sitzverlegung nach R. (Italien) nämlich ausdrücklich formuliert, dass die Gesellschafter als italienische Rechtsform die „società a responsabilità limitata“ wählen und der Antrag in das Handelsregister R. bei einer vor dem italienischen Notar unverzüglich abzuhaltenden Gesellschafterversammlung gestellt wird. Daraus wird ohne Weiteres deutlich, dass für die Beschwerdeführerin nicht lediglich eine rechtsformwahrende Sitzverlegung nach Italien angemeldet werden sollte, sondern vielmehr ein mit der Sitzverlegung verbundener Rechtsformwechsel von einer deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) in eine italienische Società a responsabilità limitata (nachfolgend: S. r. l.), also die italienische Parallelform zur deutschen GmbH (vgl. zu Letzterem: Lutter/Bayer/Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2012, § 11, Rn. 6).

Entgegen der in Absatz 1 der Gründe des angefochtenen Beschlusses geäußerten Auffassung des Registergerichts liegt also gerade die Anmeldung eines mit einer Sitzverlegung verbundenen Rechtsformwechsels vor.

Soweit das Registergericht dann in Absatz 2 der Gründe seines angefochtenen Beschlusses darauf hinweist, „mit Schreiben vom 16.1.2015“ sei „nunmehr klar, dass keine rechtsformwahrende Sitzverlegung beantragt wurde, sondern ein Antrag auf Sitzverlegung nach R. unter gleichzeitiger Umwandlung der Gesellschaft in eine italienische GmbH“, demgegenüber jedoch in dem Gesellschafterbeschluss vom 15.9.2014 ein Formwechsel nicht ersichtlich sei, sondern lediglich die grenzüberschreitende Sitzverlegung beschlossen worden sei, kann auch dem nicht gefolgt werden. Der besagte Gesellschafterbeschluss vom 15.9.2014 entspricht vielmehr inhaltlich der Anmeldung und ist schon seinem Wortlaut nach als ein Beschluss über den mit der Sitzverlegung beschlossenen Wechsel der Rechtsform von einer deutschen GmbH in eine italienische S. r. l. zu verstehen. Darauf, dass bei der Beschlussfassung tatsächlich keine ausdrückliche Bezugnahme auf das Umwandlungsgesetz erfolgt ist, worauf das Registergericht in diesem Zusammenhang hinweist, kommt es im Rahmen der Auslegung des Beschlusses nicht an.

Somit geht es vorliegend also nicht um den Fall einer formwahrenden Sitzverlegung einer deutschen GmbH in das EU-Ausland, die nach heute noch immer, herrschender Auffassung unzulässig sein soll, was auch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu CARTESIO (Urteil vom 16.12.2008, Az. C-210/06, zitiert nach juris, Rn. 124) gedeckt werde, wonach der Niederlassungsfreiheit Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates nicht entgegenstünden, die es einer nach dem nationalen Recht dieses Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft verwehren, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und dabei ihre Eigenschaft als Gesellschaft des nationalen Rechts des Mitgliedstaats, nach dessen Recht sie gegründet wurde, zu behalten (vgl. u.a. Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., 2017, § 4 a, Rn. 9, m.w.N.; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., 2016, § 4 a, Rn. 17, m.w.N.; Goette, ...STR 2009, 128; vgl. auch die vielfältigen Nachweise bei Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl., 2015, § 4 a, Rn. 22, 23).

Im Hinblick darauf, dass mit der Sitzverlegung nach Italien also auch der Wechsel in die dort als Rechtsform anerkannte S. r. l. verbunden sein soll, kann der Gesellschafterbeschluss über die Sitzverlegung in das Ausland somit

auch nicht als Auflösungsbeschluss der Beschwerdeführerin – mit den entsprechenden Folgen einer Abwicklung – ausgelegt werden (vgl. hierzu Jaeger in Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Stand 1.8.2016, § 4 a, Rn. 9 a m.w.N.; siehe auch die Nachweise bei Roth, a.a.O., Rn. 23); dies hat aber auch das Registergericht bislang jedenfalls nicht ausdrücklich angenommen.

Rechtliche Grundlagen des grenzüberschreitenden Formwechsels

Weiterhin ist davon auszugehen, dass auch der vorliegende „Wegzugsfall“ bzw. „Herausformwechsel“ einer deutschen GmbH nach Italien als Mitgliedsland der Europäischen Union, bei dem es sich – wie gesagt – nicht um eine Sitzverlegung unter Wahrung ihrer Identität als deutsche GmbH, sondern um einen mit der Sitzverlegung verbundenen Formwechsel durch Wahl der Rechtsform der italienischen S. r. l. handelt, trotz der Regelungen in § 1 Abs. 1 Nr. 4 UmwG, bzw. § 191 Abs. 2 UmwG grundsätzlich möglich ist. Die dortigen Regelungen, wonach Rechtsträger mit Sitz im „Inland“ durch Formwechsel umgewandelt werden können, bzw. der auf deutsche Rechtsträger bezogene Kanon der Rechtsträger, die nur Rechtsträger neuer Rechtsform sein können, sind nämlich unter Beachtung der Rechtsprechung des EuGH unionsrechtskonform im Sinne einer derartigen Möglichkeit auszulegen (vgl. u.a. Decher/Hoger in Lutter, UmwG, 5. Aufl., 2014, Vor § 190, Rn. 40; Bayer in Lutter/Hommelhoff, a.a.O.; Bayer/Schmidt, ZIP 2012, 1481 ff, 1491; Drinhausen in Semler/Stengel, UmwG, 3. Aufl., 2012, Einleitung C, Rn. 33; zur unionsrechtskonformen Auslegung auch bereits OLG Nürnberg im Zusammenhang mit einer Entscheidung zu einem „Hereinformativwechsel“ einer Gesellschaft mit beschränktem Recht nach luxemburgischen Recht nach Deutschland, Beschluss vom 19.6.2013, Az. 12 W 520/13, Rn. 35, zitiert nach juris; zur systematischen Verleitung der unionsrechtskonformen Auslegung vgl. Hübner, IPrax 2015, 134, ff, 136 m.w.N.; für die grundsätzliche Zulässigkeit der identitätswahrenden „Herausumwandlung“ innerhalb der EU-(EWR) Mitgliedsstaaten u.a. auch Bungere/de Raet, DB 2014, 761 ff, 764; Goette, a.a.O.; Jaeger, a.a.O., Rn. 9; Leible/Hoffmann, BB 2009, 58 ff, 60; Fastrich, a.a.O., Rn. 10; Roth a.a.O., Rn. 50 a; Kallmeyer in Kallmeyer, UmwG, 4. Aufl., 2010, § 1, Rn. 12; Wicke, DStR 2012, 1756 ff, 1758; Teichmann, ZIP 2009, 393 ff, 402; Kindler, EuZW 2012, 888 ff, 890; Hörtnagel in Schmitt/Hörtnagel/Stratz, UmwG, 7. Aufl., 2016, § 1, Rn. 55; Schön, ZGR 2013, 333 ff, 357 ff; a. A. Marsch-Barner in Kallmeyer, a.a.O., § 122 a, Rn. 14; Quass in Maulbetsch/Klumpp/Rose, UmwG, 2008, § 190, Rn. 12 und OLG München, Beschluss vom 4.10.2007, Az. 31 Wx 36/07, zitiert nach Beck-Online, wenn es im Rahmen der dort beurteilten Sitzverlegung von Deutschland nach Portugal erklärt, eine identitätswahrende Auswanderung einer Kapitalgesellschaft nach deutschem Recht sei nicht zulässig und dies gelte unabhängig davon, ob sie die Rechtsform der GmbH nach deutschem Recht beibehalten wolle oder – wie dort – eine entsprechende Rechtsform nach dem Recht des Zuzugsstaats annehmen wolle; insoweit dürfte allerdings von erheblicher Bedeutung sein, dass diese Feststellungen des OLG München sogar noch vor dem Urteil des EuGH zu CARTESIO getroffen wurden).

Der EuGH hat zunächst bereits in seinem Urteil zu SEVIC (Urteil vom 13.12.2005, Az. C-411/03, Rn. 19, zitiert nach juris) dargelegt, dass grenzüberschreitende Verschmelzungen wie andere Gesellschaftsumwandlungen

den Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnissen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten entsprechen. Diese stellen nach den weiteren Ausführungen des EuGH besondere, für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wichtige Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit dar und gehören damit zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten, hinsichtlich deren die Mitgliedstaaten die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EGV beachten müssen. Auf diese Feststellungen hat der EuGH dann ausdrücklich in seinem Urteil vom 12.7.2012 zu VALE (Az. C-378/10, zitiert nach juris, Rn. 24) Bezug genommen und bestätigt, dass Umwandlungen von Gesellschaften grundsätzlich zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten gehören, hinsichtlich deren die Mitgliedstaaten die Niederlassungsfreiheit beachten müssen.

Weiterhin hat der EuGH in seinem Urteil zu CARTESIO (a.a.O., Rn. 111–113) – wenn auch wohl nur in Form eines obiter dictums – dargelegt, dass der Fall einer Sitzverlegung einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat ohne Änderung des für sie maßgeblichen Rechts von dem – auch hier vorliegenden – Fall zu unterscheiden ist, dass eine Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat unter Änderung des anwendbaren nationalen Rechts verlegt und dabei in eine dem nationalen Recht des zweiten Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaftsform umgewandelt wird. In dem letztgenannten Fall kann nach den Darlegungen des EuGH die Befugnis eines Mitgliedstaats, die Anknüpfung zu bestimmen, die eine Gesellschaft aufweisen muss, um nach seinem innerstaatlichen Recht als gegründet angesehen werden und damit in den Genuss der Niederlassungsfreiheit gelangen zu können, als auch die Anknüpfung, die für den Erhalt dieser Eigenschaft verlangt wird, es nicht rechtfertigen, dass der Gründungsmitgliedstaat die Gesellschaft dadurch, dass er ihre Auflösung und Liquidation verlangt, daran hindert, sich in eine Gesellschaft nach dem nationalen Recht dieses anderen Mitgliedstaats umzuwandeln, soweit dies nach diesem Recht möglich ist. Ein solches Hemmnis für die tatsächliche Umwandlung – ohne vorherige Auflösung und Liquidation – einer solchen Gesellschaft in eine Gesellschaft des nationalen Rechts des Mitgliedstaats, in den sie sich begeben möchte, stellt danach eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit der betreffenden Gesellschaft dar, die, wenn sie nicht zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entspricht, nach Art. 43 EGV verboten ist.

Auch wenn der EuGH in der oben bereits zitierten Entscheidung zu VALE (a. a.O) den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit bei einer grenzüberschreitenden Umwandlung aus der Sicht des Rechts des Zuzugsstaats – dort also des ungarischen Rechts – zu beurteilen hatte, setzen die dortigen Ausführungen des EuGH denknottwendigerweise voraus, dass auch der Wegzug aus dem Gründungsstaat zur Vornahme einer grenzüberschreitenden Umwandlung grundsätzlich unter Berücksichtigung der Niederlassungsfreiheit zu beurteilen ist. Diese Niederlassungsfreiheit ist dann bei der nach den weiteren Darlegungen des EuGH zu VALE erforderlichen sukzessiven Anwendung von zwei nationalen Rechtsordnungen zu beachten. Der EuGH hat zu VALE weiterhin dargelegt, dass das abgeleitete Unionsrecht derzeit keine speziellen Vorschriften für grenzüberschreitende Umwandlungen enthalte – auch wenn solche Vorschriften zur Erleichterung grenzüberschreitender Umwandlungen gewiss hilfreich wären –, deren Existenz jedoch keine Vorbedingung für die Um-

setzung der in Art. 49 und 54 AEUV verankerten Niederlassungsfreiheit sein könne. Daraus folgt für den EuGH zu VALE, dass die eine grenzüberschreitende Umwandlung ermöglichenden Bestimmungen nur im nationalen Recht zu finden sein können, und zwar im Recht des Herkunftsmitgliedstaats, dem die Gesellschaft unterliegt, die eine Umwandlung vornehmen möchte, und dem Recht des Aufnahmemitgliedstaats, dem die Gesellschaft nach der Umwandlung unterliegen wird. Weiterhin hat der EuGH zu VALE dargelegt, dass der Rechtssuchende ein durch die Unionsrechtsordnung verliehenes Recht hat, eine grenzüberschreitende Umwandlung vorzunehmen, deren Durchführung mangels Unionsregeln von der Anwendung des nationalen Rechts abhängt. Dabei lassen sich nach den Darlegungen des EuGH zu VALE aus den Art. 49 und 54 AEUV zwar keine genauen Regeln ableiten, die an die Stelle der nationalen Vorschriften treten könnten, doch sei deren Anwendung nicht jeder Kontrolle anhand der Art. 49 und 54 AEUV entzogen. Zwar weist der EuGH zu VALE auf seine ständige Rechtsprechung hin, wonach die Modalitäten, die den Schutz der den Rechtssuchenden aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, in vielen Bereichen mangels einer einschlägigen Unionsregelung die Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaats sind. Diese Modalitäten dürfen nach seinen weiteren Ausführungen jedoch nicht ungünstiger sein, als diejenigen, die gleichartige innerstaatliche Sachverhalte regeln (Äquivalenzgrundsatz) und die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz).

Unter Berücksichtigung der genannten Urteile des EuGH unterliegt es somit keinem Zweifel, dass eine unionsrechtskonforme Rechtsanwendung dazu führt, dass auch der vorliegende „Herausformwechsel“ nach Italien wegen des durch Art. 49 und 54 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union vormals Art. 43 und 48 EGV) auch für eine Kapitalgesellschaft abgesicherten Rechts auf freie Niederlassung dem Grunde nach zulässig ist.

Dem steht hier auch nicht entgegen, dass es sich bei dem vorliegenden „Herausformwechsel“ einer deutschen GmbH in eine italienische S. r. l. genau, -genommen nicht um einen Formwechsel im Sinne des deutschen Umwandlungsrechts handelt, bei dem ein Formwechsel einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine andere Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht vorgesehen ist. Wenn schon ein „rechtsforminkongruenter Herausformwechsel“, dem Grund nach zulässig ist, kann für einen „rechtsformkongruenten Herausformwechsel“ a maiore ad minus nichts anders gelten, zumal der EuGH ja gerade einen derartigen Fall eines „rechtsformkongruenten“ Formwechsels einer italienischen S. r. l. in eine ungarische Kft, also in die ungarische Parallelfirma zur GmbH, in seinem Urteil zu VALE entschieden hat (vgl. Bayer/Schmidt, a.a.O., S. 1488 f; vgl. auch Kindler, a.a.O., 890).

Dass bislang weder der europäische noch der deutsche Gesetzgeber die oben dargelegten Ausführungen des EuGH zu SEVIC, CARTESIO und VALE zum Anlass genommen haben, dafür Sorge zu tragen, dass dem somit grundsätzlich zulässigen „Herausformwechsel“ eine Gestalt in Form von entscheidenden und aufeinander abgestimmten Verfahrensnormen gegeben wurde, die zu einer für die Beteiligten, aber auch für die befassten Registergerichte oder Registerstellen erforderlichen Rechtssicherheit hätte führen können, ändert an der Zulässigkeit des „Herausform-

wechsels“ nichts (zum Stand der allgemein und – wie auch der vorliegende Fall zeigt – zu Recht als dringend angeordneten Maßnahmen im Rahmen einer „Sitzverlegungsrichtlinie“ bzw. von Maßnahmen des deutschen Gesetzgebers vgl. u.a. Bungert/de Raet, a.a.O., 762, 763; Fastrich, a.a.O., Einl. . Rn. 34; Teichmann, DB 2012, 208 ff, 2091 f; Bayer in Lutter/Hommelhoff, a.a.O., Rn. 18; Bayer/Schmidt, a.a.O. 1491, 1492). Der EuGH hat insoweit wie oben bereits dargelegt – zu VALE (a.a.O., Rn. 38) zu Recht ausdrücklich dargelegt, dass die Existenz derartiger Normen gerade keine Vorbedingung für die Umsetzung der in Art. 49 und 54 AEUV verankerten Niederlassungsfreiheit sein könne.

Grundsätze der VALE-Entscheidung des EuGH

Allerdings hat der EuGH zu VALE (a.a.O., Rn. 37, 43, 44) für die Vornahme einer grenzüberschreitenden Umwandlung in Kenntnis des Umstandes, dass es auch in dem von ihm entschiedenen Fall an entsprechenden den grenzüberschreitenden Formwechsel regelnden Richtlinien oder Gesetzen mangelte, ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die grenzüberschreitende Umwandlung die sukzessive Anwendung von zwei nationalen Rechtsordnungen erfordert, also des Rechts des Herkunftsmitgliedstaats, dem die Gesellschaft unterliegt, die eine Umwandlung vornehmen möchte und des Rechts des Aufnahmemitgliedstaats, dem die Gesellschaft nach der Umwandlung unterliegen wird. Diese Feststellung des EuGH bestätigt das, was auch überwiegend in der deutschen Literatur vertreten und dort teilweise ausdrücklich als kollisionsrechtliche „Vereinigungstheorie“ bezeichnet wird, nach der sowohl das Recht des Wegzugsstaats- als auch des Zuzugsstaats anzuwenden ist (vgl. zu dieser Begrifflichkeit u.a. Mayer in Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl., 2015, § 4 a, Rn. 66 b; Schön, a.a.O., 361; Bayer/Schmidt, a.a.O., 1490; Hörtnagl, a.a.O., Rn. 58 ff m.w.N.). Dabei können die betroffenen Registergerichte oder -behörden jeweils allerdings nur auf das eigene Recht zurückgreifen, das jedoch europarechtskonform auszulegen ist.

Wegen des danach auf deutscher Seite insoweit anwendbaren Rechts, das – wie gesagt – noch immer keine speziellen Verfahrensregeln für den vorliegenden „Herausformwechsel“ normiert hat, wird überwiegend abgestellt auf eine entsprechende oder gar direkte Anwendung der – mangels Anwendbarkeit des ausländischen Rechts des Zielortes – nur in Frage kommenden deutschen Regelungen über den Formwechsel in §§ 190 ff UmwG, teilweise auch ergänzt oder ersetzt durch die Regelungen in § 122 a ff UmwG zur grenzüberschreitenden Verschmelzung oder in §§ 12 ff SEAG zur Sitzverlegung einer SE, jedenfalls soweit den genannten Bestimmungen keine transnationalen Besonderheiten entgegenstehen, aber auch auf Art. 8 SE-VO, Art. 13 ff EWIV-VO oder Art. 7 SCE-VO (vgl. im Einzelnen zu den verschiedenen Ansätzen u. a. Decher/Hoger, a.a.O., § 190, Rn. 39 f; Bayer in Lutter/Hommelhoff, a.a.O., Rn. 17; Teichmann, DB, 2012, 2085 ff, 2089 ff; Schön, a.a.O., 361 ff; Kindler, a.a.O., 890, 892; Bayer/Schmidt, a.a.O., 1488 ff, 1491; Wicke, a.a.O., 1758 f; Verse, ZEuP, 2013, 459 ff, 484 ff; a.a.O., Rn. 50 a; Hübner, a.a.O., 138 f; Bungert/de Raet, a.a.O., 764 f; das LG Nürnberg geht in seinem Beschluss vom 19.6.2013, a.a.O., Rn. 34, unter Berufung auf Krafa/Kühn, a.a.O., Rn. 1211 e von einer europarechtskonformen Anwendung der §§ 190 ff UmwG aus; kritisch gegenüber einer Anwendung der §§ 190 ff UmwG: Neye, EWiR 2014, 45 f, 46).

Dabei steht einer analogen Anwendung der Bestimmungen des UmwG jedenfalls das in § 1 Abs. 2 UmwG für das deutsche Recht geregelte Analogieverbot nicht entgegen, da auch insoweit die im Unionsrecht normierte Niederlassungsfreiheit Vorrang gegenüber dem inländischen Analogieverbot hat (vgl. u.a. Behrens/Hoffmann in Ulmer/Habersack/Löbke, Großkommentar zum GmbHG, 2013, Einl. B., B 152; Hörtnagl, a.a.O., Rn. 58; Drinhausen in Semler/Stengel, a.a.O., Einleitung C, Rn. 34).

Damit die nach Ansicht des Senats – wie oben bereits dargelegt – auch für den vorliegenden „Herausformwechsel“ geltende Niederlassungsfreiheit innerhalb der Europäischen Union letztlich nicht mangels Fehlens jeglicher entsprechender Verfahrensvorschriften faktisch in die Leere läuft, hält der Senat – soweit das deutsche Registergericht durch das Verfahren des „Herausformwechsels“ betroffen ist – zumindest einen Rückgriff auf die zuvor genannten Regelungen des UmwG in §§ 190 ff UmwG für zulässig, wobei im Einzelfall eine europarechtskonforme entsprechende Anwendung geboten ist.

Prüfungsumfang für Registergericht und Heilungswirkung der Eintragung

Dem Grundsatz nach ist dem Registergericht vorliegend also beizupflichten, wenn es in seinem angefochtenen Beschluss darlegt, dass auch bei einem „Wegzug“ aus Deutschland eine „Prüfung der formwechselnden Umwandlung“ erfolgt.

Der Senat teilt jedoch die Ansicht des Registergerichts nicht, wonach die von ihm – trotz des lediglich in einfacher Kopie übersandten „Auszuges des Handelsregister R. vom 3.11.2014“ – bislang nicht weiter in Frage gestellte Eintragung der Beschwerdeführerin im Handelsregister in R./Italien bei der von ihm vorzunehmenden Prüfung der „Herausumwandlung“ ohne Bedeutung ist.

Vielmehr sind bei einer europarechtskonformen Auslegung der entsprechenden deutschen Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes nach Ansicht des Senats für das deutsche Registerverfahren auch die hier maßgeblichen in § 202 Abs. 1 Nr. 1 und 3, Abs. 2 und Abs. 3 UmwG normierten Regelungen entsprechend anzuwenden (so bezüglich des Bestandsschutzes bei einer Eintragung, entsprechend § 202 Abs. 3 UmwG wohl auch Decher/Hoger, a.a.O., § 202, Rn. 55; so jedenfalls bezüglich der Anwendung von § 202 Abs. 1 und 2 UmwG auch Krafa/Kühn, a.a.O., Rn. 1211 d). Wenn man, wie bislang wohl das Registergericht, von einer Eintragung der Beschwerdeführerin im Handelsregister in R./Italien ausgeht, würde eine Nichtanwendung dieser Regelungen dazu führen, dass die dort normierten Rechtsfolgen nur deswegen nicht zum Tragen kämen, weil es sich bei dem Handelsregister in R./Italien nicht um ein Handelsregister eines deutschen Registergerichts handelt. Eine derartige selektive Anwendung der deutschen Regelungen zum Umwandlungsrecht, die unterschiedliche Rechtsfolgen an die Eintragung im neuen Register knüpfen würde, je nachdem, ob es sich um den Fall eines innerstaatlichen Formwechsels handeln würde oder aber um einen gleichartigen Fall eines innerhalb der Europäischen Union erfolgenden „Herausformwechsels“, würde im Ergebnis zu einer Benachteiligung der Beschwerdeführerin führen, die mit dem Äquivalenzgrundsatz nicht vereinbar wäre.

Allerdings können nach dem EuGH zu VALE (a.a.O., Rn. 39) zwingende Gründe des Allgemeininteresses, wie

der Schutz der Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern sowie die Wahrung der Wirksamkeit steuerlicher Kontrollen und der Lauterkeit des Handelsverkehrs die Niederlassungsfreiheit dann einschränken, wenn eine solche Maßnahme zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet ist und nicht über das hinausgeht, was zu ihrer Erreichung erforderlich ist. An diesem Maßstab sind dann bei der erforderlichen europarechtskonformen Auslegung auch die auf den „Herausformwechsel“ im Einzelnen angewendeten deutschen Normen zu messen. Vorliegend geht es aber gerade nicht um die Frage, welche Normen des deutschen Rechts zum Schutz der genannten Rechte und Ziele bei einem „Herausformwechsel“ grundsätzlich Anwendung finden können. Dabei handelt es weiterhin wird das Registergericht ausgehend von der Annahme der Eintragung im Handelsregister in R./Italien davon auszugehen haben, dass auch der Umstand eines fehlenden Umwandlungsberichts – dessen Verzicht dem Inhalt der vorgelegten Gesellschafterbeschlüsse schon nicht eindeutig zu entnehmen ist, unabhängig von der Frage, ob insoweit auch die Beurkundung des weiteren Beschlusses vom 30.10.2014 durch eine italienische Notarin im Hinblick auf § 192 Abs. 2 S. 2 UmwG jedenfalls in vorliegendem Kontext ausreichend sein könnte – die Wirkungen der Eintragung im neuen Register unberührt lässt (entsprechend § 202 Abs. 3 bzw. 202 Abs. 1 Nr. 3 UmwG).

Nichts anderes gilt dann auch für den bislang nicht sämtliche in § 194 Abs. 1 UmwG aufgestellten Anforderungen erfüllenden Umwandlungsbeschluss und auch für die Frage, ob die Vollmacht des Gesellschafters G1. vom 11.9.2014 zur Vornahme des beschlossenen Formwechsels ausreichte, bzw. wenn nicht, ob der von diesem dann am 30.10.2014 selbst beschlossene Formwechsel – trotz der Beurkundung durch eine italienische Notarin und als entsprechende Bestätigung des Beschlusses vom 15.9.2014 – das Formerfordernis einer notariellen Beurkundung in vorliegendem Kontext erfüllen würde (§ 193 Abs. 3 S. 1 UmwG).

Letztlich kann vorliegend auch nicht von einem fehlenden Beschluss über den „Herausformwechsel“ oder einem sogenannten „Nichtbeschluss“ ausgegangen werden, bei denen auch nach deutschem Recht von vorneherein ein Bestandschutz nicht bestehen soll (vgl. hierzu u.a. Decher/Hoger, a.a.O., Rn. 55 m.w.N.).

Somit kann das Registergericht – ausgehend von der von ihm bislang nicht in Frage gestellten Eintragung im Handelsregister in R./Italien – die Eintragung der formwechselnden Umwandlung der Beschwerdeführerin unter Errichtung der ... Grundbesitz S. r. l. mit dem Sitz in R. unter gleichzeitiger Rötung des Registerblattes der Beschwerdeführerin nicht aus den von ihm genannten Gründen zurückweisen.

Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit

Lediglich vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass der Senat nicht zu klären hatte, ob die Anwendung der Niederlassungsfreiheit die „tatsächliche Ansiedelung“ der Beschwerdeführerin und die „Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit“ in Italien voraussetzt (vgl. EuGH zu VALE, a.a.O., Rn. 34, 35 und zum Streitstand in der hierzu uneinheitlichen Literatur Schön, a.a.O., 358 ff) und auch nicht, ob, ein derartiges Erfordernis angenommen und dessen Fehlen unterstellt, dies trotz der von dem Senat bejahten entsprechenden Anwendung von

§ 202 Abs. 1 Nr. 1 und 3, Abs. 2 und Abs. 3 UmwG letztlich überhaupt zu einer anderen Entscheidung führen könnte. Das Registergericht hat nämlich eine „tatsächliche Ansiedelung“ und eine „Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit“ der Beschwerdeführerin in Italien bislang weder angezweifelt, noch zum Gegenstand seines angefochtenen Zurückweisungsbeschlusses gemacht. Im Übrigen spricht auch der Inhalt der Urkunde des Gesellschafterbeschlusses vom 30.10.2014, wonach der dort erschienene Mitgesellschafter G1. einleitend die Gründe erläutert habe, die dazu geführt hätten, den Hauptsitz „der Tätigkeit“ der Gesellschaft nach Italien zu verlegen, nicht für Zweifel in dieser Hinsicht.

Anmerkung:

Der Beschluss des OLG Frankfurt a.M. ist, soweit ersichtlich, die erste obergerichtliche Entscheidung zum Herausformwechsel. *In casu* betrifft die Entscheidung den Herausformwechsel einer deutschen GmbH in eine italienische S. r. l. Seit der EuGH-Entscheidung in Sachen VALE ist primärrechtlich klargestellt, dass eine Gesellschaft grundsätzlich ihren Satzungssitz innerhalb der Europäischen Union über die Grenze eines Mitgliedsstaats hinweg verlegen und dabei ihre Rechtsform in eine Rechtsform des Zuzugsstaats wandeln kann (EuGH NZG 2012, 871; ausführlich zum grenzüberschreitenden Formwechsel Eckhardt/Hermanns/Piebler, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 7, Rn. 479; Krafka/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl., 2013, Rn. 1211 a ff.; Limmer/Limmer, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 5. Aufl. 2016, Teil 6 Kap. 2, Rn. 13 ff.; Heckschen ZIP 2015, 2049; Hermanns MittBayNot 2016, 297; Hushahn RNotZ 2014, 137). Die bisherigen obergerichtlichen Entscheidungen betrafen ausschließlich Fälle des Hineinformwechsels ausländischer Gesellschaften in eine deutsche GmbH (OLG Nürnberg DNotZ 2014, 150 mAnm Hushahn DNotZ 2014, 154; KG RNotZ 2016, 618 mAnm Hushahn RNotZ 2016, 620).

Bei der Durchführung des grenzüberschreitenden Herausformwechsels scheint eine Menge schief gelaufen zu sein: Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass nahezu keine der nach deutschem Recht anzuwendenden Voraussetzungen des Formwechsels eingehalten wurden. Zur Eintragung im deutschen Handelsregister meldete der Geschäftsführer bloß die Änderung des Satzungssitzes, der Geschäftsadresse sowie die „Wahl“ der italienischen Rechtsform an. Die Handelsregisteranmeldung nimmt Bezug auf einen Gesellschafterbeschluss, der ebenfalls nur die entsprechenden Änderungen des Gesellschaftsvertrages enthält. Die §§ 190 ff. UmwG und Art. 8 SE-VO wurden ignoriert. An einem formgerechten Umwandlungsbeschluss (unabhängig von seinem Inhalt hilft auch ein von einem italienischen Notar beurkundeter Gesellschafterbeschluss nicht weiter, da es sich bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung um eine Strukturmaßnahme handelt, die Drittwirkung hat, und daher die ausländische Beurkundung von vorneherein nicht gleichwertig sein kann [Hermanns MittBayNot 2016, 301 mwN]), einem Umwandlungsplan oder einem Umwandlungsbericht mangelte es ebenso wie an einer korrekten deutschen Handelsregisteranmeldung. Anschließend erfolgte nach entsprechendem Antrag die Eintragung im Handelsregister in Rom.

Der Senat scheint von dem Bestreben getrieben zu sein, dem Herausformwechsel zur Wirksamkeit zu verhelfen. Im Ausgangspunkt richtig erkennt der Senat dabei, dass

auch § 202 UmwG beim grenzüberschreitenden Formwechsel entsprechend anzuwenden ist (*Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rn. 1211 d; *Hushahn* RNotZ 2014, 137 [153]). Daraus zieht der Senat allerdings den falschen Schluss, die Eintragung in das italienische Handelsregister allein würde bereits genügen, um die Wirkungen des § 202 UmwG eintreten zu lassen. Dem Senat zufolge komme es insbesondere nicht darauf an, ob die Gesellschafter einen formgerechten Umwandlungsbeschluss gefasst haben. Auch sonstige Mängel des Formwechsels seien mit der Eintragung ins italienische Handelsregister entsprechend § 202 Abs. 3 UmwG irrelevant. Der Senat begründet seine Auffassung im Wesentlichen mit folgenden Überlegungen:

- Eine Nichtanwendung des § 202 UmwG würde dazu führen, dass die dort normierten Rechtsfolgen nur deswegen nicht zum tragen kämen, weil es sich bei dem Handelsregister in Italien nicht um ein Handelsregister eines deutschen Registergerichts handle. Dies sei mit dem Äquivalenzgrundsatz nicht vereinbar.
- Zwingende Gründe des Allgemeininteresses, wie der Schutz der Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaften und Arbeitnehmern, sowie die Wahrung der Wirksamkeit steuerlicher Kontrollen und der Lauterkeit des Handelsverkehrs seien hierdurch nicht berührt, da es nicht um die Frage gehe, welche Normen des deutschen Rechts zum Schutz der genannten Rechte und Ziele bei einem Herausformwechsel grundsätzlich Anwendung finden können, sondern vielmehr um die davon zu unterscheidende Frage, welche Rechtsfolgen mit der Eintragung im neuen Register der formwechselnden Gesellschaft verbunden seien. Besondere Gründe, die dabei eine unterschiedliche Behandlung des Herausformwechsels gegenüber dem innerstaatlichen Formwechsel zwingend erforderlich machen würden, sieht der Senat nicht.

Die Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. ist falsch und dogmatisch nicht haltbar. § 202 UmwG ist bei einem Herausformwechsel erst dann anwendbar, wenn der Formwechsel sowohl im Register des Zuzugsstaats als auch im deutschen Handelsregister eingetragen wurde, der Formwechsel also insgesamt abgeschlossen ist. Voraussetzung für die Eintragung des Herausformwechsels im deutschen Handelsregister ist daher, dass das Handelsregister nach seiner Prüfung zu dem Schluss kommt, dass die dem grenzüberschreitenden Formwechsel vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten durchgeführt wurden (vgl. Art. 8 Abs. 8 SE-VO). Dafür sprechen folgende Gründe:

a) Die Heilungswirkung des § 202 UmwG legitimiert sich dadurch, dass ein rechtskundiges Registergericht den gesamten Vorgang geprüft hat und deshalb das Interesse an Rechtssicherheit das Interesse an einem mangelfreien Formwechselverfahren überwiegt (vgl. *Widmann/Mayer/Vossius*, Umwandlungsrecht, Stand Mai 2015, § 202 UmwG, Rn. 3: "Die eingetragenen Wirkungen des Formwechsels sind wegen Mängeln desselben nicht mit dinglicher Wirkung rückgängig zu machen"). Wenn, wie hier, nur das Register des Zuzugsstaats die im Zuzugsstaat erforderlichen Voraussetzungen einer Gesellschaftsgründung prüft, fehlt es gerade an der Prüfung der im Wegzugsstaat erforderlichen Rechtshandlungen. Auf den Punkt gebracht würde die Ansicht des Senats dazu führen, dass es

schlicht nur auf die Eintragung im Zuzugsstaat ankäme und der Wegzugsstaat dies ohne eigene Prüfung nur noch hinnehmen könnte und den Formwechsel eintragen müsste. Dies widerspricht eklatant der Vorgabe des EuGH in Sachen VALE, dass es sich bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel um die sukzessive Anwendung zweier nationaler Rechtsordnungen handelt (EuGH NZG 2012, 871 [874, Rn. 44]). Folgte man dem OLG Frankfurt a.M., ist in Wahrheit nur eine Rechtsordnung relevant, nämlich die des Zuzugsstaats.

b) Aus der Auffassung des OLG Frankfurt a.M. folgt weiter, dass Normen zum Schutz der Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaften und Arbeitnehmern im Wegzugsstaat folgenlos unbeachtet bleiben könnten, wenn nur das Register im Zuzugsstaat einträgt. Anders als der Senat es darstellt, hängen die Fragen, welche Rechtsfolgen mit der Eintragung im Register verbunden sind und welche Normen des Rechts des Wegzugsstaats zum Schutz der genannten Rechte Anwendung finden können, ganz offensichtlich eng zusammen.

c) Auch der vom Senat herangezogene Äquivalenzgrundsatz trägt seine Auffassung nicht. Der Äquivalenzgrundsatz besagt, dass die Modalitäten, die den Schutz der den Rechtssuchenden aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaats sind; sie dürfen jedoch nicht ungünstiger sein als diejenigen, die gleichartige innerstaatliche Sachverhalte regeln (EuGH NZG 2012, 871 [874 Rn. 48]). Der Senat behandelt den innerstaatlichen Formwechsel und den Herausformwechsel aber nicht äquivalent, sondern stellt an den Herausformwechsel geringere Anforderungen. Die Wirkung des § 202 UmwG kommt bei einem rein innerstaatlichen Formwechsel nämlich erst einem abgeschlossenen Formwechsel zugute, dessen Voraussetzungen vom Registergericht geprüft wurden (*Widmann/Mayer/Vossius*, Umwandlungsrecht, Stand Mai 2015, § 202 UmwG, Rn. 6 ff., 178 ff.; vgl. auch *Zwirlein* ZGR 2017, 114 (121): „Erst in der Kopplung beider Rechtsordnungen kann sich der Formwechsel vollziehen.“). Hierauf verzichtet der Senat beim Herausformwechsel.

Hinzu kommt, dass die Behauptung, besondere Gründe, die eine unterschiedliche Behandlung des Herausformwechsels gegenüber dem innerstaatlichen Rechtsformwechsel zwingend erforderlich machen würden, gäbe es nicht, offensichtlich falsch ist: Der Umstand, dass es sich um eine Satzungssitzverlegung über die Grenze hinweg handelt, und den damit einhergehenden rechtlichen wie faktischen Schwierigkeiten, Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern hinreichend zu schützen, hätten Anlass für den Senat gegeben, sich etwas eingehender mit dem Äquivalenzgrundsatz und seinen Ausprägungen im europäischen Umwandlungsrecht zu befassen. Allen voran erkennt man den *acquis communautaire* an Art. 8 SE-VO, Art. 10 Abs. 2 und Art. 12 S. 2 der Verschmelzungsrichtlinie (RL 2005/56/EG v. 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten [ABl. 2005 L 310/1 v. 25.11.2005]) sowie § 122 a ff. UmwG und dort insbesondere § 122 k UmwG. Der herkömmliche Mechanismus, der im Bereich der grenzüberschreitenden Verschmelzung und der Satzungssitzverlegung der SE normiert und im Bereich des grenzüberschreitenden Formwechsels hM ist (*Eckhardt/Hermanns/Piehler*, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Aufl.

2017, Kap. 7, Rn. 482; *Heckschen* ZIP 2015, 2049 [2062]; *Hermanns* MittBayNot 2016, 303 mwN; *Verse* ZeuP 2013, 458 [486]; *Hushahn* RNotZ 2014, 137 [146 ff.]; wohl auch *Wachter* GmbHHR 2016, 738 [741]), sieht eine Bescheinigung des Wegzugsstaats vor, ob die Voraussetzungen für die grenzüberschreitende Umwandlung bzw. Satzungsitzverlegung vorliegen und zwar nach Überprüfung des zuständigen Registers im Wegzugsstaat. Erst dann kann die grenzüberschreitende Umwandlung wirksam werden und können etwaige (Heilungs-)Wirkungen eintreten.

Der Senat hatte nicht zu klären, ob die Anwendung der Niederlassungsfreiheit die tatsächliche Ansiedelung der sitzverlegenden Gesellschaft und die Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit im Zuzugsstaat voraussetzt. Das ist mit dem EuGH (EuGH NZG 2012, 871 [873, Rn. 34]) und der hM zu bejahen (*Melchior* GmbHHR 2014, R305 [R306]; *Heckschen* ZIP 2015, 2049 [2062]; *Wicke* DStR 2012, 1756 [1758]; *Wöhlert/Degen*, GWR 2012, 432 [433]; *Hushahn* RNotZ 2014, 137 [147]; *Wohlrab*, GPR 2012, 316 [317]; *Cranshaw* jurisPR-HaGesR 9/2016, Anm. 5; vgl. auch die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 2.2.2012 mit Empfehlungen an die Kommission zu einer 14. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verlegung von Unternehmenssitzen (P7_TA-PROV(2012)0019), wonach bei grenzüberschreitenden Verlegungen des Satzungssitzes der Missbrauch von Briefkastengesellschaften zur Umgehung rechtlicher, sozialer und steuerlicher Bedingungen verhindert werden soll). Die Gesellschafter müssen dies in der Handelsregisteranmeldung versichern, das Registergericht hat dies zu überprüfen (Eckhardt/Hermanns/Piebler, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 7, Rn. 481; *Wicke* DStR 2012, 1756 [1758]; *Hushahn* RNotZ 2014, 137 [147] mwN). Auch dieser Umstand zeigt mit aller Deutlichkeit, dass die Auffassung des OLG Frankfurt a.M. zu § 202 UmwG nicht richtig sein kann, da man als Folge dieser Auffassung auf diese Voraussetzung verzichten könnte, solange nur das Register des Zuzugsstaats die Gesellschaft einträgt.

Die Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. ist in Bezug auf die Anwendung von § 202 UmwG so grundlegend falsch, dass zu erwarten ist, dass sie allein bleibt. Sollten die hier relevanten Fragen erneut einer obergerichtlichen Entscheidung unterliegen, bleibt dem dann zuständigen Gericht nur zu wünschen, sich eingehender mit dem europäischen Umwandlungsrecht zu befassen, als dies der Senat des OLG Frankfurt a.M. getan hat.

Notarassessor Dr. Johannes Hushahn, LL. M. (Cantab),
Düsseldorf

9. Kostenrecht – Zur Kostenhaftung für einen vom Makler angeforderten Vertragsentwurf

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.11.2016 – I-10 W 268/16)

GNotKG §§ 29 Nr. 1, 30 Abs. 1, 129 Abs. 1
BGB §§ 164, 177 Abs. 1
FamFG §§ 70, 84

1. Ob ein Makler, der bei einem Notar einen Vertragsentwurf erfordert, Auftraggeber im Sinne von § 29 Nr. 1 GNotKG und damit Schuldner der Notarkosten ist, beurteilt sich nach den Grundsätzen der §§ 164 ff. BGB.

2. Aus Sicht eines verständig denkenden Notars will ein Makler die einen Vertragsschluss vorbereitenden Tätigkeiten regelmäßig nicht im eigenen Namen veranlassen. Ein Handeln des Maklers im Namen der Vertragsparteien ergibt sich zumindest aus den Umständen, § 164 Abs. 1 S. 2 BGB.
3. Bestellt ein Makler bei einem Notar einen Vertragsentwurf ohne ausdrückliche Ermächtigung im Namen eines Interessenten, kommt eine Haftung des Maklers als Vertreter ohne Vertretungsmacht in Betracht. Für eine Genehmigung des Vertreterhandelns i.S.d. § 177 Abs. 1 BGB genügt indes ein Verhalten, das nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte den Schluss darauf zulässt, als dass der Vertretene mit der Auftragserteilung an den Notar einverstanden war.

Zur Einordnung:

In der Praxis sind es häufig Makler, die den Notar mit dem Entwurf des von ihnen vermittelten Kaufvertrags beauftragen. Kommt es in der Folge nicht zur Beurkundung, stellt sich die Frage, wer für die Gebühr nach KV Nr. 21302 GNotKG einzustehen hat. In der nachstehend abgedruckten Entscheidung hatte sich nun auch das OLG Düsseldorf wieder mit dieser Frage auseinanderzusetzen.

Gerade dann, wenn es nicht zu einer Beurkundung kommt, schuldet die Notarkosten nach § 29 Nr. 1 GNotKG vor allem derjenige, der den entsprechenden Beurkundungsauftrag erteilt, dem Notar also zu erkennen gegeben hat, dass in seinem Interesse eine bestimmte Beurkundung bzw. Entwurfserstellung erfolgen soll (Korintenberg/Gläser, GNotKG, 19. Aufl. 2015, § 29 Rn. 18). Die §§ 164 ff. BGB gelten insoweit entsprechend. Der Auftrag kann somit – ausdrücklich oder konkludent – auch im Namen eines anderen erklärt werden (Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Neie, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 29 Rn. 9). Sofern ein Makler einen Entwurf für einen von ihm vermittelten Kaufvertrag anfordert, soll darin regelmäßig kein Handeln im eigenen Namen, sondern im Namen seines Auftraggebers liegen (OLG München MittBayNot 2015, 72; OLG Frankfurt a.M. RNotZ 2013, 563 mAnm Schriftleitung; OLG Dresden BeckRS 2003, 17815; LG Aachen BWNotZ 2011, 84 mAnm Schmitz; aA Korintenberg/Gläser, GNotKG, 19. Aufl. 2015, § 29 Rn. 10, der insoweit (auch) von einem eigenen Interesse des Maklers ausgeht). Handelt der Makler bei der Auftragserteilung mit entsprechender Vertretungsmacht, ist somit nur der Vertretene Kostenschuldner nach § 29 Nr. 1 GNotKG. Beauftragt der Makler den Notar dagegen ohne entsprechend bevollmächtigt zu sein, haftet der Vertretene nur dann für die Kosten, wenn er den Auftrag im Nachhinein genehmigt. Eine Genehmigung soll dabei insbesondere auch darin zu sehen sein, dass der vollmachtlos Vertretene den Entwurf entgegennimmt und Änderungswünsche gegenüber dem Notar äußert (OLG München MittBayNot 2015, 72), nicht jedoch darin, dass Änderungswünsche lediglich gegenüber dem Makler selbst geäußert werden (OLG Hamm NZM 2017, 156 [158]). Genehmigt der vollmachtlos Vertretene den Beurkundungsauftrag nicht, kommt – sofern er die vollmachtlose Vertretung nicht offengelegt hat – eine Haftung des Maklers nach § 179 BGB in Betracht (OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 74291; LG Kleve RNotZ 2002, 290; KG MittBayNot 2004, 141; LG Hannover JurBüro 2003, 147; Bor-

mann/Diehn/Sommerfeldt/Neie, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 29 Rn. 12).

Das OLG Düsseldorf schließt sich in seiner Entscheidung der Auffassung an, die davon ausgeht, dass der Beurkundungsauftrag eines Immobilienmaklers in Bezug auf ein von ihm vermitteltes Geschäft regelmäßig nicht im eigenen Namen erfolgt. Äußert ein Kaufinteressent gegenüber dem Notar Änderungswünsche, soll darin grundsätzlich eine Genehmigung der Auftragserteilung zu sehen sein (OLG München MittBayNot 2015, 72). Eine Haftung des Maklers als Vertreter ohne Vertretungsmacht kommt dann nicht mehr in Betracht.

Die Entscheidung liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung zu dem Thema. Sie zeigt, dass Makler – wollen sie einer drohenden Haftung nach § 179 BGB entgehen – sich immer ausdrücklich zur Erteilung eines Beurkundungsauftrags ermächtigen lassen und dies auch ausreichend dokumentieren sollten (*Gronstedt*, Anm. zu OLG Düsseldorf, NZM 2017, 155 [156]). Legt der Makler eine vollmachtlose Vertretung offen, sollte der Notar darauf hinwirken, dass noch vor der Entwurfsfertigung eine Genehmigung der Auftragserteilung erfolgt. Sollte es zu einer Kostenbeschwerde gegen eine gegenüber einem Vertragsbeteiligten bzw. einem Makler erhobene Gebühr nach KV Nr. 21302 GNotKG kommen, könnte zudem an eine Streitverkündung gedacht werden (vgl. Keidel, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 58 Rn. 86).

Die Schriftleitung (DH)

Aus den Gründen:

Die Beschwerde hat Erfolg

I. Die Beschwerde ist gemäß § 129 Abs. 1 GNotKG zulässig und hat in der Sache Erfolg.

Die Maklerin ist nicht Kostenschuldnerin der Notarin

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist die Beschwerdeführerin nicht Auftraggeberin im Sinne von § 29 Nr. 1 GNotKG und damit auch nicht Kostenschuldnerin der Notarin.

Ob der Makler Kostenschuldner ist, beurteilt sich nach den Grundsätzen der §§ 164 ff. BGB

Die Beschwerdeführerin hat die Notarin mit der Entwurfsfertigung beauftragt. Die Frage, ob sie angesichts dessen auch Kostenschuldnerin ist oder ob ggf. lediglich ein Dritter als Kostenschuldner anzusehen ist, beurteilt sich nach den Grundsätzen der §§ 164 ff. BGB (vgl. Senat, I-10 W 22/14, Beschluss vom 11. März 2014; OLG Frankfurt, 20 W 273/12, Beschluss vom 4. Juli 2013, juris Rn. 14; OLG Köln, 2 Wx 53/91, Beschluss vom 3. April 1992, juris Rn. 14.). Bestellt ein Makler bei einem Notar einen Vertragsentwurf ohne ausdrückliche Ermächtigung im Namen eines Interessenten, kommt eine Haftung des Maklers als Vertreter ohne Vertretungsmacht in Betracht (Senat, a.a.O.).

Beauftragt ein Makler den Notar mit der Erstellung eines Kaufvertragsentwurfs, handelt er regelmäßig im Namen der Beteiligten

Die Beschwerdeführerin hat vorliegend nicht im eigenen Namen, sondern im Namen der Kaufvertragsparteien gehandelt. Dies ergibt sich jedenfalls aus den Umständen, § 164 Abs. 1 S. 2 BGB. Aus Sicht eines verständigen denkenden Notars will ein Makler die einen Vertragsschluss vorbereitenden Tätigkeiten nicht im eigenen Namen veranlassen. Der Notar, der weiß, dass der Makler den beabsichtigten Vertrag nur vermitteln soll, kann nicht erwarten dass er für die Notarkosten haften will (Senat, a.a.O.; OLG Frankfurt, a.a.O., juris Rn. 15; OLG Dresden, 3 W 231/03, Beschluss vom 29. August 2003, juris Rn. 7). Denn grundsätzlich haftet für die Kosten des Notars gemäß § 30 Abs. 1 GNotKG nur der, dessen Erklärung beurkundet werden soll. Damit trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass in der Regel nur die Vertragsparteien ein Interesse am Vertragsschluss und damit an der Beurkundung haben. Zwar sind Ausnahmen denkbar; die Kostenschuld eines Dritten bedarf indes einer besonderen Rechtfertigung (Senat, a.a.O.; OLG Dresden, a.a.O., juris Rn. 5). Hierfür wäre im Streitfall erforderlich, dass das Verhalten der Maklerin für die Notarin als Empfängerin der Erklärung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte den Schluss zuließ, sie verlange ausnahmsweise den Entwurf der Vertragsurkunde für sich, etwa um diesen selbst in weiteren Verhandlungen für sich nutzbar zu machen (vgl. Senat, a.a.O.; OLG Frankfurt, a.a.O., juris Rn. 15). Hierfür bestanden vorliegend jedoch auch auf der Grundlage des Vorbringens der Notarin keinerlei Anhaltspunkte. Vielmehr ist zwischen den Beteiligten unstrittig, dass die Beschwerdeführerin bereits zuvor mehrfach bei der Notarin Kaufvertragsentwürfe – und zwar stets im Namen der Kaufvertragsparteien – in Auftrag gegeben hatte.

In den Korrekturwünschen des Kaufinteressenten ist eine Genehmigung der Auftragserteilung zu sehen

Ob die Beschwerdeführerin über die erforderliche Vertretungsmacht (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB) verfügte, als sie die Fertigung des Vertragsentwurfs in Auftrag gab, kann dahinstehen. Denn nach der Aussage des vorliegend als Käufer avisierten Zeugen P. hat dieser von der Notarin einen Vertragsentwurf erhalten, in dem er als iranischer Staatsangehöriger aufgeführt war; sodann ist er mit der Notarin in Verbindung getreten und hat unter Übermittlung seiner Kontaktdaten korrigierend mitgeteilt, dass er aus Mazedonien stamme. Dieses Verhalten des Kaufinteressenten, das von der Notarin nicht in Abrede gestellt wird, lässt nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte keinen anderen Schluss zu, als dass der Kaufinteressent mit der Auftragserteilung an die Notarin einverstanden war (vgl. Senat, a.a.O.; LG Aachen, 2 T 228/10, Beschluss vom 27. Januar 2011, juris Rn. 12). Durch sein Verhalten hat der Kaufinteressent die Auftragserteilung an die Notarin in Bezug auf die Fertigung des Kaufvertragsentwurfs mithin i.S.d. § 177 Abs. 1 BGB genehmigt. Zutreffend weist die Notarin im Beschwerdeverfahren darauf hin, dass ein Interesse der Beteiligten, nicht „unnötig“ mit Kosten belastet zu werden, bei der Beurteilung außer Betracht zu bleiben hat. ■

Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

Der Bundestag hat am 9. März 2017 mehrheitlich für das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung gestimmt. Der Bundesrat hat das Gesetz am 31. März 2017 gebilligt. Die Änderungen des BGB treten am 1. Januar 2018 in Kraft. Mit dem Gesetz finden eigene Abschnitte für den Bauvertrag, den Architekten- und Ingenieurvertrag sowie den Bauträgervertrag Eingang in das BGB.

Mit den §§ 650 a–h BGB-E wird erstmals ein eigenständiges Bauvertragsrecht normiert. Als erhebliche Neuerung ist vor allem das einseitige Anordnungsrecht des Bestellers für Änderungen des vereinbarten Werkerfolges zu nennen (§ 650 b BGB-E). Erzielen die Vertragsparteien eines Bauvertrages binnen 30 Tagen nach Zugang eines Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung über die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Die Mehrkosten sind nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln (§ 650 c BGB-E).

Der Verbraucherbauvertrag ist ergänzend in den §§ 650 i–n BGB-E geregelt. § 650 i Abs. 1 BGB-E definiert Verbraucherbauverträge als solche, durch die der Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird. Der Unternehmer ist gem. § 650 j BGB-E iVm Art. 249 EGBGB-E bei Vorliegen eines Verbraucherbauvertrages verpflichtet, dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung eine Baubeschreibung in Textform zur Verfügung zu stellen, in der ein vorgegebener Mindestinhalt zu den wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in klarer Weise enthalten sein muss. Bei einem Verstoß greift die Auslegungsregel des § 650 k Abs. 2 BGB-E. Soweit die Baubeschreibung unvollständig oder unklar ist, ist der Vertrag unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards nach der übrigen Leistungsbeschreibung, auszulegen. Zweifel bei der Auslegung des Vertrages bezüglich der vom Unternehmer geschuldeten Leistung gehen zu dessen Lasten. Zudem muss ein Verbraucherbauvertrag gem. § 650 k Abs. 3 BGB-E verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn eine Angabe zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrags nicht möglich ist, zur Dauer der Bauausführung enthalten. Enthält der Vertrag diese Angaben nicht, werden die vorvertraglich in der Baubeschreibung übermittelten Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder zur Dauer der Bauausführung Inhalt des Vertrags. Mit § 650 i BGB-E wird ein Widerrufsrecht für Verbraucherbauverträge gem. § 355 BGB eingefügt, welches jedoch ausdrücklich nicht für notariell beurkundete Verträge gilt. Gem. § 650 m Abs. 1 BGB-E darf der Gesamtbetrag der Abschlagszahlungen in einem Verbraucherbauvertrag

90 % der vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich der Vergütung für Nachtragsleistungen nicht übersteigen. Mit § 650 n BGB-E wird eine Regelung zur Erstellung und Herausgabe von Unterlagen getroffen, die der Verbraucher zum Nachweis der Einhaltung öffentlichrechtlicher Vorschriften oder für Dritte, etwa einen Darlehensgeber, benötigt.

Neben Vorschriften zum Architekten- und Ingenieurvertrag (§ 650 p–t BGB-E) werden zudem erstmals eigene – wenn auch überschaubare – Regelungen zum Bauträgervertrag in das BGB eingefügt (§§ 650 u und v BGB-E). Das einseitige Anordnungsrecht des Bestellers oder aber auch die Begrenzung von Abschlagszahlungen gem. § 650 m BGB-E finden beim Bauträgervertrag keine Anwendung. Einschlägig bleibt die MaBV. Anwendung finden jedoch unter anderem die Regelungen zur Übermittlung einer Baubeschreibung mit festgelegtem Mindestinhalt und die Pflicht, eine verbindliche Angabe zum Zeitpunkt der Fertigstellung oder aber zur Dauer der Bauausführung zu treffen.

Im allgemeinen Werkvertragsrecht werden unter anderem die bestehenden Regelungen zur fingierten Abnahme ergänzt und in § 640 Abs. 2 BGB-E zusammengefasst. Nach Fristsetzung zur Abnahme muss der Besteller danach die Abnahme unter Angabe mindestens eines Mangels verweigern, wenn er die Abnahmefiktion verhindern will. Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerter Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen (§ 640 Abs. 2 S. 2 BGB-E). Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln, hat er auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken (§ 650 g Abs. 1 S. 1 BGB-E), wie sie aus § 4 Abs. 10 VOB/B bekannt ist.

Im Kaufrecht wird unter anderem die umstrittene Frage geregelt, wer die Ein- und Ausbaurkosten bei der Nachbesserung einer mangelhaften Sache zu tragen hat (§ 439 Abs. 3 BGB-E). Zum Schutz des Verkäufers wurde für diesen Fall zudem ein Rückgriffsrecht gegen den Lieferanten vorgesehen (§ 445 a BGB-E). ■

Anfragen an ausländische Testamentsregister über das ZTR

Das Zentrale Testamentsregister (ZTR) bietet seit geraumer Zeit die Möglichkeit, in ausländischen Testamentsregistern nach erbfolgerrelevanten Urkunden eines Erblassers suchen zu lassen. Diese Suche wird durch einen speziell dafür gegründeten Verein namens ARERT ermöglicht, der eng mit dem C. N. U. E. (Rat der Notariate der Europäischen Union) verbunden ist.

Eine Suche bei ausländischen Testamentsregistern kann bei „grenzüberschreitenden“ Erbfällen von Interesse sein, in denen die Möglichkeit besteht, dass der Erblasser zeitlich im Ausland testiert hat. Für deutsche Notarinnen und Notare kann sich diese Frage beispielsweise anlässlich

der Beurkundung eines Erbscheinsantrags oder des Antrags auf Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses stellen. Die Anfrage unter Vermittlung von ARERT ist jedoch – abweichend von § 78 d Abs. 1 S. 3 BNotO für das ZTR – immer nur nach dem Tod des Erblassers, auf den sich die Suche bezieht, zulässig.

Unter dem Dach von ARERT sind derzeit Mitglieds- und Partnerorganisationen aus insgesamt 21 Ländern vereint. Eine konkrete Suchmöglichkeit besteht dabei für die Testamentsregister der folgenden Länder: Bulgarien, Estland, Frankreich, Lettland, Luxemburg, Niederlande, Polen, Rumänien, Russland, Ungarn. Eine Ausweitung auf weitere Länder ist zukünftig denkbar.

Die Anfrage an eines der genannten ausländischen Testamentsregister ist ausschließlich über das ZTR zu stellen. Dazu ist im geschützten Bereich (<https://ztr.bnotk.de>) ein

eigener Menüpunkt „RERT“ geschaffen worden. Über diesen Menüpunkt können ein kurzes Abfrageformular und eine bebilderte Anleitung abgerufen werden. Die Anfrage kostet derzeit 15,- EUR. Bezieht sich die Anfrage auf mehr als ein ausländisches Testamentsregister, erhöht sich die Gebühr um 5,- EUR für jedes weitere Register. Hinzuweisen ist noch darauf, dass das ZTR aus datenschutzrechtlichen Gründen zumindest derzeit keine Auskünfte aus seinem Datenbestand an ausländische Stellen übermitteln darf. Außer Notarinnen und Notaren sind die deutschen Nachlassgerichte befugt, eine Anfrage über ARERT zu stellen.

Weiterführende Informationen zu diesem Thema bietet der Aufsatz von *Seebach*, ZNotP 2015, 412. Informationen zu dem Trägerverein ARERT finden Sie unter www.arert.eu. ■