

## AUFsätze

## Zur Konstruktion eines Vindikationslegats durch lebzeitige Vermächtniserfüllung

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Rostock vom 13.8.2018, 3 W 160/16\*

Von Notar Dr. **Peter Becker**, Schwäbisch Gmünd

Ungewöhnlich ist die hier besprochene Entscheidung vor allem deshalb, weil der Erblasser bereits im Testament den Versuch zur Erfüllung von ausgesetzten Vermächtnissen unternommen hat. Dies soll im Folgenden zum Anlass genommen werden, über die nach geltendem Recht bestehenden Möglichkeiten zur Sicherung der Vermächtniserfüllung nachzudenken. Erforderlich werden solche Maßnahmen, weil das deutsche Recht im Regelfall<sup>1</sup> dem Vermächtnis nur schuldrechtliche Wirkung – als sog. Damnationslegat – gemäß § 2174 BGB zumisst. In anderen europäischen Rechtsordnungen, etwa in Polen,<sup>2</sup> können Vermächtnisse hingegen auch dingliche Wirkung – als sog. Vindikationslegate – haben. Dies wirft einleitend die Frage auf, warum sich der historische Gesetzgeber gegen das Vindikationslegat des römischen und gemeinen Rechts und für das Damnationslegat entschieden hat, bevor im Anschluss Lösungsansätze zur Sicherung der Vermächtniserfüllung diskutiert werden.

## I. Sachverhalt

Im Lauf des letzten Jahres hatte das OLG Rostock<sup>3</sup> über eine in der notariellen Praxis (eher) ungewöhnliche Gestaltung zu entscheiden. Als Beschwerdegericht in Grundbuchsachen wurde ihm folgender verkürzt dargestellter Sachverhalt zur Entscheidung vorgelegt: Erblasser M ist in verschiedenen Grundbüchern mit Rechtsverhältnissen beteiligt. M ist am 19.5.2014 verstorben. Es wurde folgendes (auszugsweise wiedergegebenes) Testament des M eröffnet:

\* MittBayNot 2019, 457 (in diesem Heft)

- 1 Ausnahme: Vorausvermächtnis an den alleinigen Vorerben gemäß § 2110 Abs. 2 BGB und in landesrechtlichen Vorschriften gemäß Art. 139 EGBGB. Dazu etwa: BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 1.5.2019, § 2110 Rdnr. 5; MünchKomm-BGB/Rudy, 7. Aufl. 2017, § 2174 Rdnr. 1 a. E. m. w. N.
- 2 Hierzu: Süß/Lakomy, Erbrecht in Europa, 3. Aufl. 2016, S. 1004 f.; EuGH, Urteil vom 12.10.2017, C-218/16 (Kubicka), DNotZ 2018, 33 = NJW 2017, 3767 = ZErB 2017, 352 (Anerkennung eines Vindikationslegats polnischen Rechts). Das polnische Erbrecht unterscheidet zwischen dem einfachen Vermächtnis (Art. 968 ZGB Polen) und dem Vindikationsvermächtnis (Art. 981 § 1 ZGB Polen). Dazu: Süß/Lakomy, Erbrecht in Europa, S. 1005 Rdnr. 49.
- 3 OLG Rostock, Beschluss vom 13.8.2018, 3 W 160/16, MittBayNot 2019, 457 (in diesem Heft).

„Ich setze zu meiner alleinigen Vollerbin meine Ehefrau (...) ein. (...) Ich bin zusammen mit meinem Bruder, (...), und den Kindern meiner verstorbenen Schwester, (...), Miteigentümer von umfangreichem Grundbesitz in K. Diesbezüglich besteht eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Dieser Grundbesitz stammt aus meiner väterlichen Linie. Aus diesem Grund vermache ich meinen Kindern (...) im Wege des Vermächtnisses die Gesellschaftsanteile an der Bauernhof H-GbR sowie  $\frac{1}{3}$  Miteigentumsanteile an den Grundbesitzen verzeichnet beim AG Rostock, Grundbücher (...) zu gleichen Teilen, verbunden mit der Verpflichtung, meiner Ehefrau, (...), an den Miteigentumsanteilen an den vorbezeichneten Grundbesitzen das lebenslange Nießbrauchsrecht, löschar bei Todesnachweis, einzuräumen. Die erforderliche dingliche Einigungserklärung gemäß § 873 Abs. 1 BGB gebe ich hiermit ab und bewillige die Eintragung des Eigentumswechsels auf meine vier Kinder sowie des Nießbrauches meiner Frau, GM, im Grundbuch.“<sup>4</sup> (...)

Unter Beifügung einer Abschrift des Testaments und des Eröffnungsprotokolls beantragten die Beteiligten die Grundbuchberichtigung. Das Grundbuchamt hat diesen Antrag mangels wirksamer Auflassung zurückgewiesen.

## II. Für und Wider des Vindikationslegats

In den Motiven zum BGB wurde für die Anerkennung des Vindikationslegats das Interesse des Erblassers vorgetragen, die Sicherheit zu haben, dass ein Nachlassgegenstand wirklich „in die Hände des Bedachten“ gelangt.<sup>5</sup> Ohne diese dingliche Wirkung des Vermächtnisses bestünde die Gefahr, dass die Vermächtniserfüllung entweder aus Gründen in der Person des Erben (zum Beispiel dessen Unzuverlässigkeit oder Unwilligkeit) oder durch den Zugriff von persönlichen Gläubigern der bzw. des Erben oder von Nachlassgläubigern scheiterte. Gegen die Anerkennung des Vindikationslegats (im Bereich des Immobiliarsachenrechts) wurde dessen grundsätzliche Unvereinbarkeit mit dem System des Eigentumserwerbs an Immobilien (d. h. Einigung und Eintragung) und dem Grundbuchrecht vorgetragen.<sup>6</sup> Weiterhin wurde gegen das Vindikationslegat

4 Hervorhebung durch den Autor.

5 *Mugdán*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V, Erbrecht, 1899, S. 70.

6 *Mugdán*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V, Erbrecht, S. 70.

vorgebracht, dass der Erbe zur Verfügung über den vermachten Gegenstand zur Schuldentilgung berechtigt sein müsse. Andernfalls hätte der Erbe selbst nur einen (womöglich wertlosen) Anspruch gegen den Vermächtnisnehmer auf Übertragung des Gegenstands. Dadurch würden nicht zuletzt auch die Interessen der Nachlassgläubiger beeinträchtigt.<sup>7</sup> Der freien Verfügungsmacht des Vermächtnisnehmers im Falle eines Vindikationslegats hätte daher durch ein relatives Veräußerungsverbot (vgl. § 135 BGB) zugunsten des Erben vorgebeugt werden müssen, was als nicht zielführend angesehen wurde. Umgekehrt wurde auch von der Einführung eines relativen gesetzlichen Veräußerungsverbots zulasten des Erben und zur Sicherung des Vermächtnisnehmers abgesehen.<sup>8</sup> Jedenfalls bei beweglichen Sachen und Forderungen wäre es nicht möglich, dieses Verbot Dritten zur Kenntnis zu bringen. Verkehrsinteressen wären hierdurch gegebenenfalls nicht nur unerheblich beeinträchtigt worden. Als genügende Absicherung der Vermächtniserfüllung wurde die Anordnung einer (Abwicklungs-)Testamentsvollstreckung angesehen.<sup>9</sup>

In den Protokollen zum BGB wurden diese Argumente erneut aufgegriffen und teilweise vertieft.<sup>10</sup> So war man sich (wohl) einig, dass die Übernahme des Vindikationslegats die Interessen des Erblassers und des Vermächtnisnehmers am besten verwirkliche und wohl auch in der Rechtstradition und dem Volksbewusstsein am stärksten verwurzelt sei.<sup>11</sup> Im Interesse der Befriedigung der Nachlassgläubiger wurde hierauf aber verzichtet, wenn auch der Gegenentwurf zum Schutz der Nachlassgläubiger ein Verfügungsrecht („Ermächtigung“) des Erben über den vermachten Gegenstand trotz unmittelbaren Rechtserwerbs des Vermächtnisnehmers vorsehen wollte, wenn dies zur Befriedigung der Nachlassgläubiger „nothwendig“ wäre.<sup>12</sup> Die Absicherung durch Testamentsvollstreckung wurde von den Gegenstimmen als unzulänglich angesehen, da Erblasser gerade bei kleineren Vermögen (vor allem solchen ohne Grundbesitz) auf eine solche Anordnung regelmäßig verzichteten.<sup>13</sup> Im Hinblick auf unbewegliche Sachen wurde von den Gegnern des Vindikationslegats erneut dessen Widersprüchlichkeit zum Grundbuchsystem betont. Es müsste insoweit nicht nur ermittelt werden, wer Erbe geworden sei, sondern auch, wem der Erblasser mittels Vermächtnisses ein Grundstück unmittelbar zuwenden wollte. Schließlich wurde für den Fall der Übernahme des Vindikationslegats auch ein

Widerspruch der Rechtsstellung des Erben im Verhältnis zum Vermächtnisnehmer verglichen zur Rechtsstellung des Vorerben in Bezug zum Nacherben erkannt.<sup>14</sup>

Zusammenfassend hat sich der historische Gesetzgeber in Abwägung der Interessen des Erblassers, der Vermächtnisnehmer und der Nachlassgläubiger zum Schutz der Nachlassgläubiger gegen die Übernahme des Vindikationslegats in das BGB ausgesprochen.<sup>15</sup> Die Sicherung der Vermächtniserfüllung war auch schon aus Sicht des historischen Gesetzgebers vor allem durch die Anordnung von (Abwicklungs-)Testamentsvollstreckung zu erreichen.

### III. Gestaltungsmittel zur Sicherung der Vermächtniserfüllung und verwandte Lösungsansätze

#### 1. Testamentsvollstreckung

Als klassisches Mittel der Sicherung der Vermächtniserfüllung kann vor diesem Hintergrund die Anordnung von Testamentsvollstreckung in der Erscheinungsform der „Abwicklungsvollstreckung“ (§§ 2203 ff. BGB) angesehen werden. Der Vermächtnisnehmer selbst kann hierbei zum Testamentsvollstrecker bestimmt werden, mit der einzigen Aufgabe der Vermächtniserfüllung zu seinen Gunsten. Durch die §§ 2205, 2211 BGB wird das Verfügungsrecht des Erben ausgeschlossen. Dadurch ist auch beim Damnationslegat das Interesse des Erblassers und des Vermächtnisnehmers hinreichend geschützt. Der Schutz der Nachlassgläubiger wird über § 2213 BGB berücksichtigt. Hier müsste auf Leistung gegen den Erben (§ 2213 Abs. 1 Satz 2 BGB) und auf Duldung der Zwangsvollstreckung (§ 2213 Abs. 3 BGB, § 748 Abs. 2 ZPO) gegen den Testamentsvollstrecker (= Vermächtnisnehmer) geklagt werden.<sup>16</sup> Ein Formulierungsbeispiel einer solchen Abwicklungsvollstreckung könnte wie folgt lauten:

Zur Sicherstellung der Erfüllung des vorstehend angeordneten Vermächtnisses ordne ich

Testamentsvollstreckung

in Form der „Abwicklungsvollstreckung“ (§ 2203 BGB) an, so dass der bzw. die Erben zunächst nicht über den Nachlass verfügen können. Der Aufgabenkreis des Testamentsvollstreckers ist auf die Ausführung des vorstehenden Vermächtnisses beschränkt. Weitere Aufgaben werden dem Testamentsvollstrecker ausdrücklich nicht zugewiesen. Der Testamentsvollstrecker ist von den Beschränkungen des § 181 BGB analog (Insichgeschäft, Mehrfachvertretung) befreit. Zum Testamentsvollstrecker wird der vorstehend genannte Vermächtnisnehmer selbst bestimmt. Sollte dieser das Amt des Testamentsvollstreckers nicht annehmen können oder wollen, entfällt die Testamentsvollstreckung ersatzlos. Eine Vergütung erhält der Testamentsvollstrecker nicht. Er hat auch keinen Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen.

7 *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V, Erbrecht, S. 70, 71.

8 *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V, Erbrecht, S. 71.

9 *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V, Erbrecht, S. 71.

10 *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V, Erbrecht, S. 619 ff.

11 *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V, Erbrecht, S. 621. Dem entsprechen vielleicht heute noch die vielfach in Laientestamenten vorgefundenen umfangreichen Verteilungsregelungen zu Einzelgegenständen.

12 *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V, Erbrecht, S. 622.

13 *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V, Erbrecht, S. 623.

14 *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V, Erbrecht, S. 621 mittig.

15 Denkbar wäre zum Beispiel auch die Zulassung des Vindikationslegats außerhalb des Bereichs des Immobiliarsachenrechts/ Grundbuchrechts gewesen.

16 BeckOK-BGB/Lange, § 2213 Rdnr. 6; MünchKomm-BGB/Zimmermann, § 2213 Rdnr. 10 f.

## 2. Miterbenstellung mit Vorausvermächtniszuzewendung/Teilungsanordnung

Wie in den Motiven schon erwähnt, wäre es auch denkbar den Begünstigten nicht „nur“ zum Vermächtnisnehmer zu ernennen, sondern ihm stattdessen eine unmittelbare Beteiligung am Nachlass in Form einer Miterbenstellung zu gewähren und durch ein – wiederum nur schuldrechtlich wirkendes – Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB) oder eine Teilungsanordnung (§ 2048 Satz 1 BGB) oder eine Kombination aus beidem (siehe unten) bestimmte Nachlassgegenstände zuzuweisen. Dies bringt einerseits eine unmittelbare Nachlassbeteiligung – vergleichbar dem Vindikationslegat – mit sich, andererseits jedoch auch eine Haftung nach Maßgabe der §§ 1967, 2058 ff. BGB, die aber grundsätzlich auf den Nachlass beschränkt werden kann (zum Beispiel §§ 1975 ff. BGB). Der Vermächtnisnehmer büßt in dieser Gestaltung seine Stellung als bloßer (wenn auch nachrangiger)<sup>17</sup> Nachlassgläubiger ein. Die Anordnung einer solchen mit einem Vorausvermächtnis kombinierten Teilungsanordnung könnte wie folgt im Anschluss an die Erbeinsetzung im Testament oder Erbvertrag erfolgen:

(1) Betreffend die Art und Weise der Auseinandersetzung der (Schluss-)Erbgemeinschaft ordnet jeder von uns für den Fall, dass er der Längerlebende von uns beiden ist und für den Fall, dass der Grundbesitz zu diesem Zeitpunkt sich noch im Nachlass befindet und nicht bereits veräußert wurde, folgende

Teilungsanordnung(en),

d. h. unter Anrechnung auf den Erbteil des genannten Schlusserben, an:

... (Name, Vorname etc.)

– im Folgenden auch „der Berechtigte“ genannt –

ist zu Alleineigentum das folgende Grundstück samt des zum Zeitpunkt des Erbfalls vorhandenen Zubehörs zu übertragen:

Grundbuch von (...), Blatt (...)

BV-Nr. (...)

Flst. Nr. (...)

Ebenfalls sind etwaige entstandene Ansprüche wegen Beschädigung des Grundbesitzes, seiner wesentlichen Bestandteile oder des Zubehörs sowie Ansprüche auf Ersatz der Wertminderung gegen Dritte, ausgenommen hiervon sind solche Ansprüche gegen (...), auf diesen zu übertragen.

(2) Im Zeitpunkt des Erbfalls bestehende Grundstücksbelastungen und Miet- oder Pachtverhältnisse sind durch den Berechtigten zu übernehmen. Deren Beseitigung kann nicht verlangt werden. Steht dem Längerlebenden von uns ein Anspruch auf Beseitigung einer Belastung zu, so ist auch dieser auf den Berechtigten zu übertragen. Entsprechendes gilt für dem Längerlebenden am oben beschriebenen Grundbesitz

17 Vgl. § 1991 Abs. 4 BGB, § 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO; § 1973 Abs. 1 Satz 2, § 1974 Abs. 2 BGB; § 5 AnfG bzw. § 322 InsO. Zur „schwachen“ Rechtsstellung des Vermächtnisnehmers zum Beispiel MünchKomm-BGB/Rudly, § 2174 Rdnr. 2 f.

zustehende Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden. Verbindlichkeiten, welche beim (Schluss-)Erbfall durch auf dem oben genannten Grundbesitz eingetragene Grundpfandrechte gesichert sind, hat allein der Berechtigte zu tragen [gegebenenfalls jedoch nur, soweit damit Aufwendungen für die Immobilie getätigt worden sind]. Soweit eine vorzeitige Tilgung oder eine Schuld-, oder gegebenenfalls Vertragsübernahme, nicht möglich ist, hat der Berechtigte den Nachlass im Wege der Erfüllungsübernahme freizustellen. Für die Höhe der Freistellungspflicht gelten die §§ 2166, 2168 BGB entsprechend.

(3) Die Kosten der Erfüllung der Teilungsanordnung(en) (zum Beispiel Notar- und Grundbuchkosten) trägt der Berechtigte.

(4) Der auf den Erbteil anzurechnende Wert der Gegenstände der Teilungsanordnung(en) ist durch einen vereidigten Sachverständigen auf Kosten des Nachlasses zu ermitteln, wenn und soweit sich die Schlusserben nicht einvernehmlich auf einen Wert verständigen können. Sofern über die Person des Sachverständigen keine Einigung erzielt wird, ist dieser von der zuständigen Industrie- und Handelskammer zu bestimmen.

(5) Die vorstehenden Teilungsanordnungen gelten auch bei Eintritt der Ersatzerbfolge. Einvernehmlich können sich die Erben auch abweichend von diesen Teilungsanordnungen auseinandersetzen. Für die Auseinandersetzung und Zuweisung der nicht vorstehend durch Teilungsanordnung betroffenen Gegenstände gelten die gesetzlichen Regeln.

(6) Soweit der Berechtigte durch die Ausführung der vorstehenden Teilungsanordnungen mehr erhält, als ihm seinem Erbteil nach zusteht, erhält er diesen übersteigenden Teil als Vorausvermächtnis, d. h. ohne Anrechnungs- oder Ausgleichsverpflichtung, zugewandt. Das Vorausvermächtnis fällt nur bei Annahme der Erbschaft und erst mit der Erbaus-einandersetzung an.

## 3. Erteilung einer post- oder transmortalen Vollmacht an den Vermächtnisnehmer

Ein neuerer Weg der Vermächtniserfüllungssicherung ist die Erteilung einer postmortalen Vollmacht<sup>18</sup> in der letztwilligen Verfügung<sup>19</sup> oder einer transmortalen<sup>20</sup> Vollmacht in getrennter Urkunde durch den Erblasser an den Begünstigten. Diese ist zwar grundsätzlich nach dem Tod des Erblassers durch die Erben widerruflich, jedoch kann der Widerruf selbst wiederum sanktioniert (zum Beispiel Strafvermächtnis oder Ähnliches) werden. Insbesondere bietet sich die Kombination aus Testamentsvollstreckung und Vollmacht an, um die Vorteile beider

18 D. h. einer Vollmacht, die erst ab dem Tod des Vollmachtgebers (Erblassers) zur Vertretung (des bzw. der Erben) berechtigt.

19 Die Zulässigkeit der Erteilung einer Vollmacht in einer letztwilligen Verfügung wird – soweit ersichtlich – nicht grundlegend in Frage gestellt. Dazu etwa: OLG Köln, Beschluss vom 3.5.1950, 2 W 92/50, NJW 1950, 702; Beschluss vom 10.2.1992, 2 Wx 50/91, NJW-RR 1992, 1357 m. w. N.

20 D. h. einer Vollmacht, die bereits zu Lebzeiten und über den Tod des Vollmachtgebers (Erblassers) hinaus zunächst zur Vertretung des Erblassers, ab dem Todesfall des bzw. der Erben berechtigt.

Institute nutzen zu können. Die zusätzlich erteilte Vollmacht gibt dem Testamentsvollstrecker die Möglichkeit, bereits vor Amtsbeginn (§ 2202 BGB) über Nachlassgegenstände zu verfügen. Sie erweitert gegebenenfalls den Machtbereich des Testamentsvollstreckers, da das Schenkungsverbot gemäß § 2205 Satz 2 BGB grundsätzlich nicht gilt. In Fällen mit Auslandsbezug erleichtert die Vollmacht das Vorgehen und vermeidet gegebenenfalls schwierige Anerkennungsfragen. Auch die Abwicklung im Bereich von Personengesellschaften kann durch eine Vollmacht erleichtert werden.<sup>21</sup> Der nachstehende Formulierungsvorschlag enthält eine Kombination aus postmortaler Vollmacht und Testamentsvollstreckung. Er ist angelehnt an *Halding-Hoppenheit*<sup>22</sup> und *Milzer*<sup>23</sup>:

Dem Vermächtnisnehmer wird hiermit unwiderruflich auf den Todesfall unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB Vollmacht erteilt, sämtliche Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, die zur Erfüllung des vorstehend für ihn ausgesetzten Vermächtnisses erforderlich und zweckmäßig sind. Er ist insbesondere berechtigt, das in § (...) dieser Urkunde beschriebene Recht im Grundbuch eintragen zu lassen und alle Erklärungen abzugeben, die zur Eintragung des Rechts erforderlich sind.

Der Vermächtnisnehmer kann eine Ausfertigung dieses notariellen Testaments sowohl vom beurkundenden Notar wie vom Nachlassgericht verlangen.

Gleichzeitig wird der Vermächtnisnehmer selbst zum Testamentsvollstrecker bestellt mit der einzigen Aufgabe, das zu seinen Gunsten ausgesetzte Vermächtnis selbst zu erfüllen und alle hierzu erforderlichen Handlungen vorzunehmen, insbesondere das vorbezeichnete (zum Beispiel) Wohnrecht gemäß § 1093 BGB im Grundbuch eintragen zu lassen. Insofern ist er von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Der Testamentsvollstrecker hat keinen Anspruch auf Vergütung; er kann auch nicht Ersatz seiner Auslagen verlangen.

Der Vermächtnisnehmer kann frei entscheiden, ob er zur Erfüllung des Vermächtnisses von der unwiderruflichen Vollmacht auf den Todesfall Gebrauch macht oder ein auf die Vermächtniserfüllung eingeschränktes Testamentsvollstreckerzeugnis beantragt und die Vermächtniserfüllung als Testamentsvollstrecker vornimmt. Die hiermit verbundenen Kosten trägt der Vermächtnisnehmer. Lediglich in dem Fall, dass der Erbe die Vollmacht auf den Todesfall nicht anerkennt oder widerruft und der Vermächtnisnehmer sich deshalb ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilen lässt, trägt der Erbe die beim Nachlassgericht hierfür entstehenden Kosten.

#### 4. Rechtswahl zugunsten einer Rechtsordnung, die das Vindikationslegat anerkennt

Nur wenn der Erblasser die Staatsangehörigkeit eines betreffenden Staates (zum Beispiel Polens) hat und nur bei entsprechenden fundierten (!) Kenntnissen des Notars hinsichtlich

21 Hierzu und zum Verhältnis von Testamentsvollstreckung und General-/Vorsorgevollmacht siehe *Becker*, ZEV 2018, 672 ff.

22 *Halding-Hoppenheit*, RNotZ 2005, 311 ff.

23 *Milzer*, BWNNotZ 2005, 136 ff.

dieser (Erb-)Rechtsordnung, wird es als Alternative in Betracht kommen, eine Rechtswahl, etwa gemäß Art. 22 Abs. 1 EuErbVO, zugunsten einer (Erb-)Rechtsordnung zu treffen, die das Vindikationslegat anerkennt. Der EuGH (*Kubicka*) hat insoweit bereits bestätigt, dass dessen Wirkungen grds. auch im deutschen Grundbuchverfahren anzuerkennen sind.<sup>24</sup> Der Vollzug im Grundbuch würde dann keine Auffassung des fraglichen Grundbesitzes mehr erfordern, sondern nur einen Grundbuchberichtigungsantrag gemäß §§ 13, 22 GBO mit den entsprechenden Nachweisen über den erfolgten unmittelbaren Rechtserwerb. Ein Formulierungsbeispiel<sup>25</sup> für eine solche Rechtswahl im Einzeltestament könnte wie folgt lauten:

(1) Ich bin polnischer Staatsangehöriger, habe meinen gewöhnlichen Aufenthaltsort jedoch in Deutschland. Ich wähle hiermit für die Rechtsnachfolge in mein gesamtes Vermögen (Erbstatut) sowie für die Fragen der Rechtswirksamkeit dieses Testaments (Errichtungsstatut) das

polnische Recht

als mein Staatsangehörigkeitsrecht.

(2) Der Notar hat u. a.<sup>26</sup> darauf hingewiesen, dass

– die Rechtswahl nicht nur für das heutige Testament, sondern für alle Aspekte der Rechtsnachfolge von Todes wegen (zum Beispiel auch das Pflichtteilsrecht) gilt,

– ohne Rechtswahl das Erbrecht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts zur Anwendung käme,

– gemäß Art. 5 EuErbVO als Folge der Rechtswahl – sofern das Recht eines Mitgliedsstaates gewählt wurde – die Möglichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung für die betroffenen Parteien (v. a. Erben) eröffnet ist. Der Erblasser selbst kann hingegen keine Gerichtsstandsvereinbarung vornehmen, sondern allenfalls als Auflage anordnen.

#### 5. Schenkung auf den Todesfall mit aufgeschobener Erfüllung

Soll der Begünstigte beteiligt werden und der Erblasser in seiner Verfügungsfreiheit bereits zu Lebzeiten beschränkt werden, kann ein weiteres Mittel der Absicherung der Zuwendung eines Einzelgegenstandes an den Begünstigten die Schenkung auf den Todesfall mit aufgeschobener Erfüllung sein. Diese ist nicht mit der in § 2301 Abs. 1 BGB geregelten Schenkung „von Todes wegen“ (unter Überlebensbedingung)

24 EuGH, Urteil vom 12.10.2017, C-218/16 (*Kubicka*), DNotZ 2018, 33 = NJW 2017, 3767 = ZErB 2017, 352 (Anerkennung eines Vindikationslegats).

25 In Anlehnung an *Kroll-Ludwigs*, notar 2016, 75 ff., 76.

26 Wird bewusst ausländisches Recht gewählt, kann sich der beurkundende Notar nicht mehr auf § 17 Abs. 3 Satz 2 BeurkG berufen. In der Regel wird in solchen Fällen auch der Versicherungsschutz nach den AVB der Vermögensschadenshaftpflichtversicherung entfallen. Dieser Formulierungsvorschlag wurde daher nur der Vollständigkeit halber aufgenommen, ist aber in der Praxis nur mit äußerster Vorsicht einsetzbar. Naheliegender wird es hier sein, die Beteiligten an einen Notar des Herkunftslandes – im Beispiel Polen – zu verweisen.

zu verwechseln,<sup>27</sup> die meines Erachtens für die notarielle Praxis ungeeignet ist, da diese bereits von Gesetzes wegen den Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen unterliegt, d. h. umgedeutet wird. Daher sollten gleich die Mittel des Erbrechts bemüht werden.<sup>28</sup>

Die Schenkung „auf den Todesfall“<sup>29</sup> ermöglicht es dagegen dem Erblasser, zu seinen Lebenszeiten weiterhin Eigentümer (zum Beispiel der Immobilie) zu bleiben,<sup>30</sup> dem Erwerber aber bereits eine durch Vormerkung gegenüber dem Erblasser und Dritten (insbesondere den Erben) gesicherte Erwerbsposition zu vermitteln. Der durch Vermächtnis entstehende Anspruch ist dagegen zu Lebzeiten des Erblassers, d. h. vor Eintritt des Erbfalls, grundsätzlich nicht vormerkungsfähig. Anderes gilt erst ab dem Erbfall.<sup>31</sup> Ein (auszugsweiser) Formulierungsvorschlag könnte hierzu wie folgt lauten:<sup>32</sup>

Schenkungsvertrag mit auf den Tod des Schenkers aufgeschobener Erfüllung.

Grundbuch- und Sachstand

(...)

Schenkungen

(1) Im Wege der Schenkung überlässt der Veräußerer den oben beschriebenen Grundbesitz mit allen Rechten und wesentlichen Bestandteilen, ggfs. Zubehör, an den Erwerber, welcher die Schenkung annimmt. Die Zuwendung dient der Vermögensbildung des Erwerbers, nicht der Deckung dessen laufenden Lebensbedarfs.

(2) Die Schenkung erfolgt ohne Überlebensbedingung im Sinne von § 2301 Abs. 1 BGB (kein Schenkungsversprechen von Todes wegen). Der Anspruch auf Übereignung geht daher im Falle des Vorversterbens des Erwerbers auf dessen Erben über.

(3) Die Erfüllung der Schenkung kann jedoch erst nach dem Tod des Veräußerers verlangt werden (betagte Schenkung unter Lebenden). Insoweit wird die Fälligkeit abweichend von § 271 BGB geregelt.

Alternative zu (3):

Die Schenkung ist jedoch aufschiebend befristet (§ 163 BGB). Der Anspruch des Erwerbers entsteht erst mit dem Tode des Veräußerers.

27 Hierzu: Dorsel/Forst, Kölner Formularbuch Erbrecht, 2. Aufl. 2015, S. 178 f. (Kapitel 4 Rdnr. 236 ff.).

28 So auch Dorsel/Forst, Kölner Formularbuch Erbrecht, S. 178 (Kapitel 4 Rdnr. 237 a. E.).

29 Hierzu etwa Dorsel/Forst, Kölner Formularbuch Erbrecht, S. 179 (Kapitel 4 Rdnr. 242 ff.); BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2301 Rdnr. 6.

30 Alternativ wäre hier natürlich an die klassische vorweggenommene Erbfolge unter Vorbehalts- bzw. Gegenrechten, wie Wohnungs- und Nießbrauchsrechten, zu denken.

31 Hierzu etwa: BeckOK-BGB/H. W. Eckert, § 883 Rdnr. 15 ff.; MünchKomm-BGB/Kohler, § 883 Rdnr. 32 f. m. w. N.

32 Sie hierzu auch: Dorsel/Forst, Kölner Formularbuch Erbrecht, Siehe 180 ff. (Kapitel 4 Rdnr. 246).

Besitzübergang, Ansprüche und Rechte wegen Sach- und Rechtsmängeln

(...)

Behandlung dinglicher Belastungen

(...)

Rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot; weitere Vereinbarungen

(1) Der Veräußerer verpflichtet sich hiermit, durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden nicht mehr über den Grundbesitz zu verfügen.

Der Notar hat u. a. darüber belehrt, dass dieses Veräußerungsverbot allein gemäß § 137 BGB nicht zur Unwirksamkeit des fraglichen Rechtsgeschäfts unter Lebenden führt. Es entstehen jedoch Schadensersatzansprüche. Der Notar hat daher die Eintragung einer Vormerkung angeregt.

(2) Die Vereinbarung von Auflagen und Vorbehaltsrechten für den Veräußerer wurde erörtert, jedoch ausdrücklich nicht gewünscht.

Spätere Auflassung, Vollzugsvollmacht

(1) Der Veräußerer erteilt dem Erwerber hiermit die unwiderprüfliche

Vollmacht,

alle Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, die erforderlich oder zweckmäßig sind, um den geschenkten Grundbesitz nach dem Tode des Veräußerers auf sich übertragen zu können.

(2) Die Vollmacht wird unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt, berechtigt zur Erteilung von Untervollmachten und erlischt nicht mit dem Tode oder dem Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers. Von der Vollmacht kann nur vor dem beurkundenden Notar oder dessen Vertreter bzw. Nachfolger im Amt Gebrauch gemacht werden. Bei Ausübung der Vollmacht ist der Tod des Vollmachtgebers durch Sterbeurkunde nachzuweisen.

Vormerkung

Zur dinglichen Sicherung des betagten (Alternative: aufschiebend befristeten) Anspruchs des Erwerbers auf Übereignung, wird die Eintragung einer

Vormerkung

am geschenkten Grundbesitz zugunsten des Erwerbers vom Veräußerer bewilligt und durch den Erwerber beantragt. Die Vormerkung darf an nächstfolgender Rangstelle eingetragen werden.

Pflichtteilergänzungslast

(...)

Schlussbestimmungen; dokumentierte Belehrungen

(...)

## 6. Erbvertrag mit Verfügungsunterlassungsvertrag

Ebenfalls unter Beteiligung des Begünstigten und mit lebzeitiger, wie erbrechtlicher Bindung wäre der Abschluss eines Erbvertrags zwischen dem Erblasser und dem Vermächtnisnehmer und einem kombinierten Verfügungsunterlassungsvertrag (§ 137 BGB) mit Vormerkungsschutz im Falle der Zuwiderhandlung möglich, um auch die Risiken lebzeitiger, den Vermächtnisnehmer beeinträchtigender Schenkungen (§ 2288 BGB) zu beachten. Auf die Formulierung eines Musters wird insoweit aufgrund des Umfangs der erforderlichen Regelungen verzichtet. Diesbezüglich wird auf die weiterführende Formularliteratur verwiesen.<sup>33</sup>

## IV. Lebzeitige Erfüllungsschritte durch den Erblasser am Beispiel des Vermächtnisses von Rechten an Grundbesitz (d. h. bei mehraktigen Erwerbstatbeständen)

Der vorstehende Überblick erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, vermittelt aber einen Eindruck davon, welche Gestaltungsmittel sich in der Kautelarpraxis als Ergänzungen des Damnationislegats bzw. Alternativen zum Vindikationslegat in den letzten 119 Jahre seit Inkrafttreten des BGB herausgebildet haben.

Unberücksichtigt geblieben ist bislang die

- noch durch den Erblasser erteilte Eintragungsbewilligung im Bereich des formellen Konsensprinzips (§ 19 GBO), zum Beispiel zur Erfüllungssicherung bei Wohnungsrechtsvermächtnissen, sowie die
- noch durch den Erblasser erklärte Auflassung mit Eintragungsbewilligung im Bereich des materiellen Konsensprinzips (§ 20 GBO), wie sie der Entscheidung des OLG Rostock zugrunde lag.

### 1. Eintragungsbewilligung des Erblassers

Für den württembergischen Landesteil Baden-Württembergs hat der achte Senat des OLG Stuttgarts die Wirksamkeit einer Eintragungsbewilligung gemäß § 19 GBO in einem notariell beurkundeten (Einzel-)Testament anerkannt.<sup>34</sup> Die Eintragungsbewilligung verliere mit dem Tode des Bewilligenden nicht ihre Wirkung und gelte auch den Erben gegenüber fort (§ 130 Abs. 2 BGB entsprechend).<sup>35</sup> Deren Eintragungsbewilligung sei selbst dann nicht erforderlich, wenn eine Zwischeneintragung (§ 39 GBO) der Erben nach dem Erbfall erfolgt sei.<sup>36</sup> Die Abgabe der Erklärung sei auch in einer letztwilligen Verfügung möglich, wenn und weil der Bewilligende alles Erforderliche getan habe, damit die Erklärung wirksam werde, wenn er diese in die amtliche Verwahrung gebracht habe.<sup>37</sup>

Denn nach der Eröffnung müsse diese den Beteiligten und damit auch dem Vermächtnisnehmer schriftlich bekannt gegeben werden. Insbesondere letztere Aussagen trafen in der Literatur auf starke Kritik. *Otte*<sup>38</sup> bezweifelt etwa das Vorliegen einer „Abgabe“ der Erklärung, weil er als Adressaten der Bewilligung das Grundbuchamt erkennt und nicht – wie das OLG Stuttgart – den Vermächtnisnehmer. Den „Zugang“ beim Grundbuchamt hatte der Erblasser aber nicht sichergestellt. Zuletzt erkennt *Otte* in der Gestaltung eine unzulässige Umgehung der nur schuldrechtlichen Wirkungen des Vermächtnisses am Erben und am gesetzlichen Schutz der Nachlassgläubiger (siehe oben) vorbei. *Kössinger*<sup>39</sup> rät von der Gestaltung ab, insbesondere weil die Auswirkungen des Widerrufs des Vermächtnisses oder der Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung auf die Wirksamkeit der Bewilligung (ohne ausdrückliche Regelung) völlig unklar erschienen. Ferner verweist er auf die mögliche Bindungswirkung der Bewilligung<sup>40</sup> und die Notwendigkeit einer Kondition der Bewilligung durch die Erben.<sup>41</sup>

Ausgangspunkt der Kritik an der Entscheidung des OLG Stuttgart ist die Frage, ob überhaupt eine wirksame und damit bindend<sup>42</sup> gewordene Eintragungsbewilligung vorlag. Insoweit besteht Einigkeit darüber, dass die Bewilligung nicht bereits mit ihrer Ausstellung wirksam wird, sondern erst dann, wenn sie mit dem Willen des Erklärenden dem Adressaten, d. h. dem Grundbuchamt (Vorlagestatus) oder<sup>43</sup> dem Begünstigten zur Vorlage beim Grundbuchamt, in Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift (Aushändigungsstatus) zugeht.<sup>44</sup> Stirbt der Bewilligende – wie es bei der Eintragungsbewilligung des Erblassers in einer letztwilligen Verfügung gestaltungsmanent ist – vor dem Zugang, so kommt es darauf an, ob er vorher alles Erforderliche getan hat, um das Zugehen der Bewilligung sicherzustellen.<sup>45</sup> In der spezifischen Notariatsstruktur in Württemberg vor der Reform des baden-württembergischen Notariats, bei dem der Notar in Personalunion Aufgaben des Nachlassgerichts, Grundbuchamts und sogar Betreuungsgerichts wahrnahm (vgl. §§ 13 ff. LFGG BW a. F.), war es für das OLG Stuttgart naheliegender – als vielleicht für andere OLG oder das KG<sup>46</sup> – dies zu bejahen, wenn die letztwillige Verfügung und damit auch die Eintragungsbewilligung in die

33 Zum Beispiel *Dorsel/Hartmann*, Kölner Formularbuch Erbrecht, S. 357 ff. (Kapitel 5 Rdnr. 498 ff.).

34 OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.3.2012, 8 W 75/12, MittBayNot 2013, 49 = ZEV 2012, 432.

35 OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.3.2012, 8 W 75/12, MittBayNot 2013, 49 = ZEV 2012, 432, 432.

36 OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.3.2012, 8 W 75/12, MittBayNot 2013, 49 = ZEV 2012, 432, 432.

37 OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.3.2012, 8 W 75/12, MittBayNot 2013, 49 = ZEV 2012, 432, 433.

38 OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.3.2012, 8 W 75/12, MittBayNot 2013, 49 = ZEV 2012, 432, 433 f. m. Anm. *Otte*.

39 OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.3.2012, 8 W 75/12, MittBayNot 2013, 49, 51 m. Anm. *Kössinger*.

40 Dazu ausführlich: *Bauer/Schaub/Kössinger*, GBO, 3. Aufl. 2013, § 19 Rdnr. 94 ff.

41 OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.3.2012, 8 W 75/12, MittBayNot 2013, 49, 51 m. Anm. *Kössinger*.

42 Überwiegend – so auch hier – wird unter Wirksamkeit der Eintritt der Bindungswirkung der Bewilligung verstanden. Vgl. *Bauer/Schaub/Kössinger*, GBO, § 19 Rdnr. 96.

43 Hier stellt *Otte* (siehe oben) (wohl) überzogene Anforderungen.

44 *Demharter*, GBO, 30. Aufl. 2016, § 19 Rdnr. 21; *BeckOK-GBO/Holzer*, Stand: 1.3.2019, § 19 Rdnr. 26-29.

45 *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 22; *BeckOK-GBO/Holzer*, § 19 Rdnr. 33 f.

46 KG, HRR 1933 Nr. 416.

amtliche Verwahrung des Nachlassgerichts verbracht wurde.<sup>47</sup> Nachlassrichter und vollziehender Grundbuchbeamter waren hier häufig ein und dieselbe Person. Außerhalb dieser Struktur und damit auch im seit dem 1.1.2018 bestehenden baden-württembergischen Nurnotariat kann an der Verlässlichkeit dieser Rechtsprechung für zukünftige Gestaltungen berechtigterweise gezweifelt werden. Anders als im staatlichen Notariat Baden-Württembergs sind Grundbuchamt und Nachlassgericht nunmehr (verschiedene) Abteilungen des (i. d. R.) zwar gleichen AG, aber mit unterschiedlichen Personen besetzt. Der Umstand allein, dass dem Vermächtnisnehmer als Beteiligten gemäß § 348 Abs. 3, § 15 FamFG die Verfügung von Todes wegen schriftlich bekannt zu geben ist, genügt hierfür meines Erachtens nicht. Es kann daher zu Recht angezweifelt werden, ob das OLG Stuttgart seine Rechtsprechung nach dem 1.1.2018 bestätigen würde. Fehlt es aber an einer wirksamen und damit bindenden Eintragungsbewilligung, kann diese noch durch die Erben bis zu dem Zeitpunkt „widerrufen“ werden, in dem der Vermächtnisnehmer eine Ausfertigung des ihn betreffenden Testamentsinhalts vom Nachlassgericht oder Notar erhält (siehe unten). Eine Erfüllungssicherung und damit ein „Mehrwert“ kommen der Eintragungsbewilligung des Erblassers dann für sich allein nicht zu. Vielmehr müsste die Gestaltung um eine Widerrufsanktion (zum Beispiel ein Strafvermächtnis oder Ähnliches) ergänzt werden. Daneben wäre es empfehlenswert, hinsichtlich des Vermächtnisses den Vermächtnisnehmer als Testamentsvollstrecker zu benennen. Auf diese Abwicklungsvollstreckung könnte dann wie bei der postmortalen Vollmacht (siehe oben) zurückgegriffen werden, wenn die Eintragungsbewilligung widerrufen oder im Grundbuchverfahren nicht anerkannt würde. Zugleich könnte dann auch die materiellrechtlich notwendige Einigung gemäß § 873 Abs. 1 BGB erklärt werden, auch wenn deren Nachweis grundbuchverfahrensrechtlich gemäß § 19 GBO nicht notwendig ist. Klargestellt werden sollte im Übrigen, dass mit dem Widerruf des Vermächtnisses oder der Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung<sup>48</sup> auch die Eintragungsbewilligung widerrufen wird. Nur eine so ergänzte Eintragungsbewilligung des Erblassers ist zur Erfüllungssicherung des Vermächtnisses überhaupt geeignet und könnte gegebenenfalls wie folgt formuliert werden:

Zur Sicherung der Erfüllung des vorstehend angeordneten Vermächtnisses eines

(zum Beispiel) Wohnungsrechts gemäß § 1093 BGB

wird die Eintragung dieses Rechts mit dem vorstehenden Inhalt im Grundbuch mit dem Vermerk „löschar bei Todesnachweis“ hiermit bereits vom Erblasser selbst bewilligt.<sup>49</sup>

47 Auch wenn dies in der Entscheidung nicht ausdrücklich erwähnt wird und sogar das Grundbuchamt entsprechende Zwischenverfügung erlassen hatte.

48 § 2300 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB gilt insoweit nicht direkt und wohl auch nicht entsprechend.

49 Da die Bewilligung als Verfahrenshandlung grundsätzlich bedingungsfeindlich ist, wurde hier von der Formulierung einer „aufschiebenden Bedingung“ abgesehen. Zulässig sollte aber sein, die Bewilligung erst „mit Wirkung auf den Tod des Erblassers“ zu erklären. Diese Bedingung beeinträchtigt m. E. die Funktion als verfahrensbegründende Erklärung nicht. Zum Ganzen zum Beispiel: BeckOK-GBO/Holzer, § 19 Rdnr. 42 ff.; Bauer/Schaub/Kössinger, GBO, § 19 Rdnr. 56-58.

Anträge werden nicht gestellt. Das Wohnungsrecht soll folgenden Rang haben: nächstoffene Rangstelle.

Der Notar hat u. a. über die Bedeutung der Rangstelle, u. a. im Rahmen der Zwangsvollstreckung, belehrt.

Der Vermächtnisnehmer kann eine Ausfertigung dieses notariellen Testaments sowohl vom beurkundenden Notar wie vom Nachlassgericht verlangen.<sup>50</sup>

Gleichzeitig wird der Vermächtnisnehmer selbst zum Testamentsvollstrecker bestellt mit der einzigen Aufgabe, das zu seinen Gunsten ausgesetzte Vermächtnis selbst zu erfüllen und alle hierzu erforderlichen Handlungen vorzunehmen, insbesondere das vorbezeichnete Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB im Grundbuch eintragen zu lassen. Insofern ist er von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Der Testamentsvollstrecker hat keinen Anspruch auf Vergütung; er kann auch nicht Ersatz seiner Auslagen verlangen.

Der Vermächtnisnehmer kann frei entscheiden, ob er zur Erfüllung des Vermächtnisses von der vorstehenden Eintragungsbewilligung des Erblassers Gebrauch macht oder ein auf die Vermächtniserfüllung eingeschränktes Testamentsvollstreckerzeugnis beantragt und die Vermächtniserfüllung als Testamentsvollstrecker vornimmt. Die hiermit verbundenen Kosten trägt der Vermächtnisnehmer. Lediglich in dem Fall, dass der Erbe oder das Grundbuchamt die vorstehende Eintragungsbewilligung nicht anerkennt oder der Erbe diese widerruft und der Vermächtnisnehmer sich deshalb ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilen lässt, trägt der Erbe die beim Nachlassgericht hierfür entstehenden Kosten.

Mit dem Widerruf dieser letztwilligen Verfügungen durch den Erblasser entfällt auch die vorstehende Eintragungsbewilligung.<sup>51</sup>

## 2. Lebzeitige (unbedingte) Auflassung durch den Erblasser als Vertreter ohne Vertretungsmacht des Vermächtnisnehmers

Noch problematischer ist – insbesondere wegen der Erfordernisse der „gleichzeitigen Anwesenheit“ in § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB und der Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung in § 925 Abs. 2 BGB – die Gestaltung einer im Testament oder Erbvertrag enthaltenen Auflassung mit Eintragungsbewilligung des Erblassers. Unter anderem an der Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung ist auch die Gestaltung in der Entscheidung des OLG Rostock gescheitert. Der Senat hat in der durch den Erblasser in seinem Testament erklärten Auflassung eine unzulässigerweise bedingte Auflassung erkannt. Die Einigung stünde unter der aufschiebenden Bedingung des Erbfalls und sei da-

50 Vgl. § 51 Abs. 2 BeurkG. Diese Ausfertigungsregelung allein begründet noch nicht die Wirksamkeit der Bewilligung. Erst der Erhalt der Ausfertigung führt die Wirksamkeit und den Bindungseintritt herbei. Zum Beispiel Bauer/Schaub/v. Oefele/Kössinger, GBO, § 19 Rdnr. 111, 113, 116 ff. Es liegt eben kein gesetzlicher, unwiderruflicher Anspruch vor.

51 Insoweit handelt es sich um eine „auflösende Bedingung“ vergleichbar einem zeitlich befristeten Widerrufsvorbehalt. Im Grundbuchverfahren müsste dann der Nachweis erfolgen, dass kein Widerruf erfolgt ist. Vgl. BeckOK-GBO/Holzer, § 19 Rdnr. 43 a. E.

mit gemäß § 925 Abs. 2 BGB unwirksam.<sup>52</sup> Ferner sei die Auflassung nicht bei gleichzeitiger Anwesenheit aller Beteiligten erklärt worden. Die im zu entscheidenden Fall vorliegenden Vollmachten waren nach Auffassung des OLG nicht darauf gerichtet, die Eigentümerstellung des Vollmachtgebers herzustellen.<sup>53</sup> Daher hat der Erblasser insoweit als vollmachtloser Vertreter gehandelt.

Diese Probleme wären bei entsprechender Gestaltung sicherlich vermeidbar gewesen. So könnte einerseits klargestellt werden, dass die Auflassung unbedingt erfolgt, insbesondere unabhängig vom Erbfall ist und auch unter keiner Überlebensbedingung (vgl. § 2301 Abs. 1 BGB) des Vermächtnisnehmers steht, also auch zugunsten dessen Erben wirken soll. Andererseits könnte der Erblasser ausdrücklich als vollmachtloser Vertreter des Vermächtnisnehmers handeln, vorbehaltlich dessen Nachgenehmigung, die mit Eingang beim vollziehenden Notar oder dem Grundbuchamt als wirksam und allen Beteiligten zugegangen gelten soll. Dadurch würden aber nur weitere, neue Rechtsfragen geschaffen.

Bis zum Erbfall würde eine rechtsgrundlose,<sup>54</sup> zunächst schwebend unwirksame (§ 177 Abs. 1 BGB) Auflassung vorliegen. Nach dem Erbfall würde das Recht des Erblassers zur Aufforderung über die Genehmigung auf die Erben übergehen (§ 177 Abs. 2, § 1922 Abs. 1 BGB). Als unzulässige Umgehung des § 925 Abs. 2 BGB wird – soweit ersichtlich – die vollmachtlos erklärte Auflassung nicht angesehen. Vielmehr handelt es sich bei der erforderlichen Nachgenehmigung um eine für die Wirksamkeit der Auflassung erforderliche Genehmigung, mithin eine zulässige Rechtsbedingung.<sup>55</sup>

Fraglich ist erneut (siehe oben), ob eine wirksame „Abgabe“ der Erklärungen vorliegt und der Erblasser bereits an seine Auflassungserklärung (einseitig) gebunden ist, da all diese Erklärungen zunächst nur im „Verborgenen“ bleiben. Dabei ist umstritten, ob die Bindung an die Auflassung nach § 925 Abs. 1 BGB oder nach den allgemeinen Voraussetzungen des § 873 Abs. 2 BGB zu beurteilen ist.<sup>56</sup> Hier ist zudem § 178 BGB zu beachten, der aufgrund der „Bösgläubigkeit“ des Erblassers hinsichtlich seines Vertretungsrechts grundsätzlich zum Verlust des Widerrufsrechts führen würde. Dies steht auch mit der Wertung des § 873 Abs. 2 Fall 1 BGB in Einklang, der möglichst Zweifel darüber verhindern will, ob die Einigung sofort oder erst mit der Eintragung unwiderruflich wird. Alles hängt auch hier davon ab, welche Bedeutung man dem Umstand beimisst, dass dem Vermächtnisnehmer als Beteiligten gemäß § 348 Abs. 3, § 15 FamFG die Verfügung von Todes

wegen schriftlich bekannt zu geben ist, wenn sie nach Beurkundung in die amtliche Verwahrung verbracht wird.

Sieht man deshalb in der Beurkundung der Auflassung im Rahmen einer letztwilligen Verfügung eine wirksame Abgabe der Erklärung des Erblassers und der Annahmeerklärung des Vermächtnisnehmers, so tritt die Bindung des Erblassers zu einem deutlich früheren Zeitpunkt ein, als die des Vermächtnisnehmers als Erwerber.<sup>57</sup> Das Risiko des vorzeitigen Bindungseintritts (mit Wirkung auch für die Erben)<sup>58</sup> muss daher als größter Nachteil der hier beschriebenen Gestaltung verstanden werden. Eine bindend gewordene – bis zum Erbfall und damit insbesondere im Fall des Widerrufs des Vermächtnisses – rechtsgrundlose (schwebend unwirksame) Einigung kann zwar grundsätzlich kondiziert<sup>59</sup> werden,<sup>60</sup> auch folgt aus der Bindung noch keine Verpflichtung zur Vornahme der Verfügung, doch besteht hier die besondere Gefahr des ungewollten Rechtsverlustes, wenn der Vermächtnisnehmer nach dem Erbfall die Genehmigung erklärt und mit einer Ausfertigung der Auflassung und der Nachgenehmigung in der Form des § 29 GBO den Vollzug im Grundbuch betreibt. All diese Fragen müssen als offen bezeichnet werden.

Lehnt man hingegen den Eintritt der Bindungswirkung ab, so ist die Auflassungserklärung für die Erben nicht bindend geworden und kann bis zum Eingang der Nachgenehmigungserklärung widerrufen werden. Dann müsste – wie oben – ergänzend eine Abwicklungsvollstreckung zugunsten des Vermächtnisnehmers angeordnet werden.

Insgesamt muss dieser Weg daher als äußerst unsicher, insbesondere im Falle des Widerrufs des Vermächtnisses, bezeichnet werden. Wer diesen gleichwohl bestreiten möchte, könnte auf folgende Formulierung aufbauen:

(1) Zur Sicherung der Erfüllung des vorstehenden Immobilienvermächtnisses erklärt der Erblasser als Eigentümer hiermit die

Auflassung

wie folgt. Er handelt dabei sowohl im eigenen Namen, als auch im fremden Namen für den Vermächtnisnehmer in Vertretung ohne Vertretungsmacht vorbehaltlich des Eingangs der Genehmigungserklärung des Vermächtnisnehmers beim Grundbuchamt. Die Genehmigung gilt mit ihrem Eingang beim Grundbuchamt allseits als zugegangen.

52 OLG Rostock, Beschluss vom 13.8.2018, 3 W 160/16, MittBayNot 2019, 457 (in diesem Heft).

53 OLG Rostock, Beschluss vom 13.8.2018, 3 W 160/16, MittBayNot 2019, 457 (in diesem Heft).

54 Der Anspruch auf Eigentumsverschaffung wird durch das Vermächtnis begründet. Dieses fällt erst mit dem Erbfall an (§ 2176 BGB), in den Fällen der §§ 2177 f. BGB zu einem späteren Zeitpunkt.

55 BeckOK-BGB/Grün, § 925 Rdnr. 35 m. w. N. Grundlegend: BayObLG, Beschluss vom 18.11.1983, BReg. 2 Z 89/83, BayObLGZ 1983, 275 = DNotZ 1984, 181 = Rpfleger 1984, 11.

56 Dazu: BeckOK-BGB/H. W. Eckert, § 873 Rdnr. 18 m. w. N. und BeckOK-BGB/Grün, § 925 Rdnr. 37 f.

57 Kritisch insoweit: MünchKomm-BGB/Kohler, § 873 Rdnr. 87.

58 MünchKomm-BGB/Kohler, § 873 Rdnr. 88.

59 Fraglich wäre, welche Art der Kondition einschlägig ist. Dies ist nicht so einfach zu beantworten. Nur wenn man die Bindung bejaht, hätte der Erwerber „etwas“ erlangt. Naheliegender wäre sodann von einer „Leistung“ des Erblassers auszugehen und deshalb eine Leistungskondition (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB) anzunehmen.

60 Spannend ist, ob hier nicht § 814 Satz 1 BGB einschlägig ist. Zu den Voraussetzungen: BeckOK-BGB/Wendehorst, § 814 Rdnr. 6 f.; BeckOK/Grün, § 925 BGB, Rdnr. 49 geht davon aus, dass die Auflassung „wohl nur ausnahmsweise kondizierbar“ sei, wegen § 814 Satz 1 BGB. § 813 Abs. 2 BGB sollte nicht einschlägig sein. Es handelt sich nicht um eine einredefrei bestehende, aber noch nicht fällige Verbindlichkeit.

(2) Der Erblasser erklärt hiermit im eigenen Namen und als Vertreter ohne Vertretungsmacht für den Vermächtnisnehmer die Einigung der Beteiligten über den Eigentumsübergang gemäß vorstehendem Immobilienvermächtnis auf den Erwerber im angegebenen Berechtigungsverhältnis. Die Einigung ist unbedingt. Sie steht insbesondere nicht unter der Bedingung, dass der Vermächtnisnehmer den Erblasser überlebt. Der Erblasser bewilligt hiermit weiterhin die Eintragung. Anträge werden nicht gestellt.

(3) Der Vermächtnisnehmer kann eine Ausfertigung dieses notariellen Testaments sowohl vom beurkundenden Notar wie vom Nachlassgericht verlangen.

(4) Gleichzeitig wird der Vermächtnisnehmer selbst zum Testamentsvollstrecker bestellt mit der einzigen Aufgabe, das zu seinen Gunsten ausgesetzte Vermächtnis selbst zu erfüllen und alle hierzu erforderlichen Handlungen vorzunehmen, insbesondere die Auflassung zu erklären und den Eigentumsübergang im Grundbuch vollziehen zu lassen. Insofern ist er von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Der Testamentsvollstrecker hat keinen Anspruch auf Vergütung; er kann auch nicht Ersatz seiner Auslagen verlangen.

(5) Der Vermächtnisnehmer kann frei entscheiden, ob er zur Erfüllung des Vermächtnisses von der vorstehenden Auflassung und Eintragungsbewilligung des Erblassers Gebrauch macht oder ein auf die Vermächtniserfüllung eingeschränktes Testamentsvollstreckerzeugnis beantragt und die Vermächtniserfüllung als Testamentsvollstrecker vornimmt. Die hiermit verbundenen Kosten trägt der Vermächtnisnehmer. Lediglich in dem Fall, dass der Erbe oder das Grundbuchamt die vorstehende Auflassung und Eintragungsbewilligung nicht anerkennen oder der Erbe diese widerruft und der Vermächtnisnehmer sich deshalb ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilen lässt, trägt der Erbe die beim Nachlassgericht hierfür entstehenden Kosten.

### 3. Kostenrechtliche Gesichtspunkte

Allein aus Gründen der Sicherung der Vermächtniserfüllung ist die lebzeitige Verwirklichung einzelner Tatbestandsmerkmale mehraktiger Erwerbstatbestände, wie zum Beispiel der Auflassung gemäß §§ 873, 925 BGB, nicht erforderlich. Eine unrichtige Sachbehandlung (§ 21 GNotKG) stellt das Fehlen der entsprechenden Vollzugsgeschäfte eines Vermächtnisses im Testament oder Erbvertrag daher sicherlich nicht dar. Vielmehr wirft die Aufnahme dieser Erfüllungsgeschäfte in die Urkunde teilweise noch ungelöste Rechtsfragen und Probleme auf. Kostenrechtlich stellt sich die Frage, ob es – obgleich unsicherer – nicht günstiger ist, diese Vollzugsgeschäfte in der notariellen Urkunde über das Testament oder den Erbvertrag mitzubeurkunden. Nachträglich beurkundet ist die Vermächtniserfüllung nach KV 21100 (2,0-Gebühr bei eigenhändigen Testamenten oder die Vermächtniserfüllung ist nicht auf die Beurkundung des Verfügungsgeschäfts beschränkt)<sup>61</sup> oder KV 21102 GNotKG i. V. m. Abs. 1 der Anm. zu KV 21101 (1,0-Gebühr: Privilegierung bei beurkundeter Verfügung von Todes wegen)<sup>62</sup>

zu beurteilen.<sup>63</sup> Wird diese wie oben beschrieben anfänglich bereits mitbeurkundet, stellt sich die Frage, ob dies zu kostenrechtlichen Vorteilen führt. Insofern ist jedoch § 111 Nr. 1 GNotKG zu beachten. Danach sind Verfügungen von Todes wegen im Sinne von Testamenten und Erbverträgen – abgesehen von den Fällen des § 109 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GNotKG – stets als besonderer Beurkundungsgegenstand zu behandeln (absolute Gegenstandsverschiedenheit).<sup>64</sup> Dies gilt damit insbesondere auch für Erklärungen, die der Sicherung der letztwilligen Regelungen dienen.<sup>65</sup> Bei den aufgenommenen Rechtsgeschäften unter Lebenden handelt es sich damit um gesonderte Beurkundungsgegenstände. § 109 Abs. 1 GNotKG darf hierauf nicht angewendet werden. Kostenrechtliche Vorteile sind – abgesehen von der Progression – damit nicht zu erkennen.

### V. Ergebnis

Der historische Gesetzgeber des BGB hat unter Betonung der Interessen der Nachlassgläubiger die Übernahme eines Vindikationslegats bewusst abgelehnt. Die Interessen des Erblassers an der Beachtung seines Willens im Erbfall unter größtmöglicher Aufrechterhaltung seiner lebzeitigen Freiheit zur Änderung seines Willens, aber auch die Interessen des Vermächtnisnehmers am Erhalt des zugewendeten Gegenstandes, lassen sich auch auf anderem Wege erfüllen. Je nachdem, welche Interessen im Einzelfall im Vordergrund stehen sollen, kommen hierfür unterschiedliche Vorgehensweisen in Betracht. Die lebzeitige Verwirklichung einzelner Tatbestandsmerkmale mehraktiger Erwerbstatbestände, wie zum Beispiel der Auflassung gemäß §§ 873, 925 BGB, ist dazu nicht erforderlich. Vielmehr begründet dieser Weg für den Notar sogar ein unnötiges Haftungsrisiko, das durch eine Abwicklungsvollstreckung zugunsten des Vermächtnisnehmers leicht vermieden werden könnte. Nennenswerte Kostenvorteile entstehen ebenfalls nicht.

63 Für die zur Erfüllung eines Wohnungsrechtsvermächtnisses gemäß § 1093 BGB abgegebene Eintragungsbewilligung dürfte es richtig sein, trotz KV 21102 GNotKG auch insoweit KV 21201 Nr. 4 GNotKG anzuwenden (0,5-Gebühr). Dies gilt jedoch nicht, wenn die materiellrechtlich erforderliche Einigung mitbeurkundet wird. Vgl. Koritenberg/*Heyl*, GNotKG, 20. Aufl. 2017, Nr. 21201 KV Rdnr. 12.

64 BeckOK-Kostenrecht/*Bachmayer*, Stand: 1.3.2019, § 111 GNotKG Rdnr. 14 ff.,

65 BeckOK-Kostenrecht/*Bachmayer*, § 111 GNotKG Rdnr. 7; Koritenberg/*Diehn*, GNotKG, § 111 Rdnr. 9.

61 Vgl. etwa BeckOK-Kostenrecht/*Hagedorn*, Stand: 15.5.2018, KV 21102 Rdnr. 4, 7.

62 BeckOK-Kostenrecht/*Hagedorn*, KV 21102 Rdnr. 2 ff.

# Steuerliche Probleme von Nachlassabwicklungen in der notariellen Praxis

Eine praxisbezogene Handreichung

Von Notar Dr. **Eckhard Wälzholz**, Füssen, und Notar **Michael Volmer**, Starnberg

Steuerliche Probleme in der notariellen Praxis stellen sich nicht nur bei der Testamentsgestaltung, sondern häufig auch im Rahmen der Nachlassabwicklung. Dies kann sowohl im Rahmen einer Erbauseinandersetzung, bei einer Vermächtniserfüllung oder bei einer Ausschlagung gegen Abfindung auftreten. Hierbei sind einerseits erbschaftsteuerrechtliche Aspekte, daneben aber auch potenziell ertragsteuerrechtliche und grunderwerbsteuerrechtliche Überlegungen zu beachten. Anhand praktischer Fälle werden die wichtigsten Gestaltungen und Schwierigkeiten entsprechender Nachlassabwicklungen geschildert und Hinweise auf eine optimierende steuerliche Gestaltung gegeben.

## I. Einführung – Grundfall aus der Praxis

Im Folgenden werden zunächst unterschiedliche erbschaftsteuerrechtliche Problemfälle behandelt und in Teil 4 und Teil 5 anschließend die ertragsteuerrechtlichen und möglichen grunderwerbsteuerrechtlichen Probleme erläutert.

Beispielfall 1:

Die verwitwete Erblasserin verstirbt und hinterlässt zwei Kinder, die aufgrund gesetzlicher Erbfolge Erben je zur Hälfte werden. Im Nachlass befindet sich ein Einfamilienhaus im Wert von ca. 400.000 €, eine Eigentumswohnung im Wert von ca. 200.000 € und Barvermögen in Höhe von ca. 50.000 €. Die Kinder möchten die Erbengemeinschaft in der Weise auseinandersetzen, dass der Sohn das Einfamilienhaus im Wert von 400.000 € erhält, die Tochter hingegen die Eigentumswohnung und das Barvermögen im Gesamtwert von rund 250.000 €.

Im vorstehenden Beispielsachverhalt tritt deutlich zutage, dass die Erbauseinandersetzung nicht den Werten der Erbquoten entspricht. Der Gesamtnachlass hat einen Wert von 650.000 €. Grundsätzlich würde jedem der beiden Miterben daher ein Wert von rund 325.000 € zustehen. Durch die vorstehende Gestaltung würde also grundsätzlich die Schwester dem Bruder einen Wert von 75.000 € freigebig<sup>1</sup> zuwenden ge-

mäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.<sup>2</sup> Abzüglich eines Freibetrages von 20.000 € wären also 55.000 € mit einem Steuersatz von 15 % in Steuerklasse II zu versteuern.

Die erste Lösung für den vorstehenden Beispielfall besteht darin, zunächst zu ermitteln, ob die Wertverschiebung eventuell durch Vorempfänge nach §§ 2050 ff. BGB gerechtfertigt sein könnte, nämlich, wenn beispielsweise die Schwester bereits einen ausgleichspflichtigen Vorempfang mit einem inflationsbereinigten<sup>3</sup> Wert i. H. v. 150.000 € erhalten hätte. Dieser Wert wäre dem Nachlass fiktiv wieder hinzuzurechnen, sodass sich ein Gesamtnachlasswert von 800.000 € ergäbe, wovon Sohn und Tochter je 400.000 € zustehen würden. Die Tochter hätte dabei allerdings bereits 150.000 € vorab erhalten, sodass sie nur noch einen Anspruch auf eine Nachlassteilhabe von 250.000 € hätte. Jegliche wertverschiebenden Bereicherungen durch die Erbauseinandersetzung würden damit entfallen. Ausgleichungen gemäß §§ 2050 ff. BGB sind erbschaftsteuerrechtlich zu berücksichtigen.<sup>4</sup> Um die gesetzlich zutreffende und geschuldete Wertverteilung im Rahmen einer Erbauseinandersetzung zu ermitteln, sind stets auch die ausgleichspflichtigen Vorempfänge festzustellen. Es ist nicht auszuschließen, dass die Finanzverwaltung derartigen Fragen bei Durchführung einer Erbauseinandersetzung nachgeht.

Abwandlung 1 zu Beispiel 1:

In Abwandlung vom Ausgangsbeispiel 1 beruht der Eintritt der Erbfolge auf einem sog. Berliner Testament. Ob die Regelungen des Berliner Testaments tatsächlich wechselbezüglich waren oder nicht, ist im vorliegenden Fall aufgrund unklarer Wortlautabfassung zweifelhaft. Nach dem Ableben des Erstversterbenden hat der längerlebende Ehegatte, die Erblasserin, eine Testamentsergänzung vorgenommen, wonach der Sohn das Einfamilienhaus und die Tochter die Eigentumswohnung samt Barvermögen erhalten soll, jeweils als Vorausvermächtnis ohne Wertausgleich eines Wertunterschiedes.

Die vorstehende Abwandlung 1 zu Beispiel 1 schildert einen typischen Streitfall der Testamentsauslegung. Immer wieder kommt es vor, dass sowohl Fragen der Wirksamkeit als auch der Auslegung eines Testaments hinsichtlich Teilungsanordnung oder Vorausvermächtnis streitanfällig sind und die Betei-

1 Der Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG setzt auch ein subjektives Tatbestandsmerkmal voraus, nämlich das Bewusstsein des Zuwendenden der (zumindest teilweisen) Unentgeltlichkeit, siehe Meincke/Hannes/Holtz, ErbStG, 17. Aufl. 2018, § 7 Rdnr. 10, 12. Eine Schenkung im zivilrechtlichen Sinne ist nicht erforderlich. Ab einer Abweichung von angenommenem und objektivem Wert von 20 % wird von der Finanzverwaltung das Bewusstsein der Bereicherung unterstellt (so gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 20.4.2018, S. 3806, BStBl. I 2018, S. 632 = DB 2018, 1437 = DStR 2018, 1178 Tz. 3.4.3.).

2 Zur Schenkungsteuerpflicht bei (absichtlich) disquotaler Erbauseinandersetzung FG Münster, Urteil vom 22.10.2015, 3 K 1776/12 Erb, EFG 2016, 215; BFH, Urteil vom 14.7.1982, II R 125/79, BStBl. II 1982, S. 714 ff.; Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gottschalk, ErbStG, 56. Aufl. 2019, § 3 Rdnr. 113, 83.

3 Siehe Palandt/Weidlich, 78. Aufl. 2019, § 2055 Rdnr. 3 m. w. N.

4 Siehe R E 3.1 Abs. 5 ErbStR 2011; Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gottschalk, ErbStG, § 3 Rdnr. 124; Viskorf/Schuck/Wälzholz/Wälzholz, ErbStG/BewG, 5. Aufl. 2017, § 3 Rdnr. 80.

ligten hierzu den Streit einvernehmlich im Wege eines Erbvergleiches beilegen. Dabei ist die zivilrechtliche Anerkennung von Erbvergleich und Auslegungsvertrag umstritten. Die nachlassgerichtliche Praxis hält strikt an der fehlenden Dispositionsbefugnis über die Erbenstellung fest. Diese könne allein durch Gesetz oder Testament begründet werden und sei nach dem Erbfall lediglich festzustellen. Die Testamentsauslegung als solche sei eine ausschließlich dem Richter vorbehaltene Aufgabe.<sup>5</sup> Zulässig sei allenfalls eine schuldrechtliche Verpflichtung der Erbprätendenten, einander so zu stellen, als sei ihre Auslegung für sie untereinander verbindlich. Dies könne mit (konkludenten) Erbteils(teil-)übertragungen verbunden sein, weswegen ein Auslegungsvertrag der notariellen Beurkundung gemäß §§ 2371, 2033 BGB bedürfe.<sup>6</sup> Ein Auslegungsvertrag könne für das Nachlassgericht allenfalls eine Indizwirkung aufgrund der besonderen persönlichen Nähe der Erbprätendenten zum Erblasser und ihrer darauf basierenden Kenntnis seiner inneren Einstellung haben. Teile der Literatur<sup>7</sup> weisen hingegen auf den Widerspruch hin, der sich für die nachlassgerichtliche Praxis aus ihrem Ziel einer Feststellung der objektiv gegebenen und unabänderlichen Erbrechtslage einerseits, der Bindung aber an rechtskräftige Feststellungsentscheidungen zwischen den Erbprätendenten untereinander trotz voller Dispositionsmaxime in diesen Verfahren<sup>8</sup> (bis hin zu Anerkenntnis und Versäumnisurteil) andererseits ergibt.<sup>9</sup> Auch geht das Interesse der Beteiligten an einer ‚scheidungsfriedlichen‘ Klärung der Rechtslage ohne Rechtsstreit<sup>10</sup> unter. Der BGH äußert sich in seiner Leitentscheidung zweideutig.<sup>11</sup> Einerseits spricht er im zweiten Leitsatz zum Urteil von einer verbindlichen Festlegung zur Auslegung des Testaments, meint in den Gründen dann aber, der Feststellungsvertrag habe nur schuldrechtliche „Als-ob-Wirkung“. Er hatte bei seinem Urteil dem Verfahrensgang nach auch insoweit Glück, als zunächst das Nachlassgericht dem Auslegungsvertrag kommentarlos gefolgt war und sodann der zu kurz gekommene Erbprätendent nicht den Erbschein an sich angriff, sondern sogleich Leistungsklage gegen die erbscheinslegitimierte Erbin erhoben hatte. In dieser Zweierbeziehung konnte der Auslegungsvertrag auch mit einer bloß schuldrechtlichen Wirkung berücksichtigt werden.

Das Steuerrecht verhält sich gegenüber der „Als-ob-Wirkung“ des Auslegungsvertrages demgegenüber großzügiger. Es zieht

- 5 *Horn*, ZEV 2016, 565; OLG München, Beschluss vom 8.6.2010, 31 Wx 48/10, NJW-RR 2011, 12; BayObLG, Beschluss vom 19.9.1988, BReg. 1a Z 40/88, Rpfleger 1989, 22.
- 6 BGH, Urteil vom 22.1.1986, IVa ZR 90/84, NJW 1986, 1812; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 9.10.1989, 20 W 306/89, OLGA 1990, 15.
- 7 Siehe *Damrau*, ZErB 2014, 1 ff.; *Thonemann*, NotBZ 2006, 268 ff.; *Selbherr*, ZErB 2005, 10 ff.; *Eisele*, Vertragliches Einvernehmen über die Auslegung unklarer letztwilliger Verfügungen, 2002, mit Buchbesprechung *Selbherr*, MittBayNot 2003, 283.
- 8 Exemplarisch OLG München, Beschluss vom 8.3.2016, 31 Wx 386/15, MittBayNot 2017, 76; Versäumung der Berufungsbeurkundungsfrist.
- 9 Firsching/Graf, Nachlassrecht, 10. Aufl 2014, Rdnr. 1.139.
- 10 Ausdrücklich BGH, Urteil vom 22.1.1986, IVa ZR 90/84, NJW 1986, 1812.
- 11 BGH, Urteil vom 22.1.1986, IVa ZR 90/84, NJW 1986, 1812.

die bei strenger zivilrechtlicher Sichtweise bestehende Zweiteilung des Vorgangs (Erbfall einerseits, nachfolgende Erbteilsübertragung andererseits) zu einem einheitlichen Vermögensübergang zusammen. Soweit eine entsprechende Unsicherheit aufgrund einer Verfügung von Todes wegen besteht und die Erben sich einvernehmlich über eine Auslegung des Testaments verbindlich einigen, so ist diese Einigung des Erbvergleichs der Besteuerung zugrunde zu legen.<sup>12</sup> Lediglich für nicht am Nachlass beteiligte Dritte sind die Grundsätze des sog. Erbvergleichs zwischen Miterben nicht entsprechend anwendbar.<sup>13</sup>

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Grundsätze eines Erbvergleichs ist jedoch, dass tatsächlich objektiv eine Unsicherheit und Unklarheit aus der Verfügung von Todes wegen folgt. Willkürlich und grundlos erfolgende abweichende Nachlassverteilungen werden auf dieser Grundlage hingegen nicht anerkannt.

Abwandlung 2 zum Beispiel 1:

Zur Vermeidung einer Schenkungsteuerpflicht und zum Ausgleich der Wertunterschiede zwischen den jeweiligen Zuwendungsgegenständen verpflichtet sich der Sohn zur Zahlung eines einmaligen Barbetrags an die Schwester i. H. v. 75.000 €.

Durch die Vereinbarung wertausgleichender Ausgleichszahlungen lässt sich die Entstehung von Schenkungsteuer vermeiden. Da durch die Ausgleichszahlung keinerlei Wertverschiebung mehr eintritt, sondern jeder Nachlassbeteiligte den ihm zustehenden Wertanteil von netto 325.000 € erhält, entfällt die Tatbestandsverwirklichung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. In entsprechenden Fällen sind jedoch ertragsteuerrechtliche<sup>14</sup> und potenziell grunderwerbsteuerrechtliche<sup>15</sup> Fragen zusätzlich zu berücksichtigen.

Abwandlung 3 zum Beispiel 1:

Nach dem Ableben der Erblasserin taucht ein maschinenschriftlich getipptes Testament auf, das mit Ort und Datum

- 12 *Daragan/Halaczinsky/Riedel/Uricher*, ErbStG/BewG, 3. Aufl. 2017, § 3 Rdnr. 26; *Meincke/Hannes/Holtz*, ErbStG, § 3 Rdnr. 31; *Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gottschalk*, ErbStG, § 3 Rdnr. 81; BFH, Urteil vom 14.7.1982, II R 125/79, BStBl. II 1982, S. 714; Urteil vom 6.12.2000, II R 28/98, BFH/NV 2001, 601; FG Köln, Urteil vom 15.10.2004, 9 K 4265/01, ZErB 2006, 175; von Oertzen/Loose/Loose, ErbStG, 1. Aufl. 2017, § 3 Rdnr. 63; *Kapp/Ebeling/Geck*, ErbStG, Stand: April 2019, § 3 Rdnr. 56; *Spiegelberger*, ErbR 2012, 165; FG München, Urteil vom 20.9.2006, 4 K 755/04, EFG 2007, 270; *Viskorf/Schuck/Wälzholz/Wälzholz*, ErbStG/BewG, § 3 Rdnr. 124 ff.; *Selbherr*, MittBayNot 2003, 283; *von Proff zu Irnich*, ZEV 2010, 348 ff.; FG München, Urteil vom 8.7.2015, 4 K 2514/12, EFG 2015, 1955.
- 13 BFH, Urteil vom 26.2.2008, II R 82/05, BStBl. II 2008, S. 629.
- 14 Die Vereinbarung einer Ausgleichszahlung im Rahmen der Erbauseinandersetzung ist anteilig ein entgeltliches Veräußerungsgeschäft i. S. d. § 23 EStG, siehe BMF, BStBl. I 2006, S. 253 ff. (Erbauseinandersetzungserlass); *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, 37. Aufl. 2018, § 23 Rdnr. 41; *Tiedtke/Wälzholz*, BB 2001, 234 ff.
- 15 Grunderwerbsteuerrechtlich ist die Veräußerung trotz des Entgeltes nach § 3 Nr. 3 GrEStG von jeder Steuer befreit, selbst wenn diese vollständig entgeltlich gegen Barausgleich vereinbart würde (also ein Miterbe übernimmt den Erbanteil des anderen Erben und zahlt diesen aus), siehe *Pahlke*, GrEStG, 6. Aufl. 2018, § 3 Rdnr. 195.

versehen sowie eigenhändig unterschrieben ist, wonach die Mutter eindeutig dem Sohn vorausvermächtnisweise das Einfamilienhaus und der Tochter als Vorausvermächtnis die Eigentumswohnung samt Barvermögen zuwenden möchte. Wertdifferenzen wären danach nicht auszugleichen. Ferner hat die Erblasserin auch mündlich auf dem Sterbebett den Kindern mitgeteilt, dass sie eine entsprechende Verfügung von Todes wegen hinterlassen habe und diese Nachlassverteilung ausdrücklich ihrem letzten Willen entspreche.

Zivilrechtlich ist die Rechtslage im vorliegenden Fall eindeutig. Jeder Miterbe kann darauf bestehen, dass er einen hälftigen Anteil am Nachlass erhält, da sowohl der mündlich geäußerte letzte Wille als auch die getippte Verfügung von Todes wegen nichtig sind und damit zivilrechtlich keinerlei Wirkung entfalten. Das Erbschaftsteuerrecht folgt jedoch anderen Regeln. Nach herrschender Meinung<sup>16</sup> wird die Erfüllung einer formunwirksamen letztwilligen Verfügung der Erbschaftsbesteuerung so zugrunde gelegt, als wäre sie wirksam gewesen. Sofern also eine unwirksame Verfügung von Todes wegen vorliegt, die durch die Erben in Anerkennung des Willens des Erblassers erfüllt wird, so wird erbschaftsteuerrechtlich die Verfügung von Todes wegen anerkannt. Im vorliegenden Beispielfall würden die Vorausvermächtnisse als von der Mutter stammend besteuert werden. Die Tochter hätte – die Wirksamkeit der Verfügung von Todes wegen unterstellt – also 250.000 €, der Sohn 400.000 € Nachlassanteil, jeweils von der Mutter vorausvermächtnisweise zugewandt. Wertverschiebungen zwischen den Kindern würden nicht eintreten. Eine Erbschaftsteuer bzw. Schenkungsteuer fiel nicht an. Denn die Freibeträge von 400.000 € werden nicht überschritten und freigebige Zuwendungen zwischen den Kindern werden erbschaftsteuerlich<sup>17</sup> nicht angenommen, sofern nachweisbar die Vermögensübertragungen zur Erfüllung des letzten Willens der Mutter erfolgen.

Sofern ein maschinenschriftliches Testament oder eine Verfügung von Todes wegen vorliegt, die nach § 2289 BGB unwirksam ist oder aufgrund anzunehmender Testierunfähigkeit nichtig ist, so ist der Nachweis über den Erblasserwillen leicht zu führen. Voraussetzung für die Anerkennung entsprechender Gestaltungen ist jedoch, dass der Finanzverwaltung bzw. im Streitfall dem FG das Vorliegen eines Erblasserwillens nachgewiesen werden kann. In manchen Fällen wurde der Erblasserwille jedoch nur mündlich geäußert. Hier kann es im Konflikt mit der Finanzverwaltung entscheidend darauf ankommen, ob glaubwürdige Zeugen den mündlich geäußerten letzten Willen

des Erblassers hinreichend bestätigen und belegen können. Soweit dies der Fall ist, können auch bloße mündliche Äußerungen über den letzten Willen des Erblassers erbschaftsteuerrechtlich anerkannt und der Besteuerung zugrunde gelegt werden.<sup>18</sup> In der BFH-Entscheidung vom 28.3.2017 heißt es wörtlich:

„Ein formunwirksames Vermächtnis ist danach erbschaftsteuerrechtlich zu erfassen, wenn feststeht, dass der Beschwerte die Rechtshandlungen, die sich als Erfüllung dieses Vermächtnisses darstellen, mit dem Willen vorgenommen hat, dem (formunwirksam) geäußerten letzten Willen des Erblassers zu entsprechen. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist eine Tatfrage.“

Entsprechende Gestaltungen werden nicht anerkannt, wenn der Nachweis nicht gelingt, dass ein entsprechender Erblasserwille bestand. Lagen beispielsweise nur Testamentsentwürfe vor, die aber nie zu einer verbindlichen Willensäußerung des Erblassers geführt haben, so ist die Anerkennung durch die Finanzverwaltung und Finanzrechtsprechung nicht gesichert.

## II. Lösungen der Testamentsgestaltung

Die vorstehend geschilderten Probleme hätten sich selbstverständlich durch eine klare und eindeutige Testamentsgestaltung problemlos vermeiden lassen. Der Erblasser muss lediglich über die bloße Erbeinsetzung klare Anordnungen für die Nachlassverteilung treffen. Das im Ausgangsbeispielfall 1 aufgetretene Problem hätte sich nicht gestellt, wenn die Erblasserin durch wirksame Verfügung von Todes wegen angeordnet hätte,

- dass der Sohn Alleinerbe wird und vermächtnisweise die Eigentumswohnung sowie das Barvermögen an die Schwester herauszugeben und zu übereignen hätte oder
- die Tochter zur Alleinerbin eingesetzt worden wäre und vermächtnisweise das Einfamilienhaus an den Bruder zu übergeben und übereignen gehabt hätte oder
- beide Geschwister zu Miterben je zur Hälfte eingesetzt worden wären und die Tochter die Eigentumswohnung samt Barvermögen als Vorausvermächtnis und der Sohn das Einfamilienhaus als Vorausvermächtnis erhalten hätte.

In allen drei vorstehenden Varianten hätte der Sohn das Einfamilienhaus von 400.000 € als von der Mutter stammend zu versteuern und die Tochter die Eigentumswohnung samt Barvermögen. Freibeträge wären bei keinem der beiden Erben bzw. Vermächtnisnehmer überschritten worden. Freigebige Zuwendungen zwischen den Geschwistern wären ebenfalls nicht eingetreten.

Hätte, wie bei Laientestamenten immer wieder anzutreffen, die Mutter hingegen eine Teilungsanordnung mit der vorstehenden Nachlassverteilung getroffen, so wäre eine Schenkungsteuer nur zu vermeiden gewesen, wenn entsprechend den Vorgaben einer Teilungsanordnung die durch die Teilungs-

16 Siehe zum Ganzen *Kapp*, BB 1979, 997; *Wachter*, MittBayNot 2006, 10; *Theysohn-Wadler*, ZEV 2002, 221; *Viskorf/Schuck/Wälzholz/Wälzholz*, ErbStG/BewG, § 3 Rdnr. 116 ff.; BFH, Urteil vom 22.9.2010, II R 46/09, BFH/NV 2011, 261 (dort auch für den Fall einer nur teilweisen Erfüllung des Erblasserwillens); Urteil vom 28.3.2007, II R 25/05, BStBl. II 2007, S. 461; Urteil vom 23.6.2015, II R 52/13, BStBl. II 2015, S. 960 – dort zur Erfüllung einer formunwirksamen Schenkung auf den Todesfall; *Willms/Jochum/Hülsmann*, ErbStG, Stand: Mai 2019, § 3 Rdnr. 108; *Fischer/Palke/Wachter/Fischer*, ErbStG, 6. Aufl. 2017, § 3 Rdnr. 20 ff.; *Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gottschalk*, ErbStG, § 3 Rdnr. 57 ff.; *Kapp/Ebeling/Geck*, ErbStG, § 3 Rdnr. 67 ff.

17 Im Ertragsteuerrecht sind entsprechende Grundsätze nicht bekannt.

18 RFH, Urteil vom 15.10.1942, III 87/42, RStBl. 1942, S. 1116; *Viskorf/Schuck/Wälzholz/Wälzholz*, ErbStG/BewG, § 3 Rdnr. 116.

anordnung eintretende Wertverschiebung von 75.000 € durch Barzahlung ausgeglichen würde. Insoweit sollte die Praxis der Testamentsgestaltung die unterschiedlichen Wirkungen zwischen Vermächtnis, Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung berücksichtigen. Die Teilungsanordnung wirkt sowohl erbschaftsteuerrechtlich als auch zivilrechtlich nicht wertverschiebend.<sup>19</sup>

### III. Erbaueinandersetzung mit begünstigtem Vermögen

Beispielsfall 2:

Ein Erblasser verstirbt und hinterlässt zwei Kinder, K 1 und K 2. Der Gesamtwert des Nachlasses beläuft sich auf 2.000.000 €. Im Nachlass befindet sich ein Einzelunternehmen mit einem steuerlichen gemeinen Wert von 1.000.000 € und Barvermögen im Wert von ebenfalls 1.000.000 €. Beide Miterben setzen sich in der Weise auseinander, dass K 1 den gesamten Betrieb und K 2 das gesamte Barvermögen übernimmt.

Abwandlung 1:

Würde es einen Unterschied in der Besteuerung machen, wenn die vorstehende Nachlassverteilung auf der Grundlage einer Teilungsanordnung erfolgen würde?

Abwandlung 2:

Würde es einen Unterschied in der Besteuerung machen, wenn die entsprechende Nachlassverteilung durch Vorausvermächtnisse angeordnet werden würde?

Abwandlung 3:

Welche Wirkungen treten ein, wenn die freie Erbaueinandersetzung ohne Teilungsanordnung erst eineinhalb Jahre nach Eintritt des Todesfalles vereinbart wird, weil die Miterben sich vorher noch nicht einigen wollten und sich nicht um die Nachlassverteilung gekümmert haben?

Abwandlung 4:

Was würde sich ändern, wenn der Nachlass mit einem Gesamtwert von 2.000.000 € aus 500.000 € Barvermögen und aus einem selbstgenutzten Familienwohnheim gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG besteht mit einer Wohnfläche von genau 200 m<sup>2</sup> und einem gemeinen Wert von 1.500.000 €?

Soweit das Gesetz Begünstigungen im aktuell gültigen Erbschaftsteuerrecht vorsieht, so ordnet der Gesetzgeber stets an, dass die jeweiligen Begünstigungen nur demjenigen Miterben zugute kommen, der im Rahmen einer Erbaueinandersetzung das begünstigte Vermögen übernimmt,<sup>20</sup> siehe § 13

Abs. 1 Nr. 4b, 4c Satz 2 ff., § 13a Abs. 5, § 13d Abs. 2, § 28a Abs. 1 Satz 2 ff. ErbStG.

Soweit in dem Ausgangsbeispielsfall und den ersten beiden Abwandlungen also Kind 1 das begünstigte Betriebsvermögen allein erhält, kommen ihm allein die Betriebsvermögensbegünstigungen zugute. Von dem Betriebsvermögen von 1.000.000 € wird also bei Regelbesteuerung ein Wertabschlag von 85 % vorgenommen, sodass nur ein steuerpflichtiger Wert von 150.000 € verbleibt. Diese 150.000 € werden wiederum über den Abzugsbetrag nach § 13a Abs. 2 ErbStG erbschaftsteuerfrei gestellt. Kind 1 hat also keinerlei Erbschaftsteuer zu zahlen. Der Freibetrag von 400.000 € gemäß § 16 ErbStG ist nicht einmal dafür einzusetzen.<sup>21</sup> Demgegenüber verliert Kind 2 mit Durchführung der Erbaueinandersetzung die Betriebsvermögensbegünstigungen. Kind 2 hat also 1.000.000 € zu versteuern, nach Abzug des allgemeinen Schenkungsteuerfreibetrages für Kinder fällt also für K 2 eine Erbschaftsteuer von 90.000 €. Dieses Ergebnis ist im Ausgangsbeispielsfall sowie in Abwandlung 1 und Abwandlung 2 identisch. Einziger Unterschied zwischen den Fällen der Erbaueinandersetzung und dem Vorausvermächtnis ist, dass die Erbaueinandersetzung erst nach Durchführung zu berücksichtigen ist. Die Erbaueinandersetzung wirkt als rückwirkendes Ereignis auf den Todeszeitpunkt zurück, sodass ggf. die ursprüngliche Erbschaftsteuerfestsetzung anschließend neu aufzurollen ist.<sup>22</sup> Die Vermächtnisse sind hingegen sofort der Besteuerung zugrunde zu legen, sofern sie nicht unter einer Bedingung angeordnet sind, § 9 Abs. 1 Nr. 1a ErbStG.

In Abwandlung 3 manifestiert sich ein derzeit bestehender Streit zwischen Finanzverwaltung und BFH.<sup>23</sup> Sofern der Erblasser eine Teilungsanordnung getroffen oder Vorausvermächtnisse angeordnet hat, kommt es nicht darauf an, wann die Erbaueinandersetzung bzw. Vermächtniserfüllung erfolgt. Kind 1 kommt stets in den Genuss der Betriebsvermögensbegünstigungen, Kind 2 hingegen nicht. Soweit die Nachlassverteilung mit begünstigtem Vermögen hingegen auf einer freien, nicht vom Erblasser angeordneten Erbaueinandersetzung beruht, so erkennt die Finanzverwaltung den Transfer der Begünstigungsnormen nur dann an, wenn die Erbaueinandersetzung innerhalb von sechs Monaten nach dem Todesfall durchgeführt wird oder dies aus Gründen nicht möglich ist, die nicht in der Sphäre und im Verantwortungsbereich der Miterben liegen.<sup>24</sup> Nach Auffassung der Finanzverwaltung würde bei einer freien Erbaueinandersetzung nach Ablauf von sechs Monaten zwar der Miterbe K 2 die Betriebsvermögensbegünstigung verlieren, weil er das begünstigte Betriebsvermögen nicht dauerhaft fortführt. Der Transfer der Betriebsvermögensbegünstigung im Wert von 500.000 € zugunsten K 1 würde

19 Siehe Viskorf/Schuck/Wälzholz/Wälzholz, ErbStG/BewG, § 3 Rdnr. 74; von Oertzen/Loose/Loose, ErbStG, § 3 Rdnr. 65; R E 3.1 ErbStR 2011; Gürsching/Stenger/Götz, Bewertungsrecht, Stand: Mai 2019, § 3 ErbStG Rdnr. 97; Tiedtke/Hils, ErbStG, 1. Aufl. 2009, § 3 Rdnr. 25; Willms/Jochum/Hülsmann, ErbStG, § 3 Rdnr. 113 ff.; BFH, Urteil vom 6.10.2010, II R 29/09, BFH/NV 2011, 603; Urteil vom 1.4.1992, II R 21/89, BStBl. II 1992, S. 669; Urteil vom 10.11.1982, II R 85/78 und II R 86/78, BStBl. II 1083, S. 329.

20 Siehe dazu Theilacker, BWNNotZ 2011, 11; Hartlich, RNotZ 2018, 285 ff.; Jülicher, ZErB 2017, 5; Schmid, jurisPR-FamR 9/2016, Anm. 1 zu BFH, Urteil vom 23.6.2015, II R 39/13; Halaczinsky, ErbStB 2016, 240 und ErbStB 2016, 276 ff.; Wälzholz, ZEV 2009, 113.

21 Die Steuerfreiheit würde also auch gelten, wenn der allgemeine Freibetrag von 400.000 € innerhalb der letzten zehn Jahre vor dem Todesfall schon verbraucht worden war.

22 So auch ErbStR 2011 R E 13.4 Abs. 5 Satz 12.

23 Gleichlautende Ländererlasse vom 3.3.2016, BStBl. I 2016, S. 280 = DStR 2016, 814; a. A. hingegen BFH, Urteil vom 23.6.2015, II R 39/13, BStBl. II 2016, S. 225; koordinierte Ländererlasse vom 22.6.2017, BStBl. I 2017, S. 901 unter Abschn. 13a.10.

24 Beispielsweise verzögerte Erbscheinserteilung, Bewertungsschwierigkeiten mit langwierigen Wertgutachten etc.

jedoch unterbleiben. K 2 hätte weiterhin 90.000 € Erbschaftsteuer zu zahlen, K 1 würde zwar den Betrieb für die gesamte Haltefrist von fünf Jahren fortführen müssen, jedoch nur auf 500.000 €<sup>25</sup> die Betriebsvermögensbegünstigungen erhalten, also 11.000 € Erbschaftsteuer schulden. Die Auffassung der Finanzverwaltung ist nicht überzeugend; sie ist nicht vom Gesetzeswortlaut gedeckt. Im Gesetz ist keinerlei Hinweis auf das Erfordernis einer zeitnahen Erbauseinandersetzung vorgesehen. Zu Recht hat der BFH daher die Auffassung der Finanzverwaltung abgelehnt.<sup>26</sup> In der Praxis sollte gleichwohl auf zeitnahe Durchführung der Erbauseinandersetzung gedrängt werden, um Auseinandersetzungen mit der Finanzverwaltung zu vermeiden.

Der Transfer von Begünstigungen erfolgt nicht nur beim Betriebsvermögen, sondern auch beim Familienheim nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b, 4c Satz 2 f. ErbStG und ebenso bei Erwerb von Mietwohnimmobilien, die nach § 13d Abs. 2 ErbStG mit einem 10 %igen Wertabschlag begünstigt werden. Auch hierfür gelten die vorstehenden Grundsätze.

Probleme werden in den vorliegenden Fällen aufgeworfen, wenn, wie in Abwandlung 4, Ausgleichszahlungen zu leisten sind. Wenn also bei einem Gesamtnachlasswert von 2.000.000 € das begünstigte Familienheim bzw. das begünstigte Betriebsvermögen einen Wert von 1.500.000 € ausmacht und daher zum Zwecke der Wertgleichstellung für Erbauseinandersetzung oder Vollzug der Teilungsanordnung eine Ausgleichszahlung von 500.000 € zu leisten ist.

Eigentlich befinden sich im Nachlass ein begünstigungsfähiges Familienheim, das völlig aus der Besteuerung ausgenommen wird bzw. begünstigtes Betriebsvermögen von 1.500.000 €. Die Begünstigungsvoraussetzungen werden jedoch nur bei Übernahme durch K 1 von diesem erfüllt.<sup>27</sup> Da K 1 insgesamt jedoch nur eine Erbquote von  $\frac{1}{2}$  hat, insgesamt also nur 1.000.000 € zu versteuern hat, scheidet ein vollständiger Transfer von Betriebsvermögensbegünstigungen, wenn der übernehmende Miterbe aus seinem Eigenvermögen Ausgleichsleistungen erbringen muss, um die Wertdifferenz auszugleichen. K 1 hat also nur 1.000.000 € mit den Begünstigungen für Familienwohnheim oder Betriebsvermögen zu versteuern, im Ergebnis also keine Steuer zu leisten. K 2 verliert jedoch seinen Anteil am begünstigten Betriebsvermögen bzw. Familienheim und muss daher gleichwohl 1.000.000 € versteuern. Es wird also ein Begünstigungsvolumen von 500.000 € hierdurch vernichtet. Außerdem sind in entsprechenden Fällen die ertragsteuerlichen Konsequenzen der Gestaltung unbedingt zu beachten (dazu im Folgenden).

#### IV. Einkommensteuerrechtliche Probleme der Erbauseinandersetzung

Jede Erbauseinandersetzung kann auch einkommensteuerrechtliche Folgeprobleme nach sich ziehen. Die hierzu maß-

geblichen Grundsätze sind zusammengefasst in dem BMF-Schreiben vom 14.3.2006.<sup>28</sup> Soweit die Erbauseinandersetzung ohne Ausgleichszahlungen erfolgt, so handelt es sich hierbei um einen unentgeltlichen Vorgang. Der Zahlungsempfänger realisiert also kein steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft im Sinne der §§ 14, 16, 18 Abs. 3, §§ 17, 23, 20 Abs. 2 EStG. Gleichzeitig hat der übernehmende Miterbe jedoch auch keine Anschaffungskosten, die er einkommensteuerrechtlich als Abschreibungen (AfA) auf die voraussichtliche Nutzungsdauer des jeweils erworbenen Wirtschaftsguts abschreiben kann. Die Verteilung von Barvermögen aus der Erbengemeinschaft gilt nicht als Ausgleichszahlung und steht damit der unentgeltlichen Gestaltung nicht entgegen. Bei Betriebsvermögen können die Buchwerte gemäß § 6 Abs. 3 EStG vom Erwerber fortgeführt werden, sofern keine Ausgleichszahlungen zu leisten sind. Dies gilt auch dann, wenn aus Anlass eines Todesfalles wegen Nachlassspaltung zwei Erbengemeinschaften entstehen, die in einem einheitlichen Vorgang ohne sonstige Ausgleichszahlungen auseinandergesetzt werden.<sup>29</sup>

Falls aber der Erwerber aus seinem eigenen Vermögen Ausgleichszahlungen erbringen muss, insbesondere um Wertunterschiede im Rahmen der Teilungsanordnung oder bei freiwillig vereinbarter Erbauseinandersetzung auszugleichen, wie etwa im Beispiel 2 Abwandlung 4, so wird hierdurch ein entgeltliches Veräußerungsgeschäft ausgelöst. Soweit der abgebende Miterbe in Beispiel 2 Abwandlung 4 also eine Ausgleichszahlung von 500.000 € erhält, der Buchwert des auf ihn entfallenden Betriebsvermögensanteils aber nur 100.000 € beträgt, so hat er die Wertdifferenz als einkommensteuerpflichtigen Gewinn gemäß § 16 Abs. 1 EStG zu versteuern.

Scheidet hingegen ein Miterbe aus der Erbengemeinschaft aus und erhält dafür Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens, die er in ein eigenes Betriebsvermögen überführt, gelten insofern die Möglichkeiten der Buchwertfortführung nach Realteilungsgrundsätzen des § 16 Abs. 3 EStG.<sup>30</sup>

#### V. Grunderwerbsteuerrechtliche Folgeprobleme

Falls in den vorstehend bezeichneten sämtlichen Beispielfällen Grundbesitz übertragen wird, so handelt es sich wegen des damit einhergehenden Rechtsträgerwechsels um einen Grunderwerbsteuerbaren Vorgang gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Sämtliche Gestaltungen der Erbauseinandersetzung sind jedoch bei der Grunderwerbsteuer nach § 3 Nr. 3 GrEStG befreit. Soweit hingegen Vermächtnisse erfüllt werden, greift die Grunderwerbsteuerbefreiung des § 3 Nr. 2 GrEStG.

Die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 3 GrEStG gilt unabhängig davon, ob im Rahmen der Erbauseinandersetzung Ausgleichszahlungen zu erbringen sind oder nicht. Also auch soweit zur Vermeidung von Wertverschiebungen Ausgleichszahlungen aus dem Eigenvermögen des Erben geschuldet sind,

25 Nämlich die Hälfte des Betriebsvermögens, die ihm bereits ursprünglich beim Erbfall zuzurechnen war.

26 BFH, Urteil vom 23.6.2015, II R 39/13, BStBl. II 2016, S. 225.

27 Der Transfer der Begünstigung gilt unabhängig davon, ob der Erblasser dies angeordnet hat oder nicht. Auch die freiwillige Erbauseinandersetzung ist also begünstigt.

28 BMF-Schreiben 14.3.2006, IV B 2 – S 2242 – 7/06, BStBl. I 2006, S. 253 samt Aktualisierung zu Tz. 52 im BMF-Schreiben vom 27.12.2018, IV C 6 – S 2242/07/10004, BStBl. I 2019, S. 11 = DStR 2019, 59 = DB 2019, 99.

29 BFH, Urteil vom 10.10.2018, IX R 1/17, DStR 2019, 211.

30 BMF-Schreiben vom 27.12.2018, IV C 6 – S 2242/07/10004, BStBl. I 2019, S. 11 = DStR 2019, 59 = DB 2019, 99.

ertragsteuerrechtlich also eine entgeltliche Erbaueinandersetzung erfolgt, steht dies der Grunderwerbsteuerfreien Erbaueinandersetzung nicht entgegen. Die Erbaueinandersetzung kann auch zugunsten eines Ehegatten eines Miterben Grunderwerbsteuerfrei erfolgen. Ebenso ist die Übertragung von Grundbesitz des Nachlasses im Rahmen der Erbaueinandersetzung zugunsten eines Abkömmlings eines Miterben bei interpolierender Auslegung des Gesetzes durch Doppelanwendung von § 3 Nr. 3 GrEStG i. V. m. § 3 Nr. 6 GrEStG bei der Grunderwerbsteuer befreit. Diese Auffassung vertritt auch die Finanzverwaltung<sup>31</sup>.

Grunderwerbsteuer kann hingegen in folgendem Beispielfall auch im Rahmen einer Erbaueinandersetzung ausgelöst werden.

Beispielfall 4:

Vater und Sohn haben vor 20 Jahren gemeinschaftlich ein Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH gegründet. An dieser GmbH ist seit Gründung der Sohn 1 mit 90 %, der Vater mit 10 % beteiligt. Im Todesfall des Vaters werden Sohn 1 und Sohn 2 sowie die Tochter Miterben je zu einem Drittel. Im Rahmen der Erbaueinandersetzung einigen sich die beiden Brüder, dass Sohn 1 den 10 %igen Anteil an der GmbH unter Anrechnung auf seine Erbquote zur Alleininhaberschaft übernimmt und damit 100 %iger Alleingesellschafter der GmbH wird. Im Betriebsvermögen der GmbH befindet sich Grundbesitz mit einem steuerlichen gemeinen Wert von 10.000.000 €. Der Grundbesitz befindet sich in Nordrhein-Westfalen (Grunderwerbsteuersatz 6,5 %).

Grundsätzlich ist die Erbaueinandersetzung von Grundstücken des Nachlasses gemäß § 3 Nr. 3 GrEStG befreit. Im vorliegenden Fall befindet sich jedoch kein Grundbesitz im Nachlass, sondern ein Anteil an einer Kapitalgesellschaft, die wiederum Grundbesitz hält. Dies ist vom Wortlaut des § 3 Nr. 3 GrEStG nicht erfasst. Zunächst wird durch die vereinbarte Erbaueinandersetzung Grunderwerbsteuer ausgelöst gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG, weil der Sohn durch den Erwerb des letzten Anteils an der GmbH erstmalig 95 % der Anteile in seiner Hand vereinigt.<sup>32</sup>

Eine analoge Anwendung des § 3 Nr. 3 GrEStG auf den vorliegenden Fall lehnt der BFH<sup>33</sup> ab. Durch die vorstehende Gestaltung wird fingiert, dass der Sohn 1 den Grundbesitz von der GmbH erworben hätte. Dabei ist es steuerrechtlich unbeachtlich, dass dem Sohn bereits vorher 90 % am Grundbesitz wirtschaftlich betrachtet zustand. 100 % des steuerlichen gemeinen Werts des Grundbesitzes sind daher mit einem Steuersatz von 6,5 % zu versteuern. Der Steuerbescheid beläuft sich damit auf 650.000 € Grunderwerbsteuer.

Diese Besteuerung hätte sich vollständig vermeiden lassen, wenn beispielsweise ein Anteil von 5,1 % an der GmbH im Rahmen der Erbaueinandersetzung gleich auf das volljährige Kind des Sohnes 1 oder auf den Ehegatten des Sohnes 1

übertragen worden wäre und so der Eintritt einer Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG vermieden worden wäre.

Die Ergebnisse unterschieden sich vorliegend nicht, wenn anstelle der freien Erbaueinandersetzung eine Teilungsanordnung gegolten hätte. Soweit hingegen der Vater dem Sohn 1 seinen 10 %igen Anteil an der GmbH vorausvermächtnisweise zugewandt hätte, so wäre dieser Erwerb der 10 % nach § 3 Nr. 2 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit worden. Nur 90 % der Bemessungsgrundlage von 10.000.000 €, also 9.000.000 €, wären mit einem Grunderwerbsteuersatz von 6,5 % belegt worden. Die Besteuerung von 90 % des gemeinen Werts des Grundbesitzes hätte allerdings auch dadurch nicht vermieden werden können.

Soweit sich hingegen im Nachlass eine 100 %ige Beteiligung an einer grundbesitzhaltenden GmbH befunden hätte und diese GmbH-Beteiligung im Rahmen eines Vermächtnisses, einer Erbaueinandersetzung mit oder ohne Teilungsanordnung auf einen Miterben übergeht, greift hier nach wohl herrschender Meinung der Grunderwerbsteuerbefreiungstatbestand nach § 3 Nr. 2 GrEStG (Vermächtnis) oder nach § 3 Nr. 3 GrEStG (Erbaueinandersetzung).<sup>34</sup>

Falls zunächst ein Erbteilsverkauf oder eine Erbteilsübertragung auf einen Nichterben stattgefunden hat, so gilt zu dessen Gunsten die Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 3 Nr. 3 GrEStG nicht.<sup>35</sup>

## VI. Zusammenfassung

Nachlassabwicklungen sind mit zahlreichen steuerrechtlichen Problemen verbunden. Die freie disquotale Erbaueinandersetzung, mit der einzelne Miterben zulasten anderer Miterben bereichert werden, löst Schenkungsteuer nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG aus. Dies lässt sich durch Vereinbarung von Ausgleichszahlungen vermeiden. Sofern unklare Verfügungen von Todes wegen oder sonst in ihrer Wirksamkeit zweifelhaft Verfügungen von Todes wegen im Wege eines Erbvergleichs erfüllt werden, ist der Erbvergleich der Besteuerung zugrunde zu legen. Sofern unwirksame Verfügungen von Todes wegen in Anerkennung des Willens des Erblassers vollzogen und erfüllt werden, sind auch diese wiederum der Besteuerung zugrunde zu legen, sofern die Ernsthaftigkeit des Erblasserwillens hinreichend klar nachweisbar ist.

Sofern im Rahmen einer Erbaueinandersetzung freiwillig oder aufgrund Teilungsanordnung begünstigungsfähiges Betriebsvermögen, Familienwohnheim oder Mietwohnimmobilien auf einzelne Miterben übertragen werden, so verlieren die abgebenden Miterben ihre Begünstigungen und der erwerbende Miterbe erwirbt das Begünstigungsvolumen. Falls Ausgleichszahlungen hierfür zu erbringen sind, um eine wertgleiche Erbaueinandersetzung zu ermöglichen, geht Begünstigungsvolumen verloren.

31 Schreiben des FM Saarland vom 10.7.2017, S 4505-2#002-2017/86640, ZEV 2017, 544 = DStR 2017, 1998.

32 Siehe auch *Wälzholz*, ZEV 2016, 369 ff.

33 BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 35/14, ZEV 2016, 110; siehe auch zur Anteilsvereinigung in der Hand einer Erbengemeinschaft BFH, Urteil vom 12.2.2014, II R 46/12, DStR 2014, 850.

34 Siehe gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 6.3.2013, BStBl. I 2013, S. 773.

35 *Gottwald/Behrens*, Grunderwerbsteuer, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 454 f.; *Hofmann*, GrEStG, 11. Aufl. 2016, § 3 Rdnr. 32; *Pahlke*, GrEStG, § 3 Rdnr. 187.

Erbaueinandersetzungen mit Ausgleichszahlungen können zu einkommensteuerpflichtigen Veräußerungsgeschäften führen.

Gründerwerbsteuerrechtlich ist eine Erbaueinandersetzung steuerbefreit nach § 3 Nr. 3 GrEStG. Dies gilt unabhängig davon, ob im Rahmen der Erbaueinandersetzung Ausgleichszahlungen aus dem Eigenvermögen eines übernehmenden Erben erbracht werden oder nicht. Die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 3 GrEStG gilt allerdings nicht, soweit durch die Erbaueinandersetzung eine Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ausgelöst wird.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### Horst Göppinger/Ingeborg Rakete-Dombek: Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung

11. Aufl., C. H. Beck, 2018. 593 S., 99 €

Von Notarin Dr. **Susanne Kappler**, Arnstorf

Gesellschaftliche Entwicklungen verändern das Recht. Band 1 der NJW-Schriftenreihe – mittlerweile umbenannt in „NJW Praxis“ – erschien erstmals 1969 und man darf mit Fug und Recht behaupten, dass seither im Familienrecht kein Stein mehr auf dem anderen steht. Der Übergang vom Verschuldens- zum Zerrüttungsprinzip bei Scheidung der Ehe mit gravierenden Auswirkungen auch auf das Scheidungsfolgenrecht, grundlegende und nicht zuletzt einer erstarkten Vaterrolle geschuldete Änderungen im Sorge- und Umgangsrecht, die Reform des nachehelichen Unterhalts, die unter anderem finanzielles Glück auch der Folgefamilie sichern sollte, oder die Strukturreform des Versorgungsausgleichs seien als Beispiele genannt. Die „Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung“ sind nunmehr in der 11. Auflage erschienen und auch hier gibt es Neuerungen zu verkünden. Als Herausgeberin fungiert erstmals die Berliner Rechtsanwältin und Notarin *Ingeborg Rakete-Dombek* und neue – gleichwohl nicht unbekannte – Namen finden sich im Autorenkreis.

Im ersten und einführenden Teil gibt *Wamser* eine Tour d' horizon über die materiell- und prozessrechtlichen Grundlagen des Scheidungsfolgenrechts. Die das Kapitel abschließende Checkliste (Rdnr. 220 ff.) bietet einen ersten Überblick über alle in der Scheidungsvereinbarung relevanten Themen und ist zugleich Kurzzusammenfassung der nachfolgenden Kapitel.

Vereinbarungen zum Sorge- und Umgangsrecht sind Thema des von *Sander* bearbeiteten zweiten Teils. Nachdem Anträge auf Übertragung des alleinigen Sorgerechts gemäß § 1671 BGB inzwischen der praktische – wenngleich nicht der gesetzliche – Ausnahmefall sein dürften,<sup>1</sup> liegt der Schwerpunkt hier auf der Regelung des Umgangsrechts. Zu Recht weist *Sander* darauf hin, dass sich sehr detaillierte Regelungen im Alltag schnell als unflexibel – und damit auch wenig kindeswohlkonform – erweisen können (Rdnr. 21). Nichts spricht daher gegen die in der notariellen Praxis gängige Formulierung, das Umgangsrecht „unkompliziert“ oder „großzügig“ handhaben zu wollen. In hochstreitigen Fällen kann es gleichwohl angezeigt sein, minutiöse Regelungen darüber zu treffen, wann, wo, unter welchen Voraussetzungen und auf wessen Kosten Umgang zu gewähren ist; eine ausführliche Formulierungshilfe steht hier zur Verfügung (Rdnr. 22).

Der Versorgungsausgleich, Stufe zwei der „Kernbereichslehre“ des BGH,<sup>2</sup> ist sensibles und rechtlich diffiziles Beratungsthema zugleich. Vereinbarungen hierzu, die das Gesetz ausdrücklich zulässt, § 6 Abs. 1 VersAusglG, und die – mit Zustimmung des betroffenen Versorgungsträgers – weitergehend als unter Geltung der §§ 1587 ff. BGB a. F. Eingriffe in das öffentlichrechtliche Sicherungssystem ermöglichen, § 8 Abs. 2 VersAusglG, müssen sich an den Grundsätzen der Inhalts- und Ausübungskontrolle messen, § 8 Abs. 1 VersAusglG. Der gerichtliche Genehmigungsvorbehalt für scheidungsnahe Vereinbarungen, § 1587o Abs. 2 Satz 3 BGB a. F., konnte daher entfallen. Der von *Schwamb* bearbeitete dritte Teil erweist sich hier als Fundgrube „abseitiger“ Vereinbarungen jenseits von bloßem Ausschluss und Ausschluss gegen direkte Kompensation.<sup>3</sup> So findet sich etwa der Vorschlag, wegen noch nicht ausreichend verfestigter Rentenzusagen aus einem Hofübergabevertrag<sup>4</sup> den schuldrechtlichen Ausgleich vorzubehalten (Rdnr. 55).

Vor besondere Herausforderungen stellen den Vertragsgestalter neue Formen der Kindesbetreuung nach Trennung und Scheidung, allen voran das (zunehmend häufig praktizierte) Wechselmodell und das (nach wie vor seltene) Nestmodell. Vereinbarungen zum Unterhalt minderjähriger Kinder – für die wegen § 1614 BGB ohnehin kein allzu großer Spielraum besteht – fallen schwer, weil sich die gesetzliche Regelung ausschließlich am Residenzmodell orientiert (vgl. § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB). Wer hier nach Berechnungsbeispielen für das Wechselmodell sucht, wird bei *Pfeil* im vierten Teil fündig (Rdnr. 36). Auch demjenigen, der den Rahmen von Vereinbarungen zum Kindesunterhalt ausloten möchte und hierzu Formulierungshilfen sucht, ist dieses Kapitel zu empfehlen.

Der von *Kilger* und *Pfeil* verfasste fünfte Teil gibt in breitem Umfang Gestaltungsempfehlungen zu den Themen Trennungs- und nachehelicher Unterhalt. Das besondere Verdienst des *Göppinger/Rakete-Dombek* ist es hier einmal mehr, Vertragsmuster jenseits von Verzichtserklärungen an die Hand zu geben und Problemstellungen, etwa den „clean cut“ durch Abfindung in Kapital (Rdnr. 314 ff.), oder novierende Vereinbarungen (Rdnr. 330 ff.) facettenreich zu erläutern.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 11.2.2004, XII ZR 265/02, MittBayNot 2004, 270.

<sup>3</sup> Vgl. *Everts*, MittBayNot 2010, 297.

<sup>4</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 21.11.2013, XII ZB 403/12, MittBayNot 2014, 339.

<sup>1</sup> Vgl. MünchKomm-BGB/*Hennemann*, 7. Aufl. 2017, § 1671 Rdnr. 13.

Die Vermögensauseinandersetzung ist regelmäßig zentraler Bestandteil der (notariellen) Scheidungsvereinbarung. Der von *Wamser* bearbeitete sechste Teil liefert nützliche Formulierungshilfen gerade auch für die aus notarieller Sicht etwas entlegenen, aber nicht minder streitanfälligen Aktiv- und Passivposten wie Lebensversicherungsverträge, Bausparkonten und Wertpapierdepots oder Steuernachzahlungen und -erstattungen.

*Kretzschmar* widmet sich im siebten Teil insbesondere Nutzungsregelungen hinsichtlich der Ehwohnung. Nur vordergründig ist die – hier bereits umfassend berücksichtigte – geänderte Rechtsprechung des BGH, wonach die Ehwohnung ihren Charakter als solche jedenfalls nicht vor Rechtskraft der Scheidung verliert,<sup>5</sup> für Notare von mindermem Interesse. Die vorliegende Lektüre macht schnell klar, dass Beratungs- und Gestaltungsmöglichkeiten nur ausschöpfen kann, wer die gesetzlichen Grundlagen der §§ 1361b, 1568a BGB – und deren Anwendungsbereich – kennt. Kleinigkeiten, wie etwa der Hinweis auf die Mitteilung an den Vermieter gemäß § 1568a Abs. 3 Ziffer 1 BGB, können den aus der Ehwohnung weichenden Partner von finanziellen Sorgen, namentlich wegen seiner (Mit-)Verpflichtung aus dem Mietvertrag, befreien.

Im achten Teil befasst sich *Kretzschmar* mit Vereinbarungen zum Namensrecht. Nach wie vor scheint das Namensrecht – insbesondere die Frage nach der Berechtigung am angeheirateten (Adels-)Namen – hoch emotional besetzt zu sein. Rechtsberater, an die der Wunsch nach vertraglichen Verein-

barungen herangetragen wird (meist die Verpflichtung, den Ehenamen nach Scheidung wieder abzulegen, seltener die Verpflichtung, ihn im Interesse der gemeinsamen Kinder zu behalten), finden hier den aktuellen Streitstand.

Im neunten Teil widmet sich *Perleberg-Kölbel* Steuerfragen rund um die Scheidungsvereinbarung. Wer dazu im Zusammenhang mit den Kosten der Ehescheidung (Rdnr. 1 ff.), zur einkommensteuerlichen Behandlung von Unterhaltsleistungen (Rnd. 4 ff.), etc. nachschlagen möchte, ist mit einem Griff zum *Göppinger/Rakete-Dombek* gut beraten und erspart sich mühseliges Suchen in steuerrechtlicher Spezialliteratur.

Familienrecht ist, da in weiten Teilen von EU-Verordnungen und Staatsverträgen durchdrungen, stets auch Internationales Privatrecht, woran jüngst die auf Eheschließungen seit dem 29.1.2019 anwendbare EuGüVO erinnert. Das Auffinden aller einschlägigen Normen (autonomes deutsches IPR, EU-Verordnungen und Staatsverträge) ist für sich bereits Fleißarbeit, die *Kemper* im zehnten und letzten Teil auf sich nimmt.

Die „Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung“ sind auch in der 11. Auflage ein wahres „Schatzkästchen“<sup>6</sup> für jeden familienrechtlichen Vertragsgestalter. Als besondere Stärke des Werks erweist sich einmal mehr, dass auch und gerade selten nachgefragte Regelungen Gegenstand umfassender rechtlicher Betrachtung sind. Vertragsmuster können über eine einfach zu handhabende Downloadfunktion in die eigene Muster-sammlung integriert werden. Das Werk ist und bleibt unverzichtbar für den familienrechtlichen Vertragsgestalter.

5 BGH, Beschluss vom 28.9.2016, XII ZB 487/15, NJW 2017, 260.

6 *Everts*, MittBayNot 2010, 297.

## Rainer Hausmann:

### Internationales und Europäisches Familienrecht

2. Aufl., Beck, 2018. 1744 S., 299 €

Von Notarassessor Dr. **Benedikt Strauß**, Berlin

Sachverhaltskonstellationen mit Auslandsberührung gehören nicht zu den beliebtesten in der notariellen Praxis. Es ist gelegentlich sehr verlockend, auf § 17 Abs. 3 BeurkG zurückzugreifen und sich hinter dem – von *Hertel* plastisch als „Angstklausel“<sup>1</sup> bezeichneten – Hinweis zu verstecken, auf den Sachverhalt sei möglicherweise ausländisches Recht anwendbar, welches der Notar freilich nicht kennen müsse. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die aus deutscher Sicht anwendbaren kollisionsrechtlichen Vorschriften selbst – und hierzu zählen auch EU-Normen und Staatsverträge – in Abgrenzung zu § 17 Abs. 3 Satz 2 BeurkG durchaus inländisches Recht sind, welches zum obligatorischen Wis-

sensbestand des Notars zählt.<sup>2</sup> Eine besondere Herausforderung stellt es dar, wenn sich eine Auslandsberührung erst ad hoc im Rahmen einer bereits laufenden Beurkundung offenbart. Gerade im familienrechtlichen Bereich hat man sich dann bisweilen durch ein auf den ersten Blick unüberschaubares Dickicht an Rechtsquellen nationaler, europäischer und völkerrechtlicher Provenienz zu kämpfen. Die Schwierigkeit in der Praxis liegt zunächst im schieren Auffinden der auf den Sachverhalt anwendbaren kollisions- oder internationalverfahrensrechtlichen Norm; oftmals erheben sich im Anschluss daran noch weitere Fragen, etwa zur Qualifikation, zur Subsumtion oder zum *renvoi*.

1 Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, 5. Aufl.2018, Teil 7 Kapitel 1 Rdnr. 48.

2 *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rdnr. 271; BeckOGK/*Regler*, Stand: 1.3.2019, § 17 BeurkG Rdnr. 229; *Becker*, NotBZ 2017, 161, 163.

Im Familienrecht kann man zu diesem Zweck nun auf den in zweiter Auflage erschienenen Kommentar zum Internationalen und Europäischen Familienrecht von *Rainer Hausmann* zurückgreifen. Bereits ein kurzer Blick in das Inhaltsverzeichnis lässt erkennen, dass dieses Werk aus der Feder desjenigen Autors stammt, der auch (gemeinsam mit *Erik Jayme*) die allbekannte Textsammlung zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht herausgibt, erfolgt die Gliederung doch hier wie dort nicht nach Rechtsquellen, sondern anhand thematisch-logischer Kriterien. Auf oberster Gliederungsebene nimmt der Autor zunächst die klassische Unterscheidung zwischen Erkenntnisverfahren (erster Teil) und Anerkennung und Vollstreckung (zweiter Teil) vor; in einem dritten Teil schließt sich die internationale Zusammenarbeit der Gerichte und Behörden an. Die Binnengliederung innerhalb dieser Teile lehnt sich weitgehend an die Begrifflichkeiten des § 111 FamFG an und schlüsselt anhand der Rechtsgebiete Ehesachen, Güterrechtssachen, Unterhaltssachen, Versorgungsausgleichssachen, Ehewohnungs-, Haushalts- und Gewaltschutzsachen, Kindschaftssachen, Abstammungssachen, Adoptionssachen, Lebenspartnerschaftssachen und Betreuungssachen auf. Im jeweiligen Rechtsgebiet selbst differenziert der Autor im Bereich des Erkenntnisverfahrens sodann noch nach Internationaler Zuständigkeit und Internationalem Privatrecht. Erst in der hierauf folgenden Strukturebene wird – jeweils nach einer vorangestellten Einführung – hinsichtlich der Rechtsquellen abgestuft, wobei sich deren Darstellungsreihenfolge an der Normenhierarchie orientiert (zunächst EU-Recht, dann Staatsverträge, schließlich autonomes deutsches Recht).

Diese für einen Kommentar ungewöhnliche Einteilung erleichtert, sobald man sich mit der systematischen Struktur vertraut gemacht hat, ein schnelles und zielgerichtetes Auffinden der maßgeblichen Textstelle und ist daher aus Anwendersicht zu begrüßen. Folge dieses Aufbaus ist naturgemäß, dass die einzelnen Regelwerke teilweise stark zergliedert sind; so wird etwa die EuEheVO an sieben, das FamFG gar an 21 unterschiedlichen Stellen im Buch behandelt. Sucht man nach der Kommentierung einer konkreten Rechtsnorm, hätte man sich zusätzlich noch eine Artikel- bzw. Paragraphenübersicht gewünscht, welche das Werk leider nicht bietet. Vielmehr muss man sich hierzu an der Gliederung „entlanghangeln“, sich an Textverweisen orientieren oder auf das – freilich ganz hervorragende, von *Julia Eppler* verantwortete – Stichwortverzeichnis zurückgreifen. Weiterer Wermutstropfen ist die drucksatztechnische Ausstattung der Gliederungsebenen selbst, die teilweise für große Verwirrung sorgen kann, zumal das Erfassen der Struktur bei diesem Werk aus den oben dargestellten Gründen besonders wichtig ist. Exemplarisch herausgegriffen sei insoweit die Ausgestaltung auf S. 132 ff., wo mehrere Überschriften jeweils mit arabischen Ziffern nummeriert und in derselben Schriftart und Schriftgröße dargestellt sind, obwohl sie unterschiedlichen Gliederungsebenen angehören. Dadurch auffällig sind schließlich auch recht zahlreiche Flüchtigkeitsfehler. Freilich sind diese vorstehend beschriebenen Kritikpunkte mehr dem Verlag als dem Autor anzulasten und schmälern die inhaltliche Qualität des Werks keineswegs.

Im Vergleich zur Voraufgabe haben sich einige Änderungen ergeben: Rein äußerlich hat sich der Band von der sog. „gelben Erläuterungsreihe“ zu einem größerformatigen Beck'schen

Kurz-Kommentar aufgeschwungen, was die Lesbarkeit deutlich verbessert. Inhaltlich war die erste Auflage noch auf das Ehescheidungsrecht beschränkt, während die Neuauflage nun das gesamte Familienrecht behandelt und daher insbesondere um das Abstammungs-, das Adoptions- und das Betreuungsrecht erweitert wurde, was gerade für den notariellen Alltag einen großen Mehrwert mit sich bringt. Insgesamt hat der Autor die – bereits herausragende – Voraufgabe einer akribischen Gesamtrevision unterzogen, was sich neben großen Änderungen auch allenthalben durch detailgenaue Anschärfungen und Präzisierungen bemerkbar macht. So spricht die Neuauflage etwa akkurater von der kirchengerichtlichen (Rdnr. A 25 n. F.) statt der kirchlichen (Rdnr. A 21 a. F.) Scheidung oder von Verfahrenskostenhilfe (Rdnr. A 145 n. F.) statt von Prozesskostenhilfe (Rdnr. A 98 a. F.). Auch die seit der Voraufgabe neu erschienene Literatur wurde umfassend berücksichtigt und sorgfältig eingearbeitet.

Kernstück der Neubearbeitung ist zweifelsohne die umfangreiche Kommentierung der auf seit 29.1.2019 geschlossene Ehen bzw. Partnerschaften anwendbaren Europäischen Güterrechtsverordnungen. Hierbei handelt es sich um eine der wenigen bisher erhältlichen Gesamtkommentierungen dieser Regelwerke, die in der Praxis Jahr für Jahr von steigender Bedeutung sein werden (freilich wird auch das autonome deutsche Kollisionsrecht für „Altehen“ weiterhin noch lange maßgeblich sein, sodass *Hausmann* insoweit seine bereits in der früheren Auflage enthaltene umfassende Kommentierung zu Recht stehengelassen hat, Rdnr. B 408 ff.). Hierbei gelingt es *Hausmann*, neben einer griffig formulierten Erläuterung des schlichten Norminhalts auch die umstrittenen Fragen, die sich in diesem Zusammenhang ergeben, umfassend und prägnant darzulegen.

Herausgegriffen sei etwa die Darstellung zu Art. 25 Abs. 1 EuGüVO, wonach eine Vereinbarung über einen Güterstand der Schriftform bedarf. Mit der übrigen Meinung im Schrifttum<sup>3</sup> kommt auch *Hausmann* hier (Rdnr. B 344 f.) zum Ergebnis, dass es sich bei dieser Vorschrift um eine *loi d'application immédiate* handelt, also um eine Norm materiellen Inhalts, welche eine europäische Mindestform für Güterstandsvereinbarungen vorsieht. Folgerichtig bezweifelt *Hausmann* hierbei die Kompetenz des europäischen Gesetzgebers nach Art. 81 AEUV. Er verhält sich daran anschließend zwar nicht ausdrücklich zur Frage, welche Schlüsse aus dieser Erkenntnis zu ziehen sind, etwa ob die Norm insoweit nichtig ist oder ob daraus eine teleologische Reduktion der Vorschrift folgen muss dergestalt, dass sie nur auf grenzüberschreitende Sachverhalte anwendbar ist.<sup>4</sup> Aufgrund der Bezugnahme auf Erwägungsgrund 48 Satz 1 dürfte sich der Autor im Ergebnis aber für eine Anwendung des Art. 25 Abs. 1 EuGüVO auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte aussprechen.

Besonders diskussionswürdig ist die Anwendung der EuGüVO bzw. EuPartVO auf formalisierte Partnerschaften jenseits der klassischen verschiedengeschlechtlichen Ehe. Der Ehebegriff

<sup>3</sup> Vgl. hierzu etwa Dutta/Weber/Süß, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, 2017, Rdnr. 41 ff.; Weber, DNotZ 2016, 659, 683.

<sup>4</sup> Dies offenlassend Dutta/Weber/Süß, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, Rdnr. 43.

wird in der EuGüVO nicht definiert, sondern nach dem Erwägungsgrund 17 dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten überlassen. Dogmatisch stellt dies eine sog. Qualifikationsverweisung dar.<sup>5</sup> Umstritten ist aber, welches nationale Recht hierfür maßgeblich ist; diskutiert werden insbesondere die *lex fori*<sup>6</sup> sowie das Recht des Staates der Erstregistrierung.<sup>7</sup> *Hausmann* spricht sich insoweit (Rdnr. I 16) für das Forumsrecht aus und dürfte damit die besseren Argumente auf seiner Seite haben. Zwar hat die Anknüpfung an den Registrierungsstaat den Vorteil, dass keine Entscheidungsdivergenzen auftreten können;<sup>8</sup> ferner sind damit immer Rechtsordnungen in Bezug genommen, in denen sich der Gesetzgeber überhaupt Gedanken über das Institut einer formalisierten gleichgeschlechtlichen Partnerschaft gemacht hat. Dagegen spricht aber bereits der Wortlaut des Erwägungsgrunds 17, der lediglich vom Recht eines Mitgliedstaats spricht, während eine Bezugnahme auf den Registrierungsstaat logischerweise auch Drittstaaten erfassen würde.<sup>9</sup> Als weiteres Argument für die *lex fori* dürfte vorzubringen sein, dass die hierbei bemängelten Disruptionen vom europäischen Gesetzgeber wohl in Kauf genommen wurden. Denn aus Erwägungsgrund 17 geht explizit hervor, dass insoweit gerade keine Vereinheitlichung angestrebt wurde, sodass eine euroautonome Qualifikation nicht veranlasst ist. Eine Anknüpfung an den Registrierungsstaat mag daher eine wünschenswerte Forderung in rechtspolitischer Hinsicht sein; diese ist allerdings kein Argument im Rahmen der Auslegung der EuGüVO.

Beizupflichten ist *Hausmann* auch bei der Aussage, dass die nach autonomem IPR vorgenommene Qualifikation gleichgeschlechtlicher Ehen, so etwa im deutschen Recht diejenige unter Art. 17b EGBGB,<sup>10</sup> insoweit nicht fruchtbar zu machen ist (Rdnr. I 17). Denn obwohl es sich bei Erwägungsgrund 17 um eine Qualifikationsverweisung auf die jeweilige *lex fori* (einschließlich ihres IPR) handelt, steht nicht die Auslegung nationaler, sondern die Auslegung europäischer Kollisionsnormen inmitten. *Hausmanns* Rekurs auf Art. 9 Abs. 1 EuGüVO ist vor diesem Hintergrund überzeugend: Erwägungsgrund 17 ist einschränkend in dem Sinne auszulegen, dass das jeweilige nationale IPR nur darüber bestimmt, ob gleichgeschlechtliche Ehen, d. h. materiellrechtlich mit verschiedengeschlechtlichen Ehen völlig gleichgestellte Rechtsinstitute, überhaupt „anerkannt“ werden. In diesem Fall ist auf ein solches Rechtsinstitut die EuGüVO und nicht die EuPartVO anzuwenden.<sup>11</sup> Anders gewendet ist zumindest jede staatlich verfestigte Lebensge-

meinschaft zweier Personen, die nicht der klassischen Ehe gleichgestellt ist und daher in den Anwendungsbereich der EuPartVO fällt (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a EuPartVO), nicht Ehe im Sinne der EuGüVO.<sup>12</sup> Richtigerweise – allerdings leider nur bei den Ausführungen zur EuGüVO (Rdnr. B 16) und nicht zur EuPartVO (Rdnr. I 17) – wird auch darauf verwiesen, dass der deutsche Gesetzgeber seine Sonderanknüpfung für gleichgeschlechtliche Ehen in Art. 17b Abs. 4 EGBGB nur auf das Kollisionsrecht beschränkt hat, während die Güterrechtsverordnungen auch das internationale Verfahrensrecht umfassen; eine gespaltene Anwendung kommt jedoch gerade nicht in Betracht. Das hier befürwortete Ergebnis hat in Deutschland der Gesetzgeber nun in Art. 17b Abs. 2 Satz 2 EGBGB n. F. ausdrücklich klargestellt.

Es nimmt nicht wunder, dass *Hausmann* auch die jüngst ergangene relevante EuGH-Rechtsprechung sorgfältig berücksichtigt hat. So nimmt er etwa ausführlich auf die *Mahnkopf*-Entscheidung<sup>13</sup> Bezug, wonach § 1371 Abs. 1 BGB in Abweichung zur bisher vom BGH vorgenommenen Einordnung<sup>14</sup> als erbrechtliche Vorschrift zu qualifizieren ist (Rdnr. B 300a). Auch auf die Problematik des Normenmangels, der aus einer erbrechtlichen Qualifikation resultieren kann, geht *Hausmann* ein und zeigt als Lösungsweg die materiellrechtliche Anpassung auf, namentlich in Gestalt der analogen Anwendung des § 1371 Abs. 2 BGB oder der Gewährung eines Zahlungsanspruchs in Höhe von ¼ des Nachlassvermögens. Ebenso wird das umgekehrte Problem der Normenhäufung im Falle der Anwendung deutschen Erb- und ausländischen Güterrechts kurz angerissen.<sup>15</sup>

Auch der zweite „Klassiker“<sup>16</sup> der internationalprivatrechtlichen Qualifikation neben § 1371 Abs. 1 BGB, nämlich die sog. Morgengabe des islamischen Rechtskreises, wird ausführlich behandelt. Bezugnehmend auf den weiten Begriff des Ehegüterrechts in Art. 3 lit. a EuGüVO schlägt *Hausmann* die Morgengabe – soweit sie nicht im Einzelfall als scheidungs- oder unterhaltsrechtlich zu qualifizieren ist – richtigerweise dem Anwendungsbereich der EuGüVO zu (Rdnr. B 663), sodass die vom BGH unter dem Regime des EGBGB vertretene Einordnung als allgemeine Ehwirkung<sup>17</sup> für ab dem 29.1.2019 geschlossene Ehen nicht mehr greift.<sup>18</sup>

Mit Blick auf das Ehescheidungsrecht verneint *Hausmann* ausgehend von der *Sahyouni*-Entscheidung des EuGH<sup>19</sup> die

5 Zum Begriff der Qualifikationsverweisung vgl. etwa BeckOK-EGBGB/Lorenz, Stand: 1.2.2019, Einleitung zum IPR, Rdnr. 62.

6 So etwa *Kohler/Pintens*, FamRZ 2016, 1509, 1510; in diese Richtung wohl auch *Weber*, DNotZ 2016, 659, 668, und *Dutta/Weber/Coester*, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, Rdnr. 113.

7 So etwa *Dutta*, FamRZ 2016, 1973, 1976; *Ziereis*, NZFam 2019, 237, 237; *Erbarth*, NZFam 2018, 249, 250.

8 Dies betonend *Dutta*, FamRZ 2016, 1973, 1976; *Erbarth*, NZFam 2018, 249, 250.

9 Dies konzediert auch *Dutta*, FamRZ 2016, 1973, 1976.

10 Dies wurde vom BGH ausdrücklich bestätigt, vgl. BGH, Beschluss vom 20.4.2016, XII ZB 15/15, NJW 2016, 2322.

11 Ähnlich *Mankowski*, IPRax 2017, 541, 548; *Heiderhoff*, IPRax 2018, 1, 3.

12 So ausdrücklich *Erbarth*, NZFam 2018, 249, 251; *Döbereiner*, notar 2018, 244, 258.

13 EuGH, Urteil vom 1.3.2018, C-558/16 (*Mahnkopf*), ZEV 2018, 205.

14 Siehe hierzu BGH, Beschluss vom 13.5.2015, IV ZB 30/14, NJW 2015, 2185 Rdnr. 24.

15 Siehe zu den Auswirkungen der *Mahnkopf*-Entscheidung statt vieler *Weber*, NJW 2018, 1356 ff.

16 So zu § 1371 Abs. 1 BGB ausdrücklich *Weber*, NJW 2018, 1356, 1356.

17 BGH, Urteil vom 9.12.2009, XII ZR 107/08, NJW 2010, 1528.

18 Ebenso etwa MünchKomm-BGB/Looschelders, 7. Aufl. 2018, EuGüVO, Rdnr. 97; *Dutta*, FamRZ 2016, 1973, 1974; *Weber*, DNotZ 2016, 659, 665; *Heiderhoff*, IPRax 2018, 1, 2.

19 EuGH, Beschluss vom 12.5.2016, C-281/15, (*Sahyouni*), FamRZ 2016, 1137.

Anwendung sowohl der EuEheVO (Rdnr. A 22) als auch der Rom-III-VO (Rdnr. A 319 ff.) auf Privatscheidungen. Beizupflichten ist ihm auch bei dem Befund, dass eine rein deklaratorische staatliche Registrierung nichts an dem Charakter einer privatschriftlichen Vereinbarung als Privatscheidung ändert. Denn bereits der Wortlaut einiger Vorschriften der Rom-III-VO (so etwa Art. 5 Abs. 1 lit. d, Abs. 2, Abs. 3; Art. 8 lit. a - lit. d; Art. 10) geht davon aus, dass nicht lediglich ein Rechtsgeschäft zwischen den Ehegatten abgeschlossen, sondern ein staatliches Gericht angerufen und ein Verfahren durchgeführt wird (Rdnr. A 320). Eng im Zusammenhang damit stehen auch die Ausführungen zum Begriff der öffentlichen Urkunde gemäß Art. 46 EuEheVO. Hier betont *Hausmann* den Charakter der öffentlichen Urkunde, die von einer Behörde oder einer anderen vom Ursprungsmitgliedstaat ermächtigten Stelle aufgenommen worden sein muss; in Deutschland sind dies nur Urkunden, die von einem Gericht oder einem Notar errichtet wurden (Rdnr. N 285). Davon schichtet *Hausmann* präzise sonstige Vereinbarungen zwischen den Parteien ab, welche gemäß Art. 46 EuEheVO je nach Ausgestaltung im Ursprungsmitgliedstaat zwar auch vollstreckbar sein können, aber dennoch keine öffentliche Urkunde darstellen. Sodann geht der Autor noch ausführlich auf eines der zahlreichen Probleme im Zusammenhang mit derartigen Privaturkunden ein, nämlich auf die Frage der Zuordnung zu einem bestimmten Mitgliedstaat, welche mangels beteiligter Behörde Schwierigkeiten bereitet (Rdnr. N 292). Hier erweist sich die EuGH-Rechtsprechung, wonach Privatscheidungen nicht in den Anwendungsbereich der EuEheVO bzw. Rom-III-VO fallen, als weitsichtig, weil andernfalls über Art. 46 EuEheVO auch mit Blick auf Ehescheidungen eine Anerkennung privat gestalteter Rechtslagen unter Ausschaltung des Kollisionsrechts möglich würde. Es ist zu hoffen, dass dies sich auch im Rahmen der geplanten Novellierung der EuEheVO nicht ändert.

Die besondere Bedeutung des Kommentars von *Hausmann* zeigt sich aber nicht nur in der Kommentierung der maßgeb-

lichen europarechtlichen Regelwerke, sondern auch und gerade in der Behandlung von Übereinkommen auf völkerrechtlicher Ebene, einem Bereich, in dem die Kommentarliteratur äußerst dünn gesät ist. Hervorgehoben seien hier die ausführlichen Kommentierungen zum KSÜ, zum MSA und zu deren Abgrenzung gegenüber der EuEheVO (Rdnr. F 604 ff.; F 701 ff.). Aus notarieller Sicht sehr zu schätzen ist schließlich auch der praktische Wert der neu hinzugekommenen Teile zum Adoptions- (Rdnr. H 1 ff.; P 1 ff.; V 1 ff.) und Betreuungsrecht (Rdnr. J 1 ff.; S 1 ff.; W 1 ff.). Gerade mit Blick auf General- und Vorsorgevollmachten macht die Kommentierung deutlich, dass Vorsorgevollmachten von der Anknüpfung in Art. 15 ErwSÜ erfasst sind, während sich sonstige gewillkürte Vollmachten nach Art. 8 EGBGB richten (Rdnr. J 192 ff.). Aufgrund der teilweise unterschiedlichen Anknüpfungspunkte dieser Regelwerke kann es während der „Wirkungsdauer“ einer General- und Vorsorgevollmacht zu mehreren Statutenwechseln kommen: Solange der Vollmachtgeber selbst urteilsfähig ist, gilt Art. 8 EGBGB; nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit gilt Art. 15 des vorrangigen ErwSÜ; postmortal ist sodann wieder Art. 8 EGBGB anzuwenden (Rdnr. J 193 ff.). Dies macht deutlich, wie sinnvoll bei Vollmachten mit grenzüberschreitendem Bezug ggf. eine Rechtswahl sein kann. Betreuungs- und Patientenverfügungen dürften hingegen der allgemeinen Kollisionsregel in Art. 13 ErwSÜ unterfallen (Rdnr. J 27 ff.; J 193).

Insgesamt handelt es sich um ein Werk von unschätzbarem Wert für die notarielle Praxis, welches in Umfang und Qualität seinesgleichen sucht. Aufgrund der deutlichen inhaltlichen Erweiterung und der neu hinzugekommenen Ausführungen zur EuGüVO ist auch Besitzern der Erstauflage zum aktualisierten Werk zu raten. Die Zweitaufgabe des *Hausmann* dürfte zum unverzichtbaren Bestandteil des bibliothekarischen Grundkanons jeder Notarstelle zählen; sie ist ein erquickliches Vademecum für die internationalfamilienrechtliche Beurkundungssituation – und darüber hinaus.

**Gerd Langenhein/Ingrid Naumann:**

## **NotarFormulare Wohnungseigentumsrecht**

2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 324 Seiten (inkl. CD-ROM), 89 €

Von Notarassessorin **Lisa Kemmerer**, Illertissen

Das statistische Bundesamt zählte in Deutschland im Jahr 2017 ca. 42 Millionen Wohnungen. Viele dieser Wohnungen sind Eigentumswohnungen, die den Regelungen des WEG unterliegen. Gerade angesichts des bestehenden Baubooms und der wachsenden Wohnungsknappheit in Ballungsgebieten ist die Bedeutung der Aufteilung nach WEG bei Neubauten, aber auch bei Bestandsbauten ungebrochen.

Für die notarielle Tätigkeit sind fundierte Kenntnisse des WEG gerade auch deshalb unerlässlich.

Das von Notar Dr. *Gerd Langenhein* begründete und von Notarin Dr. *Ingrid Naumann* in der zweiten Auflage fortgeführte Werk knüpft hieran an. Es richtet sich – auch aufgrund des eigenen Tätigkeitsschwerpunkts der Autoren – vorwiegend an Notare und deren Mitarbeiter.

Nach einer kurzen Einführung in das Wohnungseigentumsrecht sind die Mustertexte thematisch geordnet und jeweils mit knappen Erläuterungen zu den vorgeschlagenen Formulierungen versehen. Dabei enthält das Werk Musterformulierun-

gen zu allen gängigen Sonderfällen. Die Erläuterungen sind bewusst kurz gehalten und haben das Ziel, die verwendeten Formulierungen zu erklären. Das Werk hat aufgrund des verfolgten Konzepts nicht den Anspruch einen WEG Kommentar zu ersetzen.

Ergänzend hierzu geben *Langenhein* und *Naumann* auch Einblicke in das für die notarielle Tätigkeit im Zusammenhang mit der Aufteilung nach WEG relevante öffentliche Recht sowie das Steuerrecht und gehen auf internationale Bezüge ein.

Das Werk erschöpft sich dabei jedoch nicht in notarspezifischen Vorgängen, sondern bietet unter anderem auch Musterverwalterverträge und Formulierungsvorschläge für Beschlüsse der Wohnungseigentümergeinschaft in unterschiedlichen Verwaltungssituationen. Praxistipps und Checklisten für den täglichen Gebrauch in allen Phasen der Urkundenvorbereitung, von der ersten konsolidierenden Besprechung bis zur konkreten Formulierung der vorgesehenen Urkunde, runden das Paket ab.

Die zweite Auflage setzt die neueste Rechtsprechung um; Muster, Formulierungen und Checklisten sind entsprechend angepasst. Ergänzt wird das Werk mit zusätzlichen Formula-

ren und Praxistipps zur Fehlervermeidung in der frühen Phase der Urkundenvorbereitung.

*Langenhein* und *Naumann* haben ein Werk geschaffen, das die zentralen Probleme des WEG aufgreift, Lösungen liefert und dabei kompakt ist. Muster und Erläuterungen gehen Hand in Hand und bieten dadurch einen guten Zugang zu der Materie. Besonders hilfreich sind die Praxistipps und Checklisten, die für die tägliche Urkundenvorbereitung eine echte Arbeitserleichterung darstellen. Auch die in der 2. Auflage aufgenommenen Formulierungen und Praxistipps für die frühe Phase der Urkundenvorbereitung zur Vermeidung von Fehlern und von damit einhergehenden Verzögerungen im Ablauf sind eine nützliche Ergänzung.

Abschließend lässt sich sagen: Wer eine kompakte, praxisorientierte und dabei gut zugängliche Arbeitshilfe sucht, sollte hier zuschlagen.

**Peter Limmer:**

## **Handbuch der Unternehmensumwandlung**

6. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2019. 1.748 S., 189 €

Von Notarassessor PD Dr. **Patrick Meier**, Friedberg

Das von *Peter Limmer* herausgegebene und in nicht unwesentlichen Teilen von ihm selbst bearbeitete Handbuch der Unternehmensumwandlung erscheint nun schon in der sechsten Auflage. Schon dies belegt seine erhebliche Praxisrelevanz, weil es andernfalls zu einer solchen Vielzahl an Neuauflagen nicht gekommen wäre. Im Umfang hat das Werk spürbar zugelegt; es umfasst nunmehr statt knapp 1.400 fast 1.800 Seiten und bietet daher noch mehr geballtes Wissen und in gewohnter Weise eine nahezu erschöpfende Menge an Mustern, Beispielen und Praxishinweisen. Neu hinzugekommen im Autorenteam ist als Vertreter der Wissenschaft *Ralf Knaier*, der *Achim Ahrend* in der aktuellen Auflage ersetzt.

Das Werk hat die bewährte Gliederung beibehalten und bietet daher dem erfahrenen Leser Konstanz, da er auch weiterhin die gesuchten Informationen an gewohnter Stelle auffinden kann. Doch auch bei erstmaligem Gebrauch findet sich der Nutzer schnell zurecht und kann nicht zuletzt durch das ausführliche Stichwortverzeichnis rasch alle sich stellenden Fragen klären. Als ausgesprochen positive Veränderung fällt ein drucktechnischer Aspekt auf. Die Neuauflage ist auf eine Zitierweise mit Fußnoten umgestellt worden, was den Lesefluss erheblich erleichtert und die Handhabbarkeit des Werkes spürbar erhöht. Als Anregung für die siebte Auflage dürfte es sich jedoch anbieten, die Autorennamen noch kursiv zu set-

zen, um hier einen leichteren Überblick zu ermöglichen. Zudem fällt die für ein Handbuch hervorragende Zitiertiefe auf, die wissenschaftlichen Ansprüchen genügt und durch die weiterführende Hinweise vermittelt werden. Sie ermöglicht es so, zuverlässig zu erkennen, wie gefestigt die jeweils dargestellte Auffassung ist. Auch dies dient dem Leser und unterstützt die Verwendbarkeit in der Praxis.

Sehr ausführlich werden auch dieses Mal die einzelnen Formen der Umwandlung besprochen und dargestellt. Weiterhin gelungen ist der Aufbau, der stets erst die allgemeinen Konzepte der Verschmelzung, Spaltung und des Formwechsels beleuchtet, bevor denkbare Einzelfälle im Detail erläutert werden. Dabei deckt *Limmer* regelmäßig alle denkbaren Konstellationen ab und schafft so ein für alle Interessierten unmittelbar verwendbares Werk, das dem mit der Problematik befassten Anwalt oder Notar schnell den Weg zur Lösung der konkreten Frage aufzeigt und ihm regelmäßig sogar ein direkt einsetzbares Formular zur Verfügung stellt, das vor allem aufgrund der beiliegenden CD sofort in einen eigenen Entwurf übernommen werden kann. Sehr zu loben ist ebenfalls die Darstellung der Umwandlung von Vereinen und Genossenschaften, die in anderen Werken mitunter etwas knapp behandelt wird. Trotz der geringeren Relevanz in der Praxis erweist es sich als eine große Erleichterung für den Anwalt oder Notar, wenn er auch

in diesen Gebieten auf gesichertes und leicht erreichbares Wissen zugreifen kann, falls er doch einmal an dieser Stelle beratend tätig wird.

Der größte Aufwuchs zur Voraufgabe lässt sich aber nicht in diesen klassischen Themen der Unternehmensumwandlung feststellen, sondern in dem von *Limmer* und *Knaier* zusammen verantworteten Teil zur grenzüberschreitenden Umwandlung von Gesellschaften. Die beiden Autoren arbeiten mit wissenschaftlichem Anspruch an dieser Stelle zunächst die Entwicklung und Grundlagen der europäischen Vorgaben und Regelungen heraus, ehe sie sich den hiermit einhergehenden Einzelfragen und -problemen stellen. Dabei wird auch in der gebotenen Kürze der Brexit gestreift und mögliche Gestaltungen für Gesellschaften nach englischem Recht erörtert. Zu Recht wird darauf verzichtet, dies allerdings übermäßig breit zu behandeln, da nach wie vor nicht abzuschätzen ist, wie relevant diese Fragen im Ergebnis tatsächlich werden. Der Abschnitt bespricht sämtliche wesentlichen Bereiche, überfrachtet das Werk zugleich aber nicht. In der Folge widmet sich die Befassung allen Formen der grenzüberschreitenden Umwandlung und stellt der Praxis zahlreiche nützliche Muster zur Verfügung. Dabei wird nicht einmal die Umwandlung von genuin europäischen Gesellschaften wie der SE und der EWIV ausgespart, sondern diese ebenfalls ausgiebig erläutert. Mag man gegen das Kapitel auch einwenden, dass grenzüberschreitende Formwechsel nicht zum täglichen Bedarf in erheblichen Teilen der Anwaltschaft und des Notariats zählen, so liegt doch darin gerade ein Wert dieses Werkes für große Teile der Beratungspraxis. Sieht sich der Rechtsanwender nämlich diesem eher außergewöhnlichen Fall gegenüber, ist es umso wichtiger, eine umsichtige und vollständige Darstellung der Probleme zu finden, weil es nicht selten an eigener Erfahrung mit der Thematik fehlen wird. Dem hieran zu stellenden Anspruch werden *Limmer* und *Knaier* vorbildlich gerecht und schaffen es, alle zentralen – und auch weniger zentralen, aber

im Einzelfall möglicherweise dennoch entscheidenden – Fragen zu beleuchten. Interessant sind insoweit auch die Ausführungen zur Sitzverlegung. Hat dies auf den ersten Blick mit dem Thema des Werks eigentlich nichts zu tun, zeigt sich auf den zweiten Blick, dass eine derartige Maßnahme jedenfalls bei einer Verlegung des Satzungssitzes einen Formwechsel nach sich zieht. Die Problematik ist damit der möglichen Umwandlung vorgelagert und deshalb richtig auch an dieser Stelle behandelt.

Einen wichtigen und oft übersehenen Beitrag leistet auch der von *Werner Tiedtke* verfasste Abschnitt über die kostenrechtliche Bewertung der Umwandlung. Diese in der Praxis nicht selten komplexe Problematik wird anschaulich und leicht zugänglich aufbereitet und bietet Notaren, Anwälten und Kassenangestellten einen direkten Zugriff auf das Thema, sodass die abschließende Rechnung um einiges einfacher und schneller erstellt werden kann.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass *Limmer* und seinem Autorenteam wieder einmal ein beeindruckendes Werk gelungen ist, das die Gesamtheit der Umwandlungen abbildet. Neben den allgemeinen Fragen und häufig auftretenden Konstellationen findet der Rechtsanwender auch zu zahlreichen Einzel- und Spezialfällen eine fundierte Darstellung, die über das Übliche hinausgeht und es ihm ermöglicht, die auftretenden Fälle sicher und zuverlässig zu lösen. Daher darf das Werk in keiner gut sortierten gesellschaftsrechtlichen Bibliothek fehlen. Der Kauf lohnt auch für diejenigen, die schon die fünfte Auflage zur Verfügung haben, da sich zahlreiche Erweiterungen und Neuheiten in der aktuellen Auflage finden, die dem Inhaber der Voraufgabe andernfalls entgehen. Das grundlegende Werk zur Unternehmensumwandlung bleibt damit der Klassiker, das es bislang schon war. Ihm seien noch viele Neuauflagen vergönnt!

## RECHTSPRECHUNG

### BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

#### 1. Auskunftspflicht des Erben bei Erstellung eines notariellen Nachlass- verzeichnisses

BGH, Beschluss vom 13.9.2018, I ZB 109/17 (Vorinstanz:  
OLG Köln, Beschluss vom 2.11.2017, 24 W 54/17)

BGB § 2314 Abs. 1  
ZPO § 888 Abs. 1

#### LEITSÄTZE:

1. Bei der Verpflichtung des Erben gegenüber dem nicht zum Erben berufenen Pflichtteilsberechtigten zur Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses durch Vorlage eines Verzeichnisses der Nachlassgegenstände gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt es sich um eine unvertretbare Handlung, die nach § 888 Abs. 1 ZPO zu vollstrecken ist. Dies gilt auch dann, wenn der Erbe zur Vorlage eines durch einen Notar aufgenommenen Verzeichnisses gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB verurteilt worden ist.
2. Ein schutzwürdiges Interesse an einer wiederholten Zwangsmittelfestsetzung ist nur gegeben, wenn das zuvor angeordnete Zwangsgeld entweder gezahlt oder vollstreckt ist.
3. Die Frage, ob der Auskunftsverpflichtete vor dem mit der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses beauftragten Notar persönlich zu erscheinen hat, lässt sich nicht allgemein beantworten. Der Umfang der Verpflichtung des Erben zur Mitwirkung an der Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses richtet sich danach, in welchem Umfang diese Mitwirkung für die ordnungsgemäße Aufnahme des Verzeichnisses erforderlich ist. Maßgeblich sind danach jeweils die Umstände des Einzelfalls.
4. Ist der Erbe beim Notar persönlich erschienen und hat er dabei Angaben zum Nachlass gemacht, hat er bei fehlendem weiteren Aufklärungsbedarf seiner Mitwirkungspflicht genügt und ist nicht verpflichtet, in einem für die förmliche Aufnahme des Nachlassverzeichnisses bestimmten Termin, bei dem der Auskunftsberechtigte anwesend ist, erneut zu erscheinen.

#### SACHVERHALT:

1 Die Gläubigerin ist die nichteheliche Tochter des am 24.6.2014 verstorbenen Erblassers. Die Schuldnerin ist dessen Witwe. Die Gläubigerin machte einen Pflichtteilsanspruch gegen die Schuldnerin als Vorerbin nach dem Erblasser geltend und erwirkte ein Urteil, mit dem

die Schuldnerin verurteilt wurde, der Gläubigerin Auskunft über den Bestand des Nachlasses des Erblassers zu erteilen durch Vorlage eines durch einen Notar aufgenommenen Bestandsverzeichnisses, bei dessen Aufnahme die Gläubigerin hinzugezogen wird.

2 Der von der Schuldnerin mit der Erstellung des Verzeichnisses beauftragte Notar erteilte mehrere Termine zur Aufnahme des Nachlassverzeichnisses an, zu denen jeweils beide Parteien geladen wurden. Die Schuldnerin suchte den Notar am 22.2.2017 gemeinsam mit ihrem Bevollmächtigten auf und legte ihm umfangreiche Unterlagen vor. Sie erschien jedoch weder an dem auf den 23.2.2017 noch an einem anderen vom Notar anberaumten Termin. Der Notar leitete der Gläubigerin und der Schuldnerin den Entwurf eines Nachlassverzeichnisses zu und gewährte ihnen eine Frist zur Stellungnahme von einem Monat bis zum 28.4.2017.

3 Auf Antrag der Gläubigerin hat das LG zur Erzwingung der Auskunftsverpflichtung mit Beschluss vom 13.4.2017 ein Zwangsgeld gegen die Schuldnerin i. H. v. 1.000 €, ersatzweise für je 200 € je einen Tag Zwangshaft, festgesetzt. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde der Schuldnerin hat das Beschwerdegericht mit Beschluss vom 2.6.2017 zurückgewiesen.

4 Die Gläubigerin hat mit Schriftsatz vom 15.5.2017 erneut die Festsetzung eines Zwangsgelds zur Erzwingung der titulierten Verpflichtung beantragt. Das LG hat gegen die Schuldnerin mit Beschluss vom 25.7.2017 ein weiteres Zwangsgeld von 2.000 €, ersatzweise für je 250 € je einen Tag Zwangshaft, festgesetzt.

5 Dagegen hat die Schuldnerin sofortige Beschwerde mit der Begründung eingelegt, der Notar habe vor Erlass des Zwangsgeldbeschlusses am 1.6.2017 ein notarielles Nachlassverzeichnis aufgenommen und der Gläubigerin am 17.6.2017 zugeleitet. Das Beschwerdegericht hat den Zwangsgeldbeschluss aufgehoben und den Antrag der Gläubigerin auf Festsetzung von Zwangsmitteln zurückgewiesen.

6 II. Das Beschwerdegericht hat die sofortige Beschwerde als begründet angesehen, weil die Voraussetzungen für die erneute Festsetzung von Zwangsmitteln im Sinne des § 888 ZPO gegen die Schuldnerin nicht vorlägen. Dazu hat es ausgeführt:

7 Die Verurteilung zur Auskunftserteilung sei nach § 888 Abs. 1 ZPO zu vollstrecken, auch wenn die Auskunftserteilung durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses zu erfolgen habe. Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen lägen vor. Die Schuldnerin habe jedoch die titulierte Verpflichtung durch Vorlage des notariellen Nachlassverzeichnisses vom 1.6.2017 inzwischen erfüllt. Dieses sei nicht bereits deshalb unzureichend, weil die zur Auskunft verpflichtete Schuldnerin bei keinem der von dem Notar anberaumten Termine persönlich anwesend gewesen sei, zu denen beide Parteien geladen worden seien.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

8 III. Die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO) und auch sonst zulässig (§ 575 ZPO). In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht hat den Vollstreckungsantrag der Gläubigerin mit Recht zurückgewiesen.

9 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Verurteilung des Erben zur Erteilung einer Auskunft über den Bestand des Nachlasses des Erblassers durch Vorlage eines durch einen Notar aufgenommenen Bestandsverzeichnisses, bei dessen Aufnahme der Gläubiger hinzugezogen wird, als Verurteilung zur Vornahme einer nicht ver-

vertretbaren Handlung gemäß § 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO durch Androhung von Zwangsmitteln zu vollstrecken ist.

**10 a)** Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so ist der Gläubiger gemäß § 887 Abs. 1 ZPO von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen. Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, nach § 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf Antrag von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu erkennen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft, oder durch Zwangshaft anzuhalten sei.

**11 b)** Ein Titel hat eine nicht vertretbare Handlung zum Inhalt, wenn der zu vollstreckende Anspruch zu einer Handlung verpflichtet, die nicht durch einen Dritten vorgenommen werden kann, sondern ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängig ist, jedoch nicht in der Abgabe einer Willenserklärung (§ 894 ZPO) besteht. Von einer nicht vertretbaren Handlung ist auch auszugehen, wenn ein Dritter lediglich Teile der Handlung vornehmen könnte (BGH, Beschluss vom 23.6.2016, I ZB 5/16, NJW 2016, 3536 Rdnr. 12 m. w. N.).

**12 c)** Bei der Verpflichtung des Erben gegenüber dem nicht zum Erben berufenen Pflichtteilsberechtigten zur Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses durch Vorlage eines Verzeichnisses der Nachlassgegenstände gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt es sich um eine unvertretbare Handlung, auch wenn der Erbe zur Vorlage eines durch einen Notar aufgenommenen Verzeichnisses gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB verurteilt worden ist.

**13 aa)** Bei der Erteilung der Auskunft über den Bestand des Nachlasses durch das nach § 260 BGB vorzulegende Verzeichnis der Nachlassgegenstände handelt es sich um eine unvertretbare Handlung im Sinne von § 888 ZPO (BGH, Urteil vom 10.7.1975, II ZR 154/72, NJW 1975, 1774, 1777, juris Rdnr. 30, insoweit in BGHZ 65, 79 nicht abgedruckt).

**14 bb)** Nichts anderes gilt für den Fall, dass das Verzeichnis der Nachlassgegenstände durch einen Notar aufgenommen wird. Dies verändert den Charakter der Erteilung der Auskunft als unvertretbare Handlung nicht. Zwar handelt es sich bei der für die Aufnahme eines notariellen Verzeichnisses erforderlichen Beauftragung des Notars um eine vertretbare Handlung. Für die Aufnahme des Verzeichnisses ist außerdem das Tätigwerden des beauftragten Notars erforderlich. Jedoch kann der Notar ohne Mitwirkung des Schuldners das Verzeichnis nicht aufnehmen. Er ist vielmehr darauf angewiesen, dass ihm der Schuldner die für die Aufnahme des Verzeichnisses erforderlichen Informationen übermittelt. Deshalb richtet sich die Vollstreckung der Verpflichtung zur Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses insgesamt nach § 888 ZPO (OLG München, NJW 1969, 436; OLG Frankfurt a. M., Rpfleger 1977, 184 f.; OLG Brandenburg, FamRZ 1998, 180; OLG Celle, DNotZ 2003, 62; OLG Nürnberg, FamRZ 2010, 584; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 28.1.2011, 5 W 312/10, juris Rdnr. 9; OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.2.2015, 19 W 67/14,

juris Rdnr. 4; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 22.7.2015, 3 W 59/15, juris Rdnr. 6; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2017, 524; Staudinger/Herzog, Neub. 2015, § 2314 Rdnr. 172 m. w. N.; für den Fall der Verurteilung zur Wertermittlung durch einen Sachverständigen gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB: BGH, Beschluss vom 3.12.2014, IV ZB 9/14, NJW 2015, 623 Rdnr. 67).

(...)

**21 4.** Das Beschwerdegericht ist zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Schuldnerin den titulierten Anspruch erfüllt hat.

**22 a)** Das Beschwerdegericht ist davon ausgegangen, dass im Rahmen der Zwangsvollstreckung zur Erzwingung vertretbarer und unvertretbarer Handlungen der Erfüllungseinwand des Schuldners zu beachten ist. Dies entspricht der Rechtsprechung des BGH (BGH, Beschluss vom 6.6.2013, I ZB 56/12, NJW-RR 2013, 1336 Rdnr. 9 m. w. N.). Dagegen wendet sich die Rechtsbeschwerde auch nicht.

**23 b)** Die Rechtsbeschwerde macht ohne Erfolg geltend, dem Erfüllungseinwand der Schuldnerin stehe bereits der Umstand entgegen, dass diese ausweislich des Vollstreckungstitels bei der Aufnahme des durch den Notar aufgenommenen Bestandsverzeichnisses hinzuzuziehen sei. Die Schuldnerin sei dieser ausgeurteilten Verpflichtung, bei der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses zu dem vom Notar bestimmten Termin am 3.5.2017 und am 1.6.2017 anwesend zu sein, jedoch nicht nachgekommen.

**24 aa)** Ausweislich des Vollstreckungstitels ist die Schuldnerin zur Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses des Erblassers durch Vorlage eines durch einen Notar aufgenommenen Bestandsverzeichnisses verurteilt worden, bei dessen Aufnahme „die Klägerin“, das heißt „die Gläubigerin“, hinzugezogen wird. Dieser Tenor tituliert den Anspruch des Pflichtteilsberechtigten, bei der Aufnahme des ihm nach § 260 BGB vorzulegenden Verzeichnisses der Nachlassgegenstände zuzuziehen zu werden (§ 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB). Der Vollstreckungstitel erfordert demgegenüber nicht, dass die Schuldnerin als Beklagte bei der Aufnahme des Verzeichnisses der Nachlassgegenstände zuzuziehen ist.

**25 bb)** Zwar heißt es in dem angefochtenen Beschluss des Beschwerdegerichts, dass die Schuldnerin verurteilt worden sei, Auskunft über den Bestand des Nachlasses des Erblassers durch Vorlage eines durch einen Notar aufgenommenen Bestandsverzeichnisses zu erteilen, bei dessen Aufnahme „die Schuldnerin“ hinzugezogen wird. Dabei handelt es sich angesichts der abweichenden Formulierung in dem Vollstreckungstitel jedoch um einen offensichtlichen und gemäß § 319 Abs. 1 ZPO berichtigungsfähigen Schreibfehler. Das LG hat in dem Beschluss vom 25.7.2017, mit dem es auf Antrag der Gläubigerin ein weiteres Zwangsgeld gegen die Schuldnerin festgesetzt hat, zutreffend wiedergegeben, dass ausweislich des Vollstreckungstitels die Klägerin des Ausgangsverfahrens, mithin die Gläubigerin und nicht die Schuldnerin, bei der Aufnahme des notariellen Verzeichnisses über den Bestand des Nachlasses des Erblassers hinzuzuziehen ist.

**26 c)** Das von der Schuldnerin vorgelegte notarielle Nachlassverzeichnis genügt den Anforderungen des § 2314 Abs. 1

Satz 3 BGB. Dem steht nicht entgegen, dass sie bei dessen Aufnahme am 1.6.2017 und bei dem von dem mit der Aufnahme beauftragten Notar anberaumten früheren Terminen, zu denen sie und die Gläubigerin beide geladen waren, nicht persönlich anwesend gewesen ist.

**27 aa)** Die Frage, ob die persönliche Anwesenheit des Auskunftspflichtigen bei der Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses erforderlich ist, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

**28 (1)** Nach einer Ansicht ist die persönliche Anwesenheit des Auskunftspflichtigen grundsätzlich erforderlich; eine Vertretung sei im Regelfall ausgeschlossen. Da der Notar den Pflichtigen zur Aufnahme eines ordnungsgemäßen Vermögensverzeichnisses ggf. zu belehren und Unklarheiten auszuräumen habe, müsse der Verpflichtete persönlich vor dem Notar erscheinen. Nur auf diese Weise könne sichergestellt werden, dass die erforderlichen Auskünfte vollständig und nach Rückfrage konkretisiert und zutreffend gegeben werden könnten (OLG Koblenz, ZEV 2007, 493; Herberger/Martinek/Rüßmann/Birkenheier, jurisPK-BGB, 8. Aufl., § 2314 Rdnr. 77; Palandt/Weidlich, 77. Aufl., § 2314 Rdnr. 7; BeckOK-BGB/Blum, Stand: 15.9.2017, § 2314 Rdnr. 30.1).

**29 (2)** Nach anderer Ansicht ist die titulierte Verpflichtung zur Vorlage eines notariell aufgenommenen Nachlassverzeichnisses in der Regel auch dann erfüllt, wenn der Notar sich nicht durch den Auskunftspflichtigen selbst, sondern durch einen Dritten über den Bestand des Nachlasses unterrichten lässt. Die persönliche Zuziehung des Auskunftspflichtigen sei kein allgemeiner Grundsatz (OLG Zweibrücken, ZErB 2015, 346, 347 f.). Häufig sei der Verpflichtete alters- oder krankheitsbedingt nicht in der Lage, die Auskunft persönlich zu erteilen, während eine Person seines Vertrauens dazu unschwer in der Lage sei. Es könne von einem Notar nicht verlangt werden, stets auch dann persönlich mit dem Auskunftspflichtigen zu verhandeln, wenn der Auskunftspflichtige zur Auskunftserteilung nicht in der Lage sei. Der Notar dürfe in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens bestimmen, wen er im Einzelfall als Auskunftsperson zuziehe. Habe er keinen Anlass, an der Richtigkeit der Auskunft dieser Person zu zweifeln, dürfe er diese in das Verzeichnis aufnehmen und seine Feststellungen in einer entsprechenden Urkunde niederlegen. Nur wenn er Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Information habe, müsse er die Aufnahme des Verzeichnisses ablehnen und den Auskunftsberechtigten entsprechend unterrichten (Sandkühler, RNotZ 2008, 33 f.; Burandt/Rojahn/G. Müller, Erbrecht, 2. Aufl., § 2314 BGB Rdnr. 38).

**30 bb)** Die Frage, ob der Auskunftspflichtige vor dem mit der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses beauftragten Notar persönlich zu erscheinen hat, lässt sich nicht allgemein beantworten. Der Umfang der Verpflichtung des Erben zur Mitwirkung an der Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses richtet sich danach, in welchem Umfang diese Mitwirkung für die ordnungsgemäße Aufnahme des Verzeichnisses erforderlich ist. Maßgeblich sind danach jeweils die Umstände des Einzelfalls.

**31 (1)** § 2314 BGB geht von der Lage aus, in der sich ein Pflichtteilsberechtigter befindet, der nicht Erbe ist. Weil dieser

weder Zugang zum Nachlass hat noch an ihm beteiligt ist, gewährt ihm die Bestimmung Auskunftsrechte, die so umfassend ausgestaltet sind, dass er sein Pflichtteilsrecht gleichwohl durchzusetzen vermag (BGH, Urteil vom 27.6.1973, IV ZR 50/72, BGHZ 61, 180, 183, juris Rdnr. 9). Gesetzgeberischer Zweck des § 2314 BGB ist es damit, dem Pflichtteilsberechtigten die notwendigen Kenntnisse zur Bemessung des Pflichtteilsanspruchs zu verschaffen. Außerdem soll mit der Bezugnahme auf § 260 BGB sichergestellt werden, dass der gesetzliche Auskunftsanspruch in einer klaren und übersichtlichen Form befriedigt wird (BGH, Urteil vom 2.11.1960, V ZR 124/59, BGHZ 33, 373, 374, juris Rdnr. 13).

**32 (2)** Ein notarielles Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB soll eine größere Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Auskunft als das Privatverzeichnis des Pflichtteilsbelasteten bieten. Dementsprechend muss der Notar den Bestand des Nachlasses selbst und eigenständig ermitteln und durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringen, dass er den Inhalt verantwortet (BGHZ 33, 373, 377). Der Notar ist in der Ausgestaltung des Verfahrens weitgehend frei. Er muss zunächst von den Angaben des Auskunftspflichtigen ausgehen. Allerdings darf er sich hierauf nicht beschränken, namentlich nicht lediglich eine Plausibilitätsprüfung durchführen, selbst wenn er den Erben über seine Pflicht belehrt hat, vollständige und wahrheitsgemäße Angaben zu machen. Vielmehr muss er den Nachlassbestand selbst ermitteln und feststellen. Dabei hat er diejenigen Nachforschungen anzustellen, die ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubigers für erforderlich halten würde (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 28.1.2011, 5 W 312/10, juris; OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2014, 2 W 495/13, juris; jeweils m. w. N.).

**33 (3)** Aus dem Wortlaut des § 2314 Abs. 1 BGB ergibt sich zwar keine Verpflichtung des Erben, vor dem mit der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses beauftragten Notar persönlich zu erscheinen. Allerdings wird der Notar im Regelfall für die Aufnahme des Nachlassverzeichnisses auf Angaben des Erben angewiesen sein. Hierfür muss der Notar den Erben grundsätzlich persönlich befragen und ihn dabei auf seine Pflicht zur Erteilung wahrheitsgemäßer und vollständiger Angaben hinweisen. Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der in § 2314 Abs. 1 BGB geregelten Auskunftspflicht. Ist der Erbe beim Notar persönlich erschienen und hat er dabei Angaben zum Nachlass gemacht, hat er bei fehlendem weiteren Aufklärungsbedarf seiner Mitwirkungspflicht genügt und ist nicht verpflichtet, in einem für die förmliche Aufnahme des Nachlassverzeichnisses bestimmten Termin, bei dem der Auskunftsberechtigte anwesend ist, erneut zu erscheinen. Besteht dagegen weiterer Aufklärungsbedarf, kann es erforderlich sein, dass der Auskunftspflichtige erneut persönlich vor dem Notar erscheint.

**34 (4)** Das Beschwerdegericht ist von diesen Grundsätzen ausgegangen und hat zu Recht angenommen, dass es im Streitfall der Anwesenheit der Schuldnerin in einem der anberaumten Termine zur Aufnahme des Nachlassverzeichnisses nicht bedurfte.

**35** Das Beschwerdegericht hat angenommen, dem beauftragten Notar sei es gelungen, auf der Grundlage der ihm vor-

gelegten Unterlagen sowie umfangreicher eigener Ermittlungen den Nachlassbestand festzustellen und noch offene Fragen zu einem Depot-Konto zu klären. Es sei weder dargelegt noch sonst ersichtlich, dass die unterbliebene persönliche Teilnahme der Schuldnerin an dem Termin, in dem letztlich die Aufnahme des Nachlassverzeichnisses erfolgt sei, sich nachteilig auf die inhaltliche Richtigkeit des Verzeichnisses ausgewirkt haben könnte. Diese Beurteilung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

**36** Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts hat sich die Schuldnerin am 22.2.2017 zum Notar begeben und gemeinsam mit ihrem anwaltlichen Vertreter dem Notar Informationen gegeben und Unterlagen überreicht, die dieser bei der Aufnahme des Vermögensverzeichnisses verwendet hat. Bei dieser Gelegenheit konnte der Notar mit der Schuldnerin persönlich über den Inhalt des aufzunehmenden Nachlassverzeichnisses sprechen und offene Fragen ansprechen. Jedenfalls in einem Fall wie dem Streitfall, bei dem es einen persönlichen Kontakt zwischen dem Auskunftspflichtigen und dem Notar gegeben hat, ist der Erbe nicht verpflichtet, zu dem Termin zur förmlichen Aufnahme des Nachlassverzeichnisses erneut vor dem Notar zu erscheinen, wenn es keinen weiteren Aufklärungsbedarf gibt.

**37** (5) Die Rechtsbeschwerde macht demgegenüber ohne Erfolg geltend, nachdem die Schuldnerin den Notar aufgesucht und erste Auskünfte erteilt habe, seien weitere Ermittlungen des Notars bei der depotführenden Bank erforderlich gewesen, die die Erstellung des Nachlassverzeichnisses erheblich verzögert hätten. Eine verzögerte oder unvollständige Unterrichtung des mit der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses beauftragten Notars, die Anlass für weitere Nachforschungen bietet, mag die Festsetzung eines Zwangsgelds gegen den auskunftspflichtigen Erben rechtfertigen. Im Streitfall waren die Ermittlungen des beauftragten Notars im Zeitpunkt der Entscheidung des LG vom 25.7.2017 über den zweiten Zwangsgeldantrag der Gläubigerin vom 15.5.2017 abgeschlossen und das notarielle Nachlassverzeichnis bereits aufgestellt. Die Rechtsbeschwerde macht nicht geltend, das notarielle Nachlassverzeichnis sei aus anderen Gründen ungeeignet, die aus der Verurteilung der Schuldnerin resultierende Auskunftspflicht zu erfüllen. Bei einer solchen Sachlage scheidet eine Zwangsgeldfestsetzung aus.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar **Stefan Braun**, LL.M. (London),  
Maître en droit (Paris), Erlangen

Schon wieder eine Entscheidung zum notariellen Nachlassverzeichnis! Nach dem BVerfG und diversen Oberlandesgerichten war diesmal der BGH an der Reihe.<sup>1</sup> Obwohl sie

1 Zuletzt etwa BVerfG, Beschluss vom 25.4.2016, 1 BvR 2423/14, MittBayNot 2017, 400; BGH, Urteil vom 30.10.2018, IV ZR 313/17, DNotZ 2019, 207, 210; OLG Hamburg, Urteil vom 28.9.2016, 2 U29/15, MittBayNot 2018, 357; OLG Bamberg, Beschluss vom 16.6.2016, 4 W 42/16, MittBayNot 2017, 169, jeweils m. Anm. S. Braun; OLG München, Beschluss vom 23.2.2016, 3 W 264/16, ZEV 2016, 331; OLG Schleswig, Urteil vom 5.5.2015, 3 U 998/14, MittBayNot, 2016, 533; OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2014, 2 W 495/13, NJW 2014, 1972 f.

sicher keine bahnbrechenden Neuerungen enthält, lohnt sich ein näherer Blick auf die vorliegende Entscheidung. Dies gilt aus notarieller Sicht weniger für den vollstreckungsrechtlichen Aspekt (Auskunftserteilung als nach § 888 Abs. 1 ZPO zu vollstreckende unvertretbare Handlung), dafür aber umso mehr für die in der Entscheidung angesprochenen Verfahrensfragen. Es handelt sich hierbei um zwei für die Praxis gleichermaßen bedeutende Themenfelder: Zum einen geht es um die Rolle des Erben im Rahmen der Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses, zum anderen um die Rolle des mit der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses betrauten Notars.

### 1. Mitwirkungspflicht des Erben

Angesichts dessen, dass in Rechtsprechung<sup>2</sup> und Literatur<sup>3</sup> allenthalben betont wird, der Notar habe den Bestand des Nachlasses selbst zu ermitteln, gerät bisweilen aus dem Fokus, dass es auch beim notariellen Verzeichnis der Erbe (und nicht der Notar!) ist, der die Auskunft schuldet. Zu Recht hält der BGH daher fest, dass der Notar darauf angewiesen ist, „dass ihm der Schuldner die für die Aufnahme des Verzeichnisses nötigen Informationen übermittelt“.<sup>4</sup> Ohne Mitwirkung des Auskunftspflichtigen kann der Notar das Verzeichnis nämlich nicht erstellen. Dies bedeutet für die notarielle Praxis, dass sich ein zur Auskunftserteilung verpflichteter Erbe nicht damit begnügen darf, lediglich den Notar zu beauftragen, und sich im weiteren Verlauf, wenn es darum geht, Unterlagen und Informationen (auch von Dritten, etwa Banken) zu beschaffen, vornehm zurückzuhalten oder gar bei entsprechenden Nachfragen zu „mauern“ und Wesentliches zu verschweigen. Vielmehr ist der Erbe verpflichtet, dem Notar wahrheitsgemäße und vollständige Angaben zu allen Aspekten zukommen zu lassen, die der Notar im Rahmen der Verzeichniserstellung für aufklärungsbedürftig hält. Dies setzt auch der BGH voraus, wenn er davon ausgeht, der Notar habe den Erben auf „seine Pflicht zu Erteilung wahrheitsgemäßer und vollständiger Angaben“<sup>5</sup> hinzuweisen. Sofern und solange er berechtigte Zweifel daran hat, dass der Erbe diese Mitwirkungsverpflichtung ordnungsgemäß erfüllt hat, kann und sollte der Notar entsprechend der vom BGH referierten Literaturmeinung<sup>6</sup> verfahren und die Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses bis auf Weiteres ablehnen.

Aufgrund seiner Mitwirkungspflicht hat der Erbe insbesondere, zumindest wenn dies der Notar – wie in der Praxis meist die Regel – für erforderlich hält, persönlich vor dem Notar zu erscheinen und Angaben zum Nachlass zu machen. Dies braucht nach Auffassung des BGH allerdings nicht zwingend in einem förmlichen Termin zur Aufnahme

2 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 25.4.2016, 1 BvR 2423/14, MittBayNot 2017, 400; BGH, Urteil vom 30.10.2018, IV ZR 313/17, DNotZ 2019, 207, 210; OLG Schleswig, Urteil vom 25.1.2011, 3 U 36/10, NJW 2011, 946, jeweils m. w. N.

3 Vgl. etwa jüngst Horn, ZEV 2018, 376 m. w. N.

4 Rdnr. 14 der besprochenen Entscheidung.

5 Rdnr. 33 der besprochenen Entscheidung.

6 Sandkühler, RNotZ 2008, 33 f.; Burandt/Rojahn/G. Müller, ErbR, 2. Aufl. 2014, § 2314 BGB Rdnr. 38.

des Verzeichnisses zu geschehen. Allerdings kann es nach Auffassung des BGH durchaus erforderlich sein, dass der Erbe erneut persönlich vor dem Notar erscheint, sofern der Notar nach einem ersten persönlichen Gespräch mit dem Erben noch weiteren Aufklärungsbedarf sieht. Dies dürfte insbesondere in den Fällen gelten, in denen der Notar sich durch die Anwesenheit des Erben bei einem förmlichen Termin und die Möglichkeit zur Rückfrage (und womöglich auch durch eine Konfrontation mit dem Pflichtteilsberechtigten) eine weitere Klärung verspricht.<sup>7</sup>

## 2. Gestaltung des Verfahrens durch den Notar

Hinsichtlich der Rolle des Notars bestätigt der BGH die ganz herrschende Auffassung: Danach ist der Notar einerseits zu einer eigenständigen Ermittlung des Nachlasses berechtigt und verpflichtet; andererseits ist ein mit der Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses betrauter Notar in der Gestaltung des hierzu notwendigen Verfahrens weitgehend frei. Der Notar habe, so die einzige Vorgabe des BGH, „diejenigen Nachforschungen anzustellen, die ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubigers für erforderlich halten würde“.<sup>8</sup> Einen von den Umständen des Einzelfalles gelösten (abschließenden) Katalog von stets durchzuführenden Ermittlungshandlungen gibt es somit nicht.<sup>9</sup> Zutreffend hat *Damm* die Freiheit des Notars in der Verfahrensgestaltung als „Fluch und Segen zugleich“ bezeichnet.<sup>10</sup> Zwar ist es in der Praxis hilfreich, das Verfahren zur Ermittlung des Nachlasses nicht als Selbstzweck, sondern entsprechend des für ein inhaltlich richtiges Verzeichnis tatsächlich Erforderlichen gestalten zu können. Ermittlungen, von denen nicht ersichtlich ist, dass ihr Unterbleiben „sich nachteilig auf die inhaltliche Richtigkeit des Verzeichnisses ausgewirkt haben könnte“,<sup>11</sup> braucht der Notar nicht vorzunehmen. Etwas weniger kompliziert formuliert: Was nichts bringt, muss man auch nicht machen. Er muss somit nicht jedem ins Blaue hinein geäußerten Verdacht, es müsse noch weiterer (fiktiver) Nachlass vorhanden sein, nachgehen.

Allerdings besteht stets ein gewisses Risiko, dass der Auskunftsberechtigte und womöglich auch mit dem Sachverhalt befasste Gerichte eine andere Bewertung dessen vornehmen könnten, was ein objektiver Dritter im konkreten Fall für erforderlich halten dürfte. Aus diesem Grund empfiehlt es sich im Zweifel, den Auskunftsberechtigten frühzeitig am Verfahren zur Aufnahme des Nachlassverzeichnisses zu beteiligen und ihm so Gelegenheit zu geben, aus seiner Sicht gebotene Ermittlungsansätze mitzuteilen. Eine Pflicht zur Hinzuziehung des Auskunftsberechtigten in allen Phasen des Verfahrens besteht freilich nicht.<sup>12</sup> Ferner ist es – wie auch im vorliegenden Fall geschehen – in der Regel ratsam, vor der Aufnahme des eigentlichen Verzeichnisses sowohl dem Auskunftsverpflichteten als auch dem Aus-

kunftsberechtigten einen Entwurf des Nachlassverzeichnisses mit Frist zur Stellungnahme zu übermitteln.<sup>13</sup> Wenn hierbei die bislang vorgenommenen Ermittlungstätigkeiten dokumentiert werden<sup>14</sup> und der Auskunftsberechtigte daraufhin nicht neue konkrete Anhaltspunkte dafür benennt, dass neue Ermittlungen zusätzliche Nachlasspositionen zutage fördern könnten, dürfte ein späterer Einwand, das Verfahren sei nicht geeignet gewesen, kaum mehr in Betracht kommen.<sup>15</sup>

- 13 S. *Braun*, MittBayNot 2018, 361, 363; *Damm*, notar 2019, 60, 61.
- 14 Zur Dokumentation der notariellen Ermittlungen im Verzeichnis selbst vgl. näher *Damm*, notar 2016, 437, 438; S. *Braun*, MittBayNot 2017, 401, 402.
- 15 Vgl. auch *Weidlich*, ZEV 2019, 84, 85, der eine Pflicht des Auskunftsberechtigten zur Konkretisierung seines Auskunftsbedarfs annimmt.

## 2. Bedeutung einer „Allgemeinen Baubeschreibung“ in der Baugenehmigung für den ordnungsgemäßen Erstzustand

BGH, Urteil vom 20.7.2018, V ZR 56/17 (Vorinstanz: LG Frankfurt/Oder, Urteil vom 30.1.2017, 16 S 170/15)

BGB §§ 242, 1004 Abs. 1

WEG § 14 Nr. 1, § 15 Abs. 3, § 22 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2

### LEITSÄTZE:

1. **Zur nachträglichen Anbringung von Verschattungsanlagen durch Wohnungseigentümer.**
2. **Eine zustimmungspflichtige bauliche Veränderung liegt nicht vor, wenn die Maßnahme der erstmaligen plangerechten Herrichtung des Gemeinschaftseigentums dient. Dazu gehört auch die Erfüllung öffentlichrechtlicher Anforderungen an das gemeinschaftliche Eigentum. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Über das im Bauträgervertrag konkret vereinbarte Bausoll hinausgehende Ausführungen sind dann durchzuführen, wenn diese Merkmale baurechtlich vorgeschrieben sind, weil es zum Pflichtenprogramm des Werkunternehmers gehört, die einschlägigen öffentlichrechtlichen Vorschriften einzuhalten. Ein bloßer Hinweis auf eine bereits erteilte Baugenehmigung nimmt nicht sämtliche darin aufgeführte Ausstattungsmerkmale in die Verpflichtung des Bauträgers auf. (Leitsatz der Schriftleitung)**

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2018, 831.

<sup>7</sup> Vgl. *Weidlich*, ZEV 2019, 84, 85.

<sup>8</sup> Rdnr. 32 der besprochenen Entscheidung.

<sup>9</sup> Vgl. auch OLG Hamburg, Urteil vom 28.9.2016, 2 U29/15, MittBayNot 2018, 357.

<sup>10</sup> *Damm*, notar 2019, 60, 61.

<sup>11</sup> Rdnr 35 der besprochenen Entscheidung.

<sup>12</sup> Vgl. *Weidlich*, ZEV 2019, 84, 85.

### 3. Vorrang der ehrenamtlichen Betreuung

BGH, Beschluss vom 11.7.2018, XII ZB 642/17 (Vorinstanz: LG Bielefeld, Beschluss vom 29.9.2017, 23 T 474/17)

BGB § 1897 Abs. 4 und 6, § 1908b Abs. 1 Satz 3

#### LEITSATZ:

**Der Gesetzgeber hat der ehrenamtlichen Betreuung bewusst den Vorrang vor der beruflich geführten Betreuung gegeben. Das Betreuungsgericht hat diesen Vorrang deshalb auch gegenüber dem Vorschlag des Betroffenen, einen bestimmten Berufsbetreuer zu bestellen, zu beachten.**

### 4. Öffentliche Urkunde bei maschinell gedrucktem Dienstsiegel

OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.7.2018, 12 W 1178/18

ZPO § 415 Abs. 1

#### LEITSÄTZE:

1. **Das auf dem Erbschein maschinell aufgedruckte Dienstsiegel durch EDV steht einem Nachweis der Rechtsnachfolge durch öffentliche Urkunden im Sinne des § 415 Abs. 1 ZPO nicht entgegen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **§ 12 Abs. 1 Satz 4 HGB fordert den Nachweis der Rechtsnachfolge nur „soweit tunlich“ durch öffentliche Urkunden. Eine entsprechende positive Kenntnis – und damit die Untunlichkeit diesbezüglich zu führender weitergehender Nachweise – kann sich etwa daraus ergeben, dass siegelführende und siegelprüfende Behörde zwei Abteilungen desselben Gerichts sind, sodass Echtheit und Ordnungsmäßigkeit des maschinell gesiegelten Schriftstücks gerichtsbekannt sind. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

1 I. 1. Die Beteiligte zu 1, eine Kommanditgesellschaft, ist im Handelsregister des AG Amberg unter HRA (...) eingetragen. Persönlich haftende Gesellschafterin ist die (im Handelsregister des AG Amberg unter HRB [...] eingetragene) Beteiligte zu 2. Als Kommanditisten im Handelsregister eingetragen sind Herr J H mit einer Einlage von 7.700 €, der Beteiligte zu 5 mit einer Einlage von 69.300 € und die (im Handelsregister des AG Amberg unter HRA [...] eingetragene) Beteiligte zu 6 mit einer Einlage von 77.000 €.

2 2. Mit Urkunde des verfahrensbevollmächtigten Notars vom 28.5.2018 wurde hinsichtlich der Beteiligten zu 1 eine Änderung der Kommanditverhältnisse zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Der Kommanditist J H sei verstorben, somit durch Tod aus der Gesellschaft ausgeschieden. Seine Kommanditeinlage von 7.700 € sei durch Erbfolge auf seine Erben übergegangen. Erben seien zu jeweils ½ die Beteiligte zu 3 und die Beteiligte zu 4; diese seien im Wege der Sondererbfolge jeweils mit einer Kommanditeinlage von 3.850 € als neue Kommanditisten eingetreten.

3 Im Wege der Sonderrechtsnachfolge hätten die Beteiligten zu 3 und zu 4 ihre ererbten Kommanditbeteiligungen sodann jeweils vollstän-

dig auf den Beteiligten zu 5 übertragen, wodurch sie wieder aus der Gesellschaft ausgeschieden seien und sich die Kommanditeinlage des Beteiligten zu 5 von bisher 69.300 € auf 77.000 € erhöht habe.

4 Diese notarielle Urkunde war von den Beteiligten zu 3, zu 4 und zu 5 sowie von den Geschäftsführern der Beteiligten zu 2 und zu 6 – mithin von sämtlichen Gesellschaftern der Beteiligten zu 1 – unterzeichnet. Als Nachweis der Erbfolge nach dem verstorbenen Kommanditisten J H war eine Ausfertigung eines Erbscheins des AG Schwandorf, Zweigstelle Oberviechtach beigelegt. Diese Ausfertigung war unter dem Unterschriftenfeld mit einem maschinell mittels EDV erzeugten kreisrunden Dienstsiegel im Durchmesser von 35 mm mit großem Staatswappen und der Umschrift „Bayern AG“ versehen.

5 3. Mit Zwischenverfügung vom 12.6.2018 hat das AG – Registergericht – Amberg beanstandet, dass die Anmeldung nicht vollzogen werden könne, da das maschinell erzeugte Siegel auf dem Erbschein kein individuelles Präge- bzw. Farbdruksiegel sei und der vorgelegte Erbschein deshalb zum Nachweis der Erbfolge nicht ausreiche; zugleich hat es eine Frist von vier Wochen zur Behebung des Mangels gesetzt.

6 Gegen diese Zwischenverfügung hat der verfahrensbevollmächtigte Notar mit am 18.6.2018 beim Registergericht eingegangenen Schreiben „namens der Beteiligten“ Beschwerde eingelegt, der das Registergericht mit Beschluss vom 20.6.2018 nicht abgeholfen hat.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. Die zulässige Beschwerde führt in der Sache zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung.

(...)

13 3. Die Beschwerde führt in der Sache zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung. Entgegen der Rechtsauffassung des AG steht das auf dem vorgelegten Erbschein maschinell aufgedruckte Dienstsiegel einem Nachweis der Rechtsnachfolge durch öffentliche Urkunden gemäß § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB nicht entgegen.

14 a) Bei einer Kommanditgesellschaft sind u. a. die Bezeichnung der Kommanditisten und der Betrag deren Kommanditeinlage zum Handelsregister anzumelden, § 162 Abs. 1 Satz 1 HGB. Dies gilt insbesondere bei Veränderungen des Kommanditistenbestandes (vgl. § 162 Abs. 3 HGB). Soweit solche Veränderungen aufgrund Rechtsnachfolge erfolgt sind, ist diese, soweit tunlich, durch öffentliche Urkunden (§ 415 ZPO) nachzuweisen, § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB. Grundsätzlich ist deshalb ein Erbschein (§ 2353 BGB) zum Nachweis der Rechtsnachfolge genügend.

15 Da die Urschrift des Erbscheins in den Nachlassakten und damit in Verwahrung des Nachlassgerichts verbleibt, reicht für das Registerverfahren die Vorlage einer Ausfertigung desselben. Eine derartige Ausfertigung ist nach allgemeiner Ansicht mit einem Dienstsiegel zu versehen (vgl. § 49 Abs. 2 Satz 2 BeurkG, Art. 16 Abs. 1 BayAGGVG).

16 Regelmäßig ist ein Dienstsiegel entweder als Farbdruksiegel, als Prägesiegel, als Lacksiegel (Pestschaft) oder auch als Klebesiegel (Siegelmarke) gestaltet (vgl. § 39 BeurkG, § 2 Abs. 1 DONot, § 8 Abs. 1 und 3 AVWpG vom 22.12.1998 [GVBl. 1999, S. 29; BayRS 1130-2-2-I]). Das für die Fertigung von Siegeln mit bayerischen Hoheitszeichen zuständige Bayerische Hauptmünzamt weist daneben als weitere Siegelart auch das „Digitalisierte Siegel“ aus (vgl. [https://hauptmuenzamt.bayern/wp-content/uploads/2018/02/3.siegelarten\\_](https://hauptmuenzamt.bayern/wp-content/uploads/2018/02/3.siegelarten_)

2013.pdf). Bei dieser Art der Siegelung wird eine elektronische Siegeldatei in Reinschrift wiedergegeben und zusammen mit dem zu siegelnden Dokument ausgedruckt.

**17 b)** Die verfahrensgegenständliche Anmeldung genügt hinsichtlich des hierbei vorgelegten Erbscheins in Bezug auf das darauf angebrachte Dienstsiegel den formellen Erfordernissen.

**18** Das Registergericht kann zwar im Rahmen des ihm zukommenden formellen Prüfungsrechts das Vorliegen eines ordnungsgemäßen Dienstsiegels prüfen; allerdings führt diese Prüfung im Streitfall nicht zu dem Ergebnis, dass das auf dem vorgelegten Erbschein maschinell aufgedruckte Dienstsiegel einem Nachweis der Rechtsnachfolge entgegensteht.

**19 aa)** Zwar hat die Rechtsprechung, worauf das Registergericht zu Recht hinweist, den lediglich drucktechnisch maschinell erzeugten Ausdruck eines Dienstsiegels als nicht den im Grundbuchverfahren nach § 29 Abs. 3 Satz 1 GBO geltenden Formanforderungen genügend bewertet; insoweit sei vielmehr eine individuelle Siegelung mit einem Prägesiegel oder einem Farbdruckstempel erforderlich (OLG München, FGPrax 2016, 152 sowie nachfolgend BGH, Beschluss vom 14.12.2016, V ZB 88/16, FGPrax 2017, 56; vgl. OLG München, NJW-RR 2017, 265).

**20 bb)** Das Registergericht hat jedoch nicht berücksichtigt, dass – als Reaktion auf die vorgenannte Rechtsprechung – der Gesetzgeber mit Art. 8 des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren vom 28.4.2017 (BGBl. 2017 Teil I, S. 969, 978), § 29 Abs. 3 Satz 2 GBO eingefügt hat, nach dem „anstelle der Siegelung (...) maschinell ein Abdruck des Dienstsiegels eingedruckt oder aufgedruckt werden“ kann. In der Gesetzesbegründung ist hierzu ausgeführt, dass es modernen Organisationsabläufen widerspräche, wenn in Verfahren, in denen die Schriftguterstellung teilweise automatisiert erfolgt, für Grundbuchzwecke zwingend eine manuelle Siegelung erforderlich wäre. Obwohl die Richtigkeit des Grundbuchs und damit die Sicherheit des grundbuchbezogenen Rechtsverkehrs als geschützte Rechtsgüter keine Absenkung des Echtheitsnachweises zuließen und obwohl die Siegelung als besondere Form der Echtheitsbeglaubigung gerade die Verlässlichkeit des Dokuments und die Gewähr für die Ordnungsgemäßheit der darin verlautbarten Behördenerklärung erhöhen solle, solle das Aufdrucken eines Siegels in dem Prozess der Herstellung des amtlichen Dokuments dann zulässig sein, wenn die Risiken einer Fälschung und des unbefugten Zugriffs nicht größer seien als bei manueller Siegelung. Diesen besonderen Sicherheitserfordernissen sei durch Gestaltung des Organisationsablaufs Rechnung zu tragen, insbesondere, indem der Fachanwender nur dann Zugriff auf die Siegeldatei erhalte, wenn er sich im System anmelde oder über ein Passwort legitimiere (BT-Drucks. 18/11437 vom 8.3.2017, S. 46-47).

**21 cc)** Zudem hat der Bundesgesetzgeber auch in anderen Rechtsbereichen eine maschinelle Siegelung mittels eines drucktechnisch erzeugten Abdrucks des Dienstsiegels ausdrücklich zugelassen, so in § 703b Abs. 1 ZPO (für das gerichtliche Mahnverfahren), in § 169 Abs. 3 ZPO (für die Beglau-

bigung einer Abschrift), in § 258 Abs. 1 und 2 FamFG (für das vereinfachte Verfahren über den Unterhalt Minderjähriger), in § 37 Abs. 3 SchRegO (für Eintragungsersuchen im Schiffsregister), in § 30a Abs. 3 HRV (für den amtlichen Ausdruck aus dem Handelsregister), in § 32 Abs. 2 VRV (für den amtlichen Ausdruck aus dem maschinell geführten Vereinsregister) oder in § 78 Abs. 2 GBV (für den Ausdruck aus dem maschinell geführten Grundbuch), obwohl die jeweiligen Dokumente ebenfalls besonderen Sicherheitserfordernissen genügen müssen.

**22 dd)** Auch der bayerische Landesgesetzgeber lässt eine maschinelle Siegelung zu. § 8 Abs. 4 AVWpG ordnet – insbesondere auch für das Dienstsiegel der bayerischen AG (vgl. § 1 Nr. 3, § 4 AVWpG) – explizit an:

„Für die Siegelung von Schriftstücken, die mit Hilfe drucktechnischer oder elektronischer Einrichtungen erstellt werden, kann ein Abdruck des Dienstsiegels maschinell eingedruckt sein oder aufgedruckt werden“.

Entsprechendes gilt nach der bay. NHGV vom 21.1.2000 (GVBl. 2000, S. 54; BayRS 2020-5-1-J) für die von kommunalen Gebietskörperschaften geführten Dienstsiegel (§ 6 Abs. 4 Satz 3 NHGV).

**23** Auch die von der Bayerischen Staatsregierung erlassene AGO vom 12.12.2000 (GVBl. 2000, S. 873; BayRS 200-21-I) bestimmt in § 25 Abs. 1, dass elektronisch hergestellte Dokumente gemäß § 8 Abs. 4 AVWpG auch mit maschinell oder elektronisch erzeugbaren Siegelabdrucken versehen werden können.

**24** Der Senat verkennt dabei nicht, dass die genannten landesrechtlichen Vorschriften wegen ihres eingeschränkten Anwendungsbereichs für das zutreffende Verständnis des § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB, § 49 Abs. 2 Satz 2 BeurkG nicht herangezogen werden können (vgl. BGH, Beschluss vom 14.12.2016, V ZB 88/16, FGPrax 2017, 56, Rdnr. 13 bei juris), die AGO als reine Verwaltungsvorschrift die Gerichte zudem nicht bindet.

**25 ee)** Die Siegelung bezweckt, dass durch die Beifügung des amtlichen Siegels die Herstellung der Ausfertigung „unter amtlicher Auktorität“ nachgewiesen wird; die Siegelung als besondere Form der Echtheitsbeglaubigung soll somit die Verlässlichkeit des Dokuments und die Gewähr für die Ordnungsmäßigkeit der darin verlautbarten Behördenerklärung erhöhen (vgl. OLG München, FGPrax 2016, 152, Rdnr. 28 bei juris). Ein mit Hilfe drucktechnischer oder elektronischer Einrichtungen erstellter, maschinell aufgedruckter Abdruck des Dienstsiegels kann allerdings grundsätzlich nicht als fälschungs- oder missbrauchssicher bewertet werden.

**26** Gleichwohl hält der Senat in analoger Anwendung der vorgenannten Vorschriften auch im registergerichtlichen Eintragungsverfahren den Umstand, dass sich auf einem Erbschein „lediglich“ ein maschinell aufgedrucktes Dienstsiegel befindet, nicht für den Nachweis der Rechtsnachfolge ausschließend; vielmehr erachtet er ein derartiges Siegel grundsätzlich für geeignet. Bei der Erteilung von Ausfertigungen eines Erbscheins durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eines bayerischen AG – das gilt auch für eine Zweigstelle – wird gerichts-bekannt den bestehenden Sicherheitserfordernissen durch die Gestaltung des Organisationsablaufs dadurch hinreichend

Rechnung getragen, dass der Urkundsbeamte nur dann Zugriff auf die Siegeldatei erhält, wenn er sich hierzu im dienstlichen, gegen unbefugten Zugriff besonders gesicherten EDV-System anmeldet und sich hierbei über ein Passwort zu legitimieren hat.

**27 ff)** Die Gestaltung des im Streitfall aufgedruckten Dienstsiegels, das lediglich die Umschrift „Bayern AG“, nicht aber die Angabe des Behördensitzes aufweist, wurde vom Registergericht nicht beanstandet. Insoweit könnte indes zweifelhaft erscheinen, ob diese Angabe den inhaltlichen Anforderungen an die Bezeichnung der siegelführenden Behörde gemäß § 6 Abs. 1 AVWpG genügt, die grundsätzlich auch die Angabe des Behördensitzes erfordert (vgl. BGH, Beschluss vom 14.12.2016, V ZB 88/16, FGPrax 2017, 56, Rdnr. 29 bei juris).

**28** Nach der – auf Grundlage der Ermächtigung in § 6 Abs. 3 AVWpG ergangenen – Ausnahmegenehmigung des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren vom 23.1.1975, IA 1-87/4, dürfen in Fällen, in denen mit Dienstsiegeln zu versehenende Schriftstücke durch eine EDV-Anlage erstellt werden, Dienstsiegel ohne Ortsangabe verwendet werden (...). Die Gestaltung des Dienstsiegels begegnet deshalb keinen Bedenken.

**29 c)** Da mithin die Siegelung des Erbscheins ordnungsgemäß ist, stellt sich die Frage, inwieweit eine nicht ordnungsgemäße Siegelung Wirksamkeitsvoraussetzung des Erbscheins wäre, nicht (vgl. hierzu OLG München, FGPrax 2017, 12, Rdnr. 21 bei juris).

**30 d)** Auch aus einem anderen Grund erweist sich die angefochtene Zwischenverfügung als im Ergebnis unzutreffend.

**31** Hat das Registergericht von der Echtheit und Ordnungsmäßigkeit des in Übereinstimmung mit landesrechtlichen Bestimmungen (§ 8 Abs. 4 AVWpG) drucktechnisch gesiegelten Schriftstücks positive Kenntnis, so erfordern Sinn und Zweck der Formvorschrift (§ 49 Abs. 2 Satz 2 BeurkG, Art. 16 Abs. 1 bayAGGVG) keine erhöhten Qualitätsanforderungen an das Siegel (OLG München, NJW-RR 2017, 265, Rdnr. 18 bei juris). Entsprechend fordert § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB den Nachweis der Rechtsnachfolge nur „soweit tunlich“ durch öffentliche Urkunden. Eine entsprechende positive Kenntnis – und damit die Untunlichkeit diesbezüglich zu führender weitergehender Nachweise – kann sich etwa daraus ergeben, dass siegelführende und siegelprüfende Behörde zwei Abteilungen desselben Gerichts sind, sodass Echtheit und Ordnungsmäßigkeit des maschinell gesiegelten Schriftstücks gerichtsbekannt sind.

**32** Da das Beschwerdegericht als volle zweite Tatsacheninstanz zu entscheiden und im Beschwerdeverfahren neues Vorbringen und neue Erkenntnisse zu berücksichtigen hat (Zöller/Feskorn, ZPO, 32. Aufl., § 65 FamFG Rdnr. 7), kann sich eine entsprechende positive Kenntnis auch erst in der Beschwerdeinstanz herausstellen.

**33** Im Streitfall hat der Senat gemäß § 26 FamFG die Nachlassakten hinsichtlich des verstorbenen Kommanditisten J H beigezogen. In diesen Akten befindet sich die Urschrift des Erbscheins vom 2.7.2008, dessen maschinell gesiegelte Ausfertigung mit dem Eintragungsantrag vorgelegt worden war.

**34** Damit steht auch aus diesem Grund im Beschwerdeverfahren die Echtheit und Ordnungsmäßigkeit dieser Ausfertigung zweifelsfrei fest. Auch deshalb kann – jedenfalls nunmehr – das mit der Zwischenverfügung verfolgte Ziel, eine ausreichend gesiegelte Ausfertigung des Erbscheins vorzulegen, nicht mehr weiter verfolgt werden.

(...)

## 5. Beurkundungspflicht einer Reservierungsvereinbarung

AG Dortmund, Urteil vom 21.8.2018, 425 C 1366/18

*BeurkG § 17a*

*BGB §§ 125, 307 Abs. 1, § 311b*

*MaBauVo § 3*

### LEITSÄTZE:

- Schließen die Parteien eine Reservierungsvereinbarung vor Abschluss eines Grundstückserwerbsvertrages mit einem Bauträger, so bedarf diese der notariellen Beurkundung, wenn das [Reservierungsentgelt] ca. 1,1 % des Kaufpreises beträgt und das Reservierungsentgelt verfallen soll, wenn der der Kaufinteressent den Grundstückskaufvertrag nicht schließt.**
- Eine Klausel über ein Reservierungsentgelt ist gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, wenn die Reservierungsfrist sich bei Verzögerungen, die im Einflussbereich des Bauträgers liegen, nicht verlängert oder eine Verlängerung nur beim Überschreiten der Frist und nicht bei Verzögerungen während der Frist eintritt.**

## BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

### 6. Unterhaltungspflicht für die Ausübung der Dienstbarkeit

BGH, Urteil vom 8.3.2019, V ZR 343/17 (Vorinstanz:  
LG Berlin, Urteil vom 1.12.2017, 55 S 174/15)

BGB § 745 Abs. 2, § 1020 Abs. 2, § 1024

#### LEITSATZ:

**Sind die Berechtigten einer Grunddienstbarkeit und der Eigentümer des dienenden Grundstücks zur gleichberechtigten Mitbenutzung des Grundstücks befugt, können sie voneinander in entsprechender Anwendung von § 745 Abs. 2 BGB eine Regelung verlangen, dass die Unterhaltungspflicht für die der Ausübung der Dienstbarkeit dienenden Anlagen einheitlich wahrgenommen wird, wenn anders eine geordnete und sachgerechte Erfüllung dieser Pflicht nicht gewährleistet ist.**

#### SACHVERHALT:

1 Der klagende eingetragene Verein ist Eigentümer einer Straße, die 2008 zu Erschließungszwecken ausgebaut wurde und an der weit über 100 Grundstücke einer Wohnsiedlung anliegen. Eigentümer eines dieser Grundstücke sind die Beklagten, die bis Ende 2011 Mitglieder des Klägers waren. Das Straßengrundstück wurde mit einer Vielzahl von Grunddienstbarkeiten (Geh-, Fahr- und Leitungsrechte) zugunsten der jeweiligen Eigentümer der Anliegergrundstücke, darunter auch das Grundstück der Beklagten, belastet. Der Kläger vereinbarte mit einzelnen Anliegern die Bestellung einer Reallast zur Sicherung der Unterhaltungs- und Instandsetzungskosten, mit anderen schloss er schriftliche Vereinbarungen über die Kostenbeteiligung ab. Die Beklagten, die sich bis einschließlich 2010 an den Unterhaltungskosten beteiligten, unterzeichneten eine entsprechende Vereinbarung nicht.

2 Ende 2011 schloss der Kläger mit einer Immobilienverwaltungsgesellschaft einen Vertrag über die Verwaltung des Vereinsgeländes nebst der Privatstraße. Die Vereinbarung wurde rückwirkend zum 1.1.2015 durch einen Vertrag über die Verwaltung der Privatstraße und der Mitgliederbeiträge ersetzt.

3 Der Kläger hat von den Beklagten die Zahlung anteiliger Kosten des Winterdienstes für 2011 und einer Rechnung aus dem Jahre 2011 sowie des Mitgliedsbeitrages für 2011 verlangt. Auf der Grundlage von Abrechnungen für die Jahre 2012 bis 2016 hat er sodann die Zahlung der auf die Beklagten entfallenden Kostenanteile verlangt. Ferner hat er die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten erreichen wollen, sich auch künftig an den notwendigen Kosten für die Unterhaltung und Verwaltung der Straße zu beteiligen. Das AG hat der Klage in der Hauptsache stattgegeben. Im Berufungsverfahren haben die Parteien einen Teilvergleich geschlossen; offen bleiben danach die Kosten der Haftpflichtversicherung, der vom Kläger beauftragten Verwaltung und der Kontogebühren. Das LG hat bezüglich dieser Positionen das Urteil des AG abgeändert und die Klage insoweit abgewiesen. Mit der von dem LG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, will der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung der anteiligen noch streitigen Kosten für die Jahre 2012 bis 2016 i. H. v. 591,30 € sowie die Wiederherstellung des Feststellungsausspruchs des AG hinsichtlich der noch streitgegenständlichen Positionen erreichen.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

6 II. Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Mit der gegebenen Begründung kann ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagten auf eine anteilige Tragung der noch zwischen den Parteien streitigen Kosten nicht verneint werden.

7 1. Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass zwischen den Parteien keine Vereinbarung über die anteilige Tragung der streitgegenständlichen Kosten zustande gekommen ist, weil der schriftliche Vertrag von den Beklagten nicht unterzeichnet worden ist.

8 a) Die Nichtunterzeichnung der Vertragsurkunde führt nach der Auslegungsregel des § 154 Abs. 2 BGB im Zweifel zum Scheitern des Vertragsschlusses. Die Auslegungsregel greift allerdings nicht ein, wenn die Vertragsurkunde für die Parteien keine konstitutive Bedeutung hat, der Vertragsschluss also nicht mit der Beurkundung steht und fällt. An einer konstitutiven Bedeutung fehlt es etwa dann, wenn die Vertragsurkunde nur Beweiszwecken dienen soll (vgl. BGH, Urteil vom 8.10.2008, XII ZR 66/06, NJW 2009, 433 Rdnr. 27 m. w. N.). Voraussetzung ist insoweit die Feststellung ausreichender Anhaltspunkte (BGH, Urteil vom 14.3.1991, I ZR 201/89, NJW-RR 1991, 1053, 1054).

Auch wenn die Parteien den noch nicht unterzeichneten Vertrag einvernehmlich in Vollzug setzen, können sie damit zu erkennen geben, dass der Vertrag wirksam werden soll (vgl. BGH, Urteil vom 8.10.2008, XII ZR 66/06, NJW 2009, 433 Rdnr. 28).

9 b) Nach diesen Maßstäben ist die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden. Feststellungen, die die Schlussfolgerung zulassen, dass der Vertragsurkunde keine konstitutive Bedeutung zukommen sollte, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Die Revision zeigt auch keinen Vortrag auf, der in dieser Hinsicht Anhaltspunkte liefert. Ohne Erfolg verweist sie ferner darauf, dass der Vertrag von den Parteien in Vollzug gesetzt worden sei. Zwar ist zugunsten des Grundstücks der Beklagten eine Grunddienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen worden. Dies führt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sich die Beklagten bis einschließlich 2010 entsprechend der nicht unterzeichneten Vereinbarung an den Kosten beteiligt haben, aber nicht zur Annahme eines gleichwohl erfolgten Vertragsschlusses. Wie sich aus § 2 Nr. 1 der schriftlichen Vereinbarung ergibt, sollte ab dem Jahr 2010 ein jährlicher Vorschuss i. H. v. 300 € gezahlt werden. Aus der einmaligen Zahlung eines solchen Vorschusses kann nicht zwingend darauf geschlossen werden, dass der Vertrag auch ohne Unterzeichnung wirksam werden sollte.

10 2. Die Kostentragungspflicht der Beklagten ergibt sich jedoch aus einer entsprechenden Anwendung von § 745 Abs. 2, §§ 748, 742 BGB. Sind die Berechtigten einer Grunddienstbarkeit und der Eigentümer des dienenden Grundstücks zur gleichberechtigten Mitbenutzung des Grundstücks befugt, können sie voneinander in entsprechender Anwendung von § 745 Abs. 2 BGB eine Regelung verlangen, dass die Unterhaltungspflicht für die der Ausübung der Dienstbarkeit dienenden

den Anlagen einheitlich wahrgenommen wird, wenn anders eine geordnete und sachgerechte Erfüllung dieser Pflicht nicht gewährleistet ist. Die Kosten für die einheitliche Wahrnehmung der Unterhaltungspflicht tragen in einem solchen Fall entsprechend §§ 748, 742 BGB anteilig die Dienstbarkeitsberechtigten und der mitnutzungsberechtigte Grundstückseigentümer.

**11 a)** Dem Grundstückseigentümer steht gegen jeden Dienstbarkeitsberechtigten aufgrund des Begleitschuldverhältnisses ein Anspruch zu, auch die Unterhaltungspflicht gemäß § 1020 Satz 2 BGB so zu erfüllen, dass der Eigentümer geschont wird. Das Begleitschuldverhältnis entsteht als gesetzliche Folge der Bestellung der Dienstbarkeit und findet in den §§ 1020 bis 1023 BGB seinen besonderen Ausdruck. Es hat dienende Funktion und umfasst die das Nutzungsrecht begleitenden Pflichten des aus der Dienstbarkeit Berechtigten (vgl. Senat, Urteil vom 28.6.1985, V ZR 111/84, BGHZ 95, 144, 146 ff.; BGH, Beschluss vom 30.10.1986, III ZR 10/86, NVwZ 1987, 356), aber auch entsprechende Pflichten des Eigentümers des belasteten Grundstücks (vgl. Senat, Urteil vom 3.2.1989, V ZR 224/87, BGHZ 106, 348, 350). Diese Pflichten bestimmen sich nach Inhalt und Zweck der Dienstbarkeit (Senat, Urteil vom 19.9.2008, V ZR 164/07, NJW 2008, 3703 Rdnr. 17 m. w. N.). Wie die Unterhaltungspflicht erfüllt, mithin der Leistungserfolg herbeigeführt wird, obliegt jeweils dem Dienstbarkeitsberechtigten. Sind mehrere gleichrangige Dienstbarkeiten bestellt, kann sich die objektive Notwendigkeit einer einheitlichen Wahrnehmung der Unterhaltungspflichten ergeben, etwa im Hinblick auf die Vielzahl der Dienstbarkeitsberechtigten und die damit verbundene Gefahr eines unkoordinierten Vorgehens bei der Erfüllung der Unterhaltungspflicht. Das Gesetz regelt diesen Fall allerdings nicht.

**12 aa)** Aus § 1024 BGB lässt sich ein Anspruch auf Abschluss einer Vereinbarung mit einer entsprechenden Regelung nicht ableiten. Die Vorschrift betrifft unmittelbar lediglich den Konflikt mehrerer zusammentreffender Nutzungsrechte, die nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können. Das Verhältnis der Berechtigten zueinander hinsichtlich etwaiger Pflichten aus den gleichrangigen dinglichen Rechten ist nicht Gegenstand der Vorschrift (NK-BGB/Otto, 4. Aufl., § 1024 Rdnr. 14). Die lediglich punktuelle Regelung kann zwar unter Berücksichtigung der Gesetzgebungsgeschichte (vgl. Mugdan, Band III: Sachenrecht, 1899, S. 271) als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens angesehen werden, sodass grundsätzlich eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf das Verhältnis der Pflichten von gleichrangigen Dienstbarkeitsberechtigten in Betracht gezogen werden kann. Eine Analogie scheidet aber hier daran, dass auch dem klagenden Verein als Eigentümer des Straßengrundstücks und Anlieger ein Mitbenutzungsrecht an den Anlagen zusteht. Das Eigentum scheidet nach allgemeiner Ansicht als sonstiges Nutzungsrecht im Sinne des § 1024 BGB aus (vgl. Senat, Urteil vom 19.9.2008, V ZR 164/07, NJW 2008, 3703 Rdnr. 25 m. w. N.).

**13 bb)** Auch das Begleitschuldverhältnis kommt als Grundlage für einen Anspruch des Klägers nicht in Betracht. Aus diesem können sich Nebenpflichten, etwa leistungssichernder Art, aber auch Mitwirkungs- und Schutzpflichten ergeben (Staudinger/Weber, Neub.2016, § 1018 Rdnr. 135). Insoweit mag

zwar unter bestimmten Umständen noch eine Pflicht der Beklagten zur Koordinierung der Unterhaltungspflicht mit anderen Dienstbarkeitsberechtigten aus dem Begleitschuldverhältnis abzuleiten sein. Der Kläger will aber die Bündelung und damit die Wahrnehmung der Unterhaltungspflichten für alle Dienstbarkeitsberechtigten durch ihn bei einer anteiligen Tragung der ihm entstehenden Kosten erreichen. Für eine derartige Veränderung des Pflichtengefüges bieten die aus dem Begleitschuldverhältnis folgenden Mitwirkungs- und Schutzpflichten keine Grundlage.

**14 cc)** Ein Anspruch auf Abschluss einer Vereinbarung, die die einheitliche Wahrnehmung der Unterhaltungspflicht unter anteiliger Tragung der Kosten durch alle Nutzungsberechtigte zum Gegenstand hat, kann sich aus der entsprechenden Anwendung von § 745 Abs. 2 BGB ergeben. Danach kann jeder Teilhaber, sofern nicht die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstands durch Vereinbarung oder Mehrheitsbeschluss geregelt ist, eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen.

**15** Die entsprechende Heranziehung der für die Gemeinschaft geltenden Vorschriften hat der Senat bei der Verteilung der Kosten der Unterhaltung und Instandsetzung von durch den Eigentümer und den Dienstbarkeitsberechtigten gemeinschaftlich genutzten Anlagen bejaht (Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115, 122 f.). Ebenso hat er für den Anspruch auf eine Ausübungsregelung bei der gleichberechtigten Grundstücksnutzung durch den Dienstbarkeitsberechtigten und den Eigentümer auf das Gemeinschaftsrecht zurückgegriffen (Senat, Urteil vom 19.9.2008, V ZR 164/07, NJW 2008, 3703 Rdnr. 26). Für den vorliegenden Zusammenhang gilt nichts anderes. Auch hier liegt eine der Gemeinschaft vergleichbare Lage vor, die es rechtfertigt, für die Frage der Organisation der Unterhaltungspflicht und der Verteilung der insoweit entstehenden Kosten die für die Gemeinschaft geltenden Vorschriften heranzuziehen. Der Gesetzgeber hat die strukturelle Vergleichbarkeit bei gleichrangigen Nutzungsrechten gesehen und deshalb in § 1024 BGB eine dem Gemeinschaftsrecht nachgebildete Regelung für den Fall einer notwendig werdenden Ausübungsregelung angeordnet (vgl. Mugdan, Band III: Sachenrecht, S. 271). Vor diesem Hintergrund bestehen im Grundsatz keine Bedenken, auf Regelungen des Gemeinschaftsrechts bei gesetzlich nicht geregelten Sachverhalten, wie hier bei der Notwendigkeit einer Regelung der Erfüllung der Unterhaltungsverpflichtungen durch mehrere gleichrangige Nutzungsberechtigte bei einer Mitbenutzung der Anlagen durch den Eigentümer des dienenden Grundstücks, zurückzugreifen.

**16 b)** Nach diesen Grundsätzen sind die Beklagten gegenüber dem Kläger entsprechend §§ 748, 742 BGB zur anteiligen Tragung der Kosten verpflichtet, weil die Wahrnehmung der Unterhaltungspflichten der Anlagen durch ihn entsprechend § 745 Abs. 2 BGB billigem Ermessen entspricht.

**17 aa)** Zutreffend geht das Berufungsgericht von einer Unterhaltungspflicht der Beklagten nach § 1020 Satz 2 BGB aus. Rechtsfehlerfrei nimmt es an, dass es sich bei der Straße und den unter ihr befindlichen Leitungen um Anlagen im Sinne von § 1020 Satz 2 BGB handelt. Unter einer Anlage im Sinne

dieser Vorschrift ist eine für eine gewisse Dauer bestimmte, von Menschenhand zur Benutzung des Grundstücks geschaffene Einrichtung zu verstehen (Senat, Urteil vom 17.2.2006, V ZR 49/05, NJW 2006, 1428 Rdnr. 7). Als solche wird auch eine befestigte Privatstraße angesehen (Senat, Urteil vom 17.12.2010, V ZR 125/10, NJW 2011, 1351 Rdnr. 14). Ebenso stellen ober- oder unterirdisch geführte Ver- und Entsorgungsleitungen und Ver- und Entsorgungsrohre, Lichtschächte und Kanaleinrichtungen Anlagen dar (vgl. RGZ 79, 375, 379; BeckOK-BGB/Wegmann, Stand: 1.11.2018, § 1020 Rdnr. 8; BeckOGK-BGB/Alexander, Stand: 1.1.2018, § 1020 Rdnr. 90). Auch steht die Mitbenutzung durch den Eigentümer oder Dritte einem „Halten“ der Anlage durch die Beklagten als Dienstbarkeitsberechtigte nicht entgegen (vgl. Senat, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115, 119 ff.). Die Unterhaltungspflicht trifft nicht nur die Beklagten, sondern auch die anderen Dienstbarkeitsberechtigten.

**18 bb)** Die einheitliche Wahrnehmung der Unterhaltungspflicht durch eine Person entspricht im vorliegenden Fall billigem Ermessen. Die Straße und die in ihr verlegten Leitungen dienen der Erschließung einer Wohnsiedlung und weisen eine erhebliche räumliche Ausdehnung aus. Ihnen kommt zudem eine wesentliche funktionale Bedeutung für die Erschließung der Wohnsiedlung zu. Angesichts der weit über 100 Dienstbarkeitsberechtigten bedarf daher die Erfüllung der Unterhaltungspflicht einer einheitlichen Regelung. Nur durch sie kann sichergestellt werden, dass die Unterhaltungspflichten durch ein koordiniertes Vorgehen ordnungsgemäß und effektiv erfüllt werden.

**19 cc)** Auch kann der klagende Verein auf der Grundlage seines revisionsrechtlich zu unterstellenden Vortrages verlangen, dass die Unterhaltungspflichten allein durch ihn erbracht werden. Danach hat der Kläger die Unterhaltungspflichten für die Anlagen, zu deren Nutzung die Dienstbarkeitsberechtigten befugt sind, seit ihrer Erstellung wahrgenommen. Nach der Bestellung der Grunddienstbarkeiten ist diese Praxis fortgesetzt worden. Ausgehend von den Ausführungen des Prozessbevollmächtigten des klagenden Vereins in der mündlichen Verhandlung war beabsichtigt, dass die Dienstbarkeitsberechtigten auch dessen Mitglieder werden und die Finanzierung der durch die Unterhaltungspflichten entstehenden Kosten über die Mitgliedsbeiträge erfolgen sollte. Nachdem dieses Konzept sich nicht vollständig umsetzen ließ, verblieb die Wahrnehmung der Unterhaltungspflichten bei dem Kläger, der mit den Dienstbarkeitsberechtigten entsprechende Vereinbarungen über die anteilige Kostentragung abgeschlossen hat oder abschließen wollte. Sofern diese nicht zustande kamen, scheiterte dies nicht an der Frage, dass der Kläger die Unterhaltungspflichten wahrnimmt, sondern an Meinungsverschiedenheiten bezüglich des Umfangs und der Höhe der umgelegten Kosten. Auch im vorliegenden Rechtsstreit haben die Beklagten nicht geltend gemacht, dass die Erfüllung der Unterhaltungspflichten durch den Kläger nicht sachgerecht ist oder nicht ordnungsgemäß erfolgt. Daher ist davon auszugehen, dass es auch unter Berücksichtigung der Interessen der Dienstbarkeitsberechtigten billigem Ermessen entspricht, dass der klagende Verein deren Unterhaltungspflichten wahrnimmt.

**20 dd)** Der Kläger kann von der Beklagten dem Grunde nach die anteilige Tragung der Vergütung der beauftragten Immobilienverwaltungsgesellschaft, der Kosten des Girokontos und der Haftpflichtversicherung verlangen.

**21 (1)** Die Beauftragung einer Immobiliengesellschaft mit der Verwaltung der Straße stellt sich als eine billigem Ermessen entsprechende Regelung dar. Die Erfüllung der Unterhaltungsverpflichtung bedingt hier einen erheblichen Koordinierungsbedarf und hat auch einen nicht unerheblichen Abrechnungsaufwand zur Folge, der die Einschaltung einer Verwaltung rechtfertigt. Dies gilt im Grundsatz auch für die Einrichtung eines gesonderten Girokontos und den Abschluss einer Haftpflichtversicherung, die die Risiken der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht – sie ist Bestandteil der Unterhaltungspflicht (vgl. Senat, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115, 122) – im Interesse aller Nutzungsberechtigten abdeckt.

**22 (2)** Der Kläger ist nicht verpflichtet, zunächst auf den Abschluss einer Vereinbarung entsprechend § 745 Abs. 2 BGB zu klagen, die eine entsprechende Pflicht zur anteiligen Tragung der Kosten der drei noch streitigen Positionen vorsieht. Der Grundstückseigentümer ist vielmehr berechtigt, auch ohne das vorherige Zustandekommen einer solchen Regelung Maßnahmen vorzunehmen, die billigem Ermessen entsprechen, und die entstandenen Kosten von dem Dienstbarkeitsberechtigten zu verlangen (vgl. Senat, Urteil vom 19.9.2008, V ZR 164/07, NJW 2008, 3703 Rdnr. 24 m. w. N.).

**23 III.** Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil noch Feststellungen zur Höhe der Kostentragungspflicht zu treffen sind. Mangels Entscheidungsreife ist die Sache daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Senat weist für die weitere Sachbehandlung auf Folgendes hin:

**24 1.** In Bezug auf die Kosten der von dem Kläger beauftragten Immobilienverwaltungsgesellschaft können nur die Kosten für Tätigkeiten umgelegt werden, die im Zusammenhang mit den Unterhaltungspflichten erforderlich sind. Die Verwaltung von Grundstücken, die nicht mit Grunddienstbarkeiten belastet sind, oder von Vermögenswerten, die nicht im Zusammenhang mit der Unterhaltungspflicht stehen, fällt nicht hierunter. Dies gilt auch für Mitgliedsbeiträge, es sei denn, diese werden für die Unterhaltungspflicht der Straße verwandt.

**25 2.** Die anteilige Tragung der Kosten für die Führung des Girokontos sind nur erstattungsfähig, wenn dieses ausschließlich für die Abwicklung von Zahlungen genutzt wird, die mit den Unterhaltungspflichten in Zusammenhang stehen.

**26 3.** Die Kosten der Haftpflichtversicherung sind nur dann anteilig von den Beklagten zu tragen, wenn sie das Risiko der Verletzung von Unterhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten durch den klagenden Verein abdeckt und damit im Ergebnis auch die Dienstbarkeitsberechtigten schützt. Hingegen besteht eine anteilige Kostentragungspflicht nicht, soweit die Haftpflichtversicherung Risiken erfasst, die mit den Pflichten der Dienstbarkeitsberechtigten nicht in Zusammenhang stehen.

## 7. Zugang zu Gemeinschaftsräumen – Einrichten eines Sondernutzungsrechts

OLG München, Beschluss vom 10.4.2019, 34 Wx 92/18, mitgeteilt von **Edith Paintner**, Richterin am OLG München

GBO § 15 Abs. 2, § 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, § 73

RPfLG § 11 Abs. 1

WEG § 5 Abs. 2, §§ 8, 10 Abs. 2, § 13 Abs. 2

### LEITSATZ:

**An Flächen oder Fluren, die Zugang zu zwingenden Gemeinschaftsräumen ermöglichen, kann ein vertraglich eingeschränktes Sondernutzungsrecht eingeräumt werden.**

### SACHVERHALT:

1 I. Der Beteiligte ist als Eigentümer von Grundbesitz im Grundbuch eingetragen.

2 Das Grundstück ist bebaut mit zwei Wohngebäuden. Am 23.2.2017 errichtete er eine Teilungsklarung nach § 8 WEG, mit der er an dem Grundbesitz gemäß mitgesandtem Aufteilungsplan Wohnungs- und Teileigentum in der Weise begründete, dass er in Ziffer III. der Urkunde jedem Miteigentumsanteil das Sondereigentum an einer bestimmten, in sich abgeschlossenen Wohnung oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen zuwies. In Ziffer IV. Inhalt des Sondereigentums wurde geregelt:

„§ 2 Sondernutzungsrechte

An dem gemäß § 5 WEG gemeinsamen Eigentum steht das Recht zur alleinigen und ausschließlichen Benützung den nachgenannten Sondereigentümern in der folgenden Weise zu:

(...)

d) dem jeweiligen Eigentümer der Sondereigentumsseinheit Nr. 1 das Sondernutzungsrecht an dem Kellerraum, der in dem dieser Urkunde als Anlage II (Nachtrag) beigefügten Lageplan grün gekennzeichnet ist, und das Sondernutzungsrecht an der Doppelgarage, die in dem dieser Urkunde beigefügten Lageplan blau gekennzeichnet ist. Diese Sondernutzungsrechte werden insofern beschränkt, dass der jeweilige Sondernutzungsberechtigte dulden muss, dass die übrigen Sondereigentümer den Kellerraum bzw. die Garage betreten um zu dem dahinterliegenden Heizungsraum bzw. dem dahinterliegenden Tankraum zu gelangen.“

3 Er hat den Vollzug dieser Teilungserklärung im Grundbuch am 12.2.2018 beantragt.

4 Mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 21.2.2018 hat das Grundbuchamt geltend gemacht, der Eintragung stehe als Hindernis entgegen, dass die Zugangsräume zu Heizungs-, Zähler- und Tankraum zwingend im Gemeinschaftseigentum stehen und sämtlichen Miteigentümern zum ständigen und ungehinderten Mitgebrauch zur Verfügung stehen müssten. Durch das Sondernutzungsrecht könne der sondernutzungsberechtigte Eigentümer jedoch den anderen Miteigentümer in seinem Mitgebrauch behindern bzw. stören.

5 Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 5.3.2018, die der Notar namens des Beteiligten eingelegt hat.

6 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

### AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. Das nach § 11 Abs. 1 RPFfG, § 71 Abs. 1 GBO statthafte Rechtsmittel gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts (§ 18 Abs. 1 GBO) ist zulässig (§§ 73, 15 Abs. 2 GBO). Es hat in der Sache Erfolg, weil das beanstandete Hindernis nicht besteht.

8 Dem Eintragungsantrag fehlt, bezogen auf das Sondernutzungsrecht an Garage und Kellerraum, nicht die Eintragungsfähigkeit.

9 1. Sondernutzungsrechte sind dadurch gekennzeichnet, dass einem oder mehreren Wohnungseigentümern unter Ausschluss der übrigen (negative Komponente) das Recht zur Nutzung von Teilen des Gemeinschaftseigentums zugewiesen wird (positive Komponente). Das Recht des Sondernutzungsberechtigten erstreckt sich dabei nur so weit, wie es ihm durch die Vereinbarung der Wohnungseigentümer eingeräumt worden ist. Ein Sondernutzungsrecht kann allerdings Einschränkungen unterliegen, die sich aus der Natur der Sache ergeben (Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten/Kümmel, WEG, 11. Aufl., § 13 Rdnr. 49). Es kann aber auch dabei von vornherein durch ausdrückliche Vereinbarung in einem beschränkten Umfang eingeräumt werden (LG Wuppertal, MittRhNotK 1998, 327; Bärmann/Klein, WEG, 14. Aufl., § 13 Rdnr. 95).

10 Wegen des Entzugs der Befugnis zum Mitgebrauch nach § 13 Abs. 2 WEG kann ein Sondernutzungsrecht nur durch Vereinbarung (§ 10 Abs. 2 Satz 2 WEG) oder durch den teilenden Eigentümer nach § 8 Abs. 2, § 5 Abs. 4 i. V. m. § 10 Abs. 2 WEG begründet oder geändert werden (vgl. BGH, NJW 2012, 676, 677).

11 Als Form der Gebrauchsregelung gemeinschaftlichen Eigentums (§ 15 Abs. 1 WEG) kann das Sondernutzungsrecht im Grundbuch eingetragen werden (vgl. § 10 Abs. 3 WEG; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten/Kümmel, WEG, § 13 Rdnr. 35; Hügel/Kral, GBO, 3. Aufl., Wohnungseigentum Rdnr. 53)

12 2. Der Einräumung eines Sondernutzungsrechts steht nicht die Vorschrift des § 5 Abs. 2 WEG entgegen. Danach können Anlagen und Einrichtungen des Gebäudes, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, nicht Gegenstand von Sondereigentum sein, selbst wenn sie sich im Bereich der in Sondereigentum stehenden Räume befinden. Das gilt nach dem Sinn der Vorschrift jedoch nicht nur für Anlagen oder Einrichtungen, sondern auch für die Räume (BGHZ 73, 302, 311; Bärmann/Armbrüster, WEG, § 5 Rdnr. 26 f.). Sie stehen zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum, wenn ihr Zweck darauf gerichtet ist, der Gesamtheit der Wohnungseigentümer einen ungestörten Gebrauch ihrer Wohnungen und der Gemeinschaftsräume zu ermöglichen und zu erhalten. Das trifft unter anderem auf Flächen und Flure zu, die als Zugang zu den Gemeinschaftsräumen bestimmt sind oder die zur Bewirtschaftung und Versorgung der Wohnungen und des Gemeinschaftseigentums dienen, weil sich in ihrem Bereich die zentralen Zähl-, Schalt-, Sicherungs- oder Beschickungseinrichtungen der gemeinschaftlichen Wasser-, Wärme- und Energieversorgungsanlagen des Gebäudes befinden (vgl. BGH, NJW 1991, 2909; BGHZ 78, 225, 227 f.). Allerdings schließt diese Regelung nicht auch die Einräumung von Sondernutzungsrechten an Flächen oder Fluren aus, die Zugang zu zwingenden Gemeinschaftsräumen ermöglichen (BGH, NJW 1991, 2909, 2910; BayObLG, MittBayNot 2004, 192, 193; Hügel/Elzer, WEG, § 13 Rdnr. 53; Bärmann/Armbrüster, WEG, § 5 Rdnr. 29). Nach einer einschränkenden Ansicht kann es sich allerdings um eine unzulässige Umgehung der Regelung in § 5 Abs. 2 WEG handeln, wenn die inhaltliche Ausgestaltung des Sondernutzungsrechts das Mitgebrauchs-

recht der übrigen Wohnungseigentümer ausschließt (Bärmann/*Arnbrüster*, WEG, § 5 Rdnr. 29). In einem solchen Fall sei die Sondernutzungsvereinbarung nur dann nicht nichtig, wenn ihr durch Auslegung eine Einschränkung zugunsten der übrigen Wohnungseigentümer entnommen werden kann (Bärmann/*Arnbrüster*, WEG, § 5 Rdnr. 29). Wird an den Fluren oder vorgelagerten Räumen zu Anlagen und Einrichtungen nach § 5 Abs. 2 WEG ein Sondernutzungsrecht eingeräumt, hindert dies den Zugang zu zwingenden Gemeinschaftsräumen nämlich in der Regel nicht, da in einem solchen Fall immanente Schranken die Ausübung des Sondernutzungsrechts beschränken (KG, NJW-RR 1990, 333). Erst recht gilt dies, wenn mit der Einräumung des Sondernutzungsrechts durch Vereinbarung ein Zutrittsrecht sichergestellt wird (BayObLG, MittBayNot 2004, 192, 193).

**13** 3. Vorliegend wurde das Sondernutzungsrecht ausdrücklich beschränkt eingeräumt, so dass der Zugang der weiteren Wohnungseigentümer zur Heizung und dem Tankraum schon deswegen gewährleistet ist. Auf die grundsätzliche Frage, ob die Einräumung des Sondernutzungsrechts ggf. als Umgehung der Regelung des § 5 Abs. 2 WEG gesehen werden kann und welche Auswirkungen dies hat, kommt es daher hier nicht an.

**14** Da somit das vom Grundbuchamt angenommene Hindernis für die Bestellung eines Sondernutzungsrechts nicht besteht, ist die Zwischenverfügung aufzuheben.

(...)

## 8. Dingliche Wirkung von Vereinbarungen im Rahmen eines schuldrechtlichen Vorkaufs

KG, Urteil vom 21.1.2019, 22 U 67/17

*BGB § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2, § 309 Nr. 13, § 469 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1 und 2, § 892 Abs. 1, § 1098 Abs. 1 Satz 1*  
*GBO § 53 Abs. 1 Satz 2*

### LEITSATZ

**Die Einhaltung einer bestimmten Form über die Mitteilung des Vorkaufsfalls (hier: beglaubigte Abschrift des Kaufvertrages) kann nicht mit dinglicher Wirkung vereinbart werden. Der vorkaufsverpflichtete Grundstückseigentümer, der nicht Partei des schuldrechtlichen Vorkaufs war, ist an die vereinbarte Form nicht gebunden, und zwar auch dann nicht, wenn im Grundbuch auf die Eintragungsbewilligung und dort auf die vertragliche Formklausel Bezug genommen wird.**

### SACHVERHALT:

**1** I. Die Parteien streiten über die wirksame Ausübung eines Vorkaufsrechts für eine Liegenschaft in Berlin-Mitte. Der Kläger verkaufte das zu einem Komplex gehörende streitgegenständliche Teilgrundstück neben weiteren mit notariellem Kaufvertrag vom 20.12.1995 (i. F.

„Kaufvertrag 1995“) an eine GbR. Mit dem Vertrag sollte gemäß dessen § 5 Abs. 1 lit. a) die Errichtung eines Wohn- und Geschäftskomplexes zur Schaffung von öffentlich gefördertem Wohnraum und von Arbeitsplätzen durch die Erwerberin bis Ende 1997 bezweckt werden. Der § 7 Abs. 1 des Vertrages räumte dem Verkäufer ein Vorkaufsrecht an dem Grundstück „für alle Vorkaufsfälle“ ein und bestimmte, dass die Frist für die Ausübung drei Monate beträgt und mit dem Zugang „einer beglaubigten Abschrift des rechtswirksamen Kaufvertrages beim Verkäufer“ beginnt. Im Grundbuch des AG Mitte ist in Abteilung II zugunsten des Klägers ein „Vorkaufsrecht für bestimmte Vorkaufsfälle“ unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gemäß § 12 Nr. 3a des Kaufvertrages 1995 eingetragen. Die Vorgängerin der Beklagten erwarb das streitgegenständliche Teilgrundstück im Jahr 1997. Mit notariellem Kaufvertrag vom 22.10.2015 (i. F. „Kaufvertrag 2015“) verkaufte die Beklagte das Teilgrundstück – nachdem das Investitionsvorhaben zwischenzeitlich fertiggestellt war – an einen Dritten. Mit Schreiben vom 29.10.2015 an das Bezirksamt Mitte von Berlin und vom 14.4.2016 an die Senatsverwaltung für Finanzen (i. F. „SenFin“) forderte der den Kaufvertrag 2015 beurkundende Notar unter Beifügung von Kopien des Kaufvertrages zur Erklärung der Nichtausübung des Vorkaufsrechts auf. Mit E-Mail vom 27.5.2016 teilte ein Mitarbeiter der SenFin der Beklagten mit, dass die B GmbH (i. F. „Bn“) mit der Durchführung des Grundstücksgeschäfts beauftragt sei. Mit an die Bn gerichtetem Schreiben vom 30.5.2016, dem eine beglaubigte Abschrift des Kaufvertrages 2015 beigelegt war, wiederholte der Notar sodann seine Aufforderung zur Erklärung über das Vorkaufsrecht. Mit Schreiben der Bn vom 23.8.2016 erklärte diese gegenüber der Beklagten die Ausübung des Vorkaufsrechts.

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**10** 2. Die Berufung hat in der Sache Erfolg.

(...)

**13** a) Die maßgebliche Frist zur Ausübung des klägerischen Vorkaufsrechts betrug vorliegend gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 des Kaufvertrages 1995 drei Monate, weil die gesetzliche Frist des § 469 Abs. 2 Satz 1 BGB, auf den § 1098 Abs. 1 Satz 1 BGB verweist, nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 469 Abs. 1 Satz 2 BGB abgeändert werden kann. Zwar ist die Vereinbarung einer längeren Frist nicht zwischen dem Kläger und der Beklagten erfolgt, da Letztere nicht Vertragspartnerin des Kaufvertrages 1995 war. Eine Verdinglichung der veränderten Frist tritt aber dann ein, wenn sie – wie hier – im Grundbuch eingetragen wird, wobei die vorliegend erfolgte Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt (vgl. etwa Lemke/*Böttcher*, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 1098 Rdnr. 9; auch Kölner Formularbuch Grundstücksrecht/*Koller*, 2. Aufl., Kap. 4 Rdnr. 377; Ring/*Grziwotz/Keukenschrijver/Reetz*, Sachenrecht, 4. Aufl., § 1098 Rdnr. 13; a. A.: Staudinger, Neub. 2017, § 1094 Rdnr. 32: Eintragung im Grundbuch zwingend erforderlich).

**14** Der Kläger hat vorliegend sein Vorkaufsrecht nicht binnen der Frist von drei Monaten ausgeübt. Die nach den §§ 186 ff. BGB zu berechnende (vgl. MünchKomm-BGB/*Westermann*, 7. Aufl., § 469 Rdnr. 6) Frist beginnt gemäß § 469 Abs. 2 Satz 1 BGB nämlich mit dem Empfang der Mitteilung über das Vorkaufsrecht. Vorliegend hat die BIM die Mitteilung über den Vorkaufsfall durch das durch SenFin im Original weitergeleitete Schreiben des den Kaufvertrag 2015 beurkundenden Notars vom 14.4.2016, dem eine einfache Abschrift des Kaufvertra-

ges beigefügt war, am 9.5.2016 empfangen. Das geht aus der Kurzmitteilung der SenFin an die BIM vom 2.5.2016 und der E-Mail eines Mitarbeiters der Bn an SenFin vom 27.5.2016 hervor. Die Frist begann demnach gemäß § 187 Abs. 1 BGB am 10.5.2016 um 0 Uhr zu laufen und endete nach § 188 Abs. 2 BGB am 9.8.2016 (einem Dienstag) um 24 Uhr. Die mit Schreiben der Bn vom 23.8.2016 erklärte Ausübung des Vorkaufsrechts war demnach nicht mehr fristwährend, ohne dass es auf den genauen Tag des Zugangs bei der Beklagten ankommt. Dahinstehen kann folglich auch, ob es zutrifft, dass bereits die an das Bezirksamt Mitte von Berlin und an SenFin gerichteten Schreiben vom 29.10.2015 sowie 14.4.2016 im Zeitpunkt des dortigen Eingangs den Beginn der Frist auslösten, weil sie damit in den Empfangsbereich des Klägers als öffentlichrechtliche Körperschaft gelangten, wofür allerdings einiges spricht (vgl. in dem Zusammenhang etwa VGH Bayern, Urteil vom 15.9.2006, 9 B 04.1233, juris Rdnr. 36).

**15 b)** An dem Ergebnis ändert auch nichts, dass der Mitteilung vom 14.4.2016 nur eine einfache Abschrift des Kaufvertrages 2015 beigefügt war. Denn nach einhelliger Meinung bedarf die Mitteilung des Vorkaufsfalles im Sinne von § 469 Abs. 2 Satz 1 BGB, die eine Wissenserklärung darstellt, keiner bestimmten Form (siehe BGH, Urteil vom 8.4.1959, V ZR 136/57, juris LS 1; OLG Stuttgart, Urteil vom 31.10.2012, 3 U 18/12, juris Rdnr. 37; Palandt/*Weidenkaff*, 77. Aufl., § 469 Rdnr. 3; BeckOGK-BGB/*Daum*, Stand: 1.10.2018, § 469 Rdnr. 13-14.1; NK-BGB/*Saenger*, 10. Aufl., § 469 Rdnr. 1, 2; MünchKomm-BGB/*Westermann*, § 469 Rdnr. 3-5; Jauernig/*Berger*, 17. Aufl., BGB § 469 Rdnr. 1; Bamberger/*Roth/Wegmann*, BGB, 3. Aufl., § 1098 Rdnr. 4).

**16** Zwar ist in § 7 Abs. 1 Satz 2 des Kaufvertrages 1995 vereinbart worden, dass die dreimonatige Frist mit dem Tag des Zugangs „einer beglaubigten Abschrift des rechtswirksamen Kaufvertrages“ beim Verkäufer beginnt. Die Vereinbarung war für die an dem Kaufvertrag nicht beteiligte Beklagte aber nicht bindend. Denn die Vorschriften der §§ 463 bis 473 BGB über die Ausübung des Vorkaufsrechts und hier insbesondere der § 469 BGB, der die Pflicht des Vorkaufsverpflichteten beschreibt, dem Berechtigten den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages über den Verkauf unverzüglich mitzuteilen, gilt für das rechtsgeschäftlich begründete Vorkaufsrecht (vgl. BeckOGK-BGB/*Daum*, § 469 Rdnr. 3, 4; NK-BGB/*Büdenbender*, 3. Aufl., § 473 Rdnr. 5-6). Die Regelungen sind dispositiv und weitgehend der privatautonomen Gestaltung der Vertragsparteien unterworfen (siehe Palandt/*Weidenkaff*, Vor § 463 Rdnr. 3; BeckOGK-BGB/*Daum*, § 463 Rdnr. 1). Das zwischen den Parteien anwendbare dingliche Vorkaufsrecht nach den §§ 1094 ff. BGB stellt hingegen ein eigenständiges (Sachen-)Recht dar und ist vom schuldrechtlichen Vorkaufsrecht streng zu unterscheiden (siehe nur BGH, Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15, juris Rdnr. 17). Beides sind eigenständige Rechtsinstitute, die sich in ihrer Existenz nicht gegenseitig bedingen (BeckOGK-BGB/*Omlor*, Stand: 15.9.2018, § 1094 Rdnr. 75). Zwar findet über § 1098 Abs. 1 Satz 1 BGB die Vorschrift des § 469 BGB auch auf das dingliche, gegen jeden Eigentümer geltende Vorkaufsrecht Anwendung. Wesentliches Unterscheidungsmerkmal zum obligatorischen Vorkaufsrecht bleibt jedoch die weitgehend zwingende inhaltliche Ausgestaltung des dinglichen Vorkaufsrechts. Deshalb

sind die §§ 463 bis 473 BGB, auf die § 1098 Abs. 1 Satz 1 BGB verweist, anders als beim schuldrechtlich vereinbarten Vorkaufsrecht beim dinglichen Vorkaufsrecht grundsätzlich zwingend (vgl. BGH, Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15, juris Rdnr. 17). Wegen des sachenrechtlichen Typenzwangs darf von den gesetzlichen Vorgaben grundsätzlich nicht abgewichen werden, es sei denn dies ist in den §§ 1094 ff., 463 ff. BGB ausdrücklich vorgesehen (vgl. BGH, Urteil vom 28.6.1968, V ZR 129/67, juris Rdnr. 13; BeckOGK-BGB/*Omlor*, § 1098 Rdnr. 2-3.2; Staudinger, Neub. 2017, § 1094 Rdnr. 31; Erman/*Grziwotz*, BGB, 15. Aufl., § 1098 Rdnr. 1; KEHE/*Keller*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 10 WEG Rdnr. 19; Kölner Formularbuch Grundstücksrecht/*Koller*, Kap. 4 Rdnr. 379; Lemke/*Böttcher*, Immobilienrecht, § 1098 Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/*Westermann*, § 1098 Rdnr. 1; Ring/*Grziwotz/Keukenschrijver/Reetz*, Sachenrecht, § 1098 Rdnr. 2).

**17** Die §§ 463 bis 473 BGB und insbesondere der § 469 BGB, der für die Wissenserklärung des Vorkaufsfalles keine besondere Form bestimmt, sehen eine ausdrückliche Möglichkeit der Abweichung in Bezug auf die Form der Mitteilung jedoch nicht vor. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass (auch mit dinglicher Wirkung) eine strengere Form vereinbart werden kann, hätte er dies in dem von § 1098 Abs. 1 BGB in Bezug genommenen § 469 Abs. 1 BGB – so wie in Hinblick auf die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts in Abs. 2 geschehen – aufnehmen können. Weil dies nicht erfolgt ist, ist davon auszugehen, dass eine Vereinbarung zur Einhaltung einer bestimmten Form der Mitteilung nicht Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts sein kann (so ausdrücklich: Ring/*Grziwotz/Keukenschrijver/Reetz*, Sachenrecht, § 1098 Rdnr. 2; ebenso Lemke/*Böttcher*, Immobilienrecht, § 1098 Rdnr. 3; Palandt/*Herrler*, § 1098 Rdnr. 1: „erweiternde abweichende Vereinbarungen unzulässig“; wohl auch Kölner Formularbuch Grundstücksrecht/*Koller*, Kap. 4 Rdnr. 377; KEHE/*Keller*, Grundbuchrecht, § 10 WEG Rdnr. 19; BeckOGK-BGB/*Omlor*, § 1098 Rdnr. 2-3.2; Staudinger, § 1094 Rdnr. 32; Bamberger/*Roth/Wegmann*, BGB, § 1098 Rdnr. 11; Erman/*Grziwotz*, BGB, § 1098 Rdnr. 1). Gerechtfertigt wird diese strenge Anwendung der in das Sachenrecht übertragenen Normen des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts durch den sachenrechtlichen Typenzwang, der aus Gründen der Rechtsklarheit die Gestaltung der Rechte an Sachen der Privatautonomie weitgehend entzieht (vgl. dazu etwa MünchKomm-BGB/*Gaier*, Einleitung zum Sachenrecht Rdnr. 11). In Bezug auf das Vorkaufsrecht bedeutet dies, dass der jeweilige Eigentümer des Grundstücks sich in Hinblick auf die Ausübung des Vorkaufsrechts nur auf die gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Abweichungsmöglichkeiten einstellen muss, nicht aber auf solche, die er womöglich gar nicht kennt oder kennen kann, weil er nicht Partei der hierzu getroffenen Vereinbarung war.

**18** In dem Zusammenhang vertritt der Kläger zwar die Ansicht, das Erfordernis der Übermittlung einer beglaubigten Abschrift des Kaufvertrages gehöre nach der Regelung in § 7 Abs. 1 des Kaufvertrages 1995 zur Bestimmung der dreimonatigen Frist, weil es deren Beginn festlege; mit der Dauer der Frist müssten aber auch Bestimmungen mit dinglicher Wirkung frei vereinbar sein, die Näheres zum Fristlauf regelten, auch wenn die Form der Mitteilung über den Vorkaufsfall selbst davon unberührt bliebe. Dies überzeugt jedoch nicht. Nach

dem Wortlaut des § 469 Abs. 2 Satz 1 BGB kann das Vorkaufsrecht bei Grundstücken grundsätzlich nur bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Empfang der Mitteilung über den Vorkaufsfall ausgeübt werden. Das Gesetz bestimmt damit die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts auf zwei Monate, während der Beginn der Frist auf den Empfang der Mitteilung im Sinne von § 469 Abs. 1 BGB festgelegt wird. Wenn § 469 Abs. 2 Satz 2 BGB vorsieht, dass an die Stelle der gesetzlichen Frist die durch die Parteien bestimmte Frist tritt, ist nach dem Wortlaut und der Systematik der Norm alleine die Frist, also deren Dauer, gemeint (siehe dazu etwa Palandt/*Weidenkaff*, § 469 Rdnr. 3: „Fristen können vertraglich verlängert oder verkürzt werden“; auch Lemke/*Böttcher*, Immobilienrecht, § 1098 Rdnr. 9; Kölner Formularbuch Grundstücksrecht/*Koller*, Kap. 4 Rdnr. 377). Von dem Beginn der Frist oder der Form der Mitteilung ist in § 469 Abs. 2 Satz 2 BGB nämlich keine Rede, ebenso wenig findet ein Verweis auf Abs. 1 von § 469 BGB statt. Auch aus dem Sinn und Zweck der Norm ergibt sich nichts anderes. Im Gegenteil würde eine abweichende Vereinbarung des Fristbeginns zur Unklarheit führen, wann die Frist zu laufen beginnt, nämlich ob mit der formlosen Mitteilung über den Verkaufsfall oder dem zwischen den Parteien vereinbarten Fristbeginn. Das Entstehen von Unklarheiten will der Gesetzgeber jedoch vermeiden. Es kann an dieser Stelle dahinstehen, welche Rechtsfolgen sich für die Parteien des Kaufvertrages 1995 ergäben, wollte man mit der Klägerin davon ausgehen, dass mit dem Erfordernis einer beglaubigten Abschrift des Kaufvertrages nicht die Form der Mitteilung des Vorkaufsfalles, sondern (unabhängig davon) der Beginn der Ausübungsfrist geregelt werden sollte. Denn für das hier maßgebliche dingliche Vorkaufsrecht des Klägers könnte eine solche Regelung angesichts der alleine möglichen Änderung der Länge der Ausübungsfrist jedenfalls keine sachenrechtliche Wirkung zulasten der Beklagten entfalten. Es kommt daher in dem Zusammenhang auch nicht darauf an, ob es sich – wie die Beklagte meint – bei den Regelungen des Kaufvertrages 1995 um Allgemeine Geschäftsbedingungen des Klägers handelt und die Festlegung einer strengeren Form der Mitteilung über den Vorkaufsfall nach § 309 Nr. 13 BGB bereits schuldrechtlich unwirksam ist.

**19** An dem Ergebnis ändert auch nichts die vom Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 21.1.2019 zitierte Rechtsprechung des BGH (BGH, Urteil vom 16.11.1970, VIII ZR 121/69). Denn darin hat der BGH entschieden, dass die Mitteilung vom Eintritt des Vorkaufsfalles nicht Wirksamkeitsvoraussetzung der Ausübung des Vorkaufsrechts ist (BGH, a. a. O., juris Rdnr. 13), d. h. dieses kann auch dann ausgeübt werden, wenn eine Mitteilung nicht erfolgt, aber der Vorkaufsfall bereits eingetreten ist. Daraus ergibt sich allerdings nicht, dass sich die Mitteilung über den Vorkaufsfall (sowie deren Form) und die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht bedingen. Denn Folge der unterbliebenen Mitteilung ist nach der Regelung des § 469 BGB nur, dass die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts nicht zu laufen beginnt (siehe dazu auch MünchKomm-BGB/*Westermann*, § 469 Rdnr. 6 ff.). Erfolgt hingegen die Mitteilung, hängt der Beginn der Ausübungsfrist (sachenrechtlich) nicht von der Einhaltung einer bestimmten Form ab.

**20** Ebenso wenig ändert an dem Ergebnis, dass die Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts des Klägers im Grundbuch auf die Eintragungsbewilligung in § 12 Nr. 3a des Kaufvertrages 1995 Bezug nimmt, und dort auf das Vorkaufsrecht nach § 7 des Vertrages und somit auch auf die vereinbarte Zusendung einer beglaubigten Abschrift des Kaufvertrages verwiesen wird. Denn am Gutgläubensschutz des Grundbuchs nach § 892 Abs. 1 BGB nehmen inhaltlich unzulässige Eintragungen im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO nicht teil (vgl. BGH, Beschluss vom 4.12.2014, V ZB 7/13, juris Rdnr. 13; auch MünchKomm-BGB/*Kohler*, § 892 Rdnr. 13). Zu den unzulässigen Eintragungen gehören auch solche, die aus Rechtsgründen nicht bestehen können, weil sie ein dem numerus clausus der Sachenrechte unterliegendes und damit eintragungsfähiges Recht mit einem gesetzlich nicht zulässigen Inhalt oder einer gesetzlich nicht zulässigen Ausgestaltung verlautbaren (BGH, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13, juris Rdnr. 16; BeckOK-GBO/*Holzer*, Stand: 1.12.2018, § 53 Rdnr. 66). Wird ein Vorkaufsrecht mit einer Ausgestaltung, die nicht mit dinglicher Wirkung vereinbart werden kann, Bestandteil des Grundbuchs, ist die Eintragung daher zu löschen oder auf den wirksamen Teil der Eintragung zu beschränken (BGH, Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15, juris Rdnr. 23; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 31.5.2017, 20 W 57/17, juris Rdnr. 26 ff.; OLG München, Beschluss vom 15.3.2016, 34 Wx 3/16, juris Rdnr. 34 ff.). Solche unzulässigen Eintragungen können keine Grundlage für einen guten Glauben sein (BGH, Urteil vom 30.6.1995, V ZR 118/94, juris Rdnr. 24; MünchKomm-BGB/*Kohler*, § 892 Rdnr. 13).

(...)

**24** 4. Die Revision ist nicht gemäß § 574 Abs. 2 ZPO zuzulassen. Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung, weil nicht erkennbar ist, dass die entscheidungserhebliche Rechtsfrage der dinglichen Wirkung einer Vereinbarung über die Form der Mitteilung des Vorkaufsfalles sich über den Einzelfall hinaus in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellt und deshalb für die Allgemeinheit von besonderer Bedeutung ist (vgl. zu den Kriterien des § 543 Abs. 2 etwa BeckOK-ZPO/*Kessal-Wulf*, Stand: 1.12.2018, § 543 Rdnr. 19 ff.; siehe in dem Zusammenhang auch BGH, Beschluss vom 15.8.2018, XII ZB 32/18, juris Rdnr. 3 f.). Es bedarf auch keiner Aufstellung von Leitsätzen für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen oder der Ausfüllung von Gesetzeslücken, da die fraglichen Normen klar sind und die hierzu vorliegende Kommentarliteratur einhellig ist. Letztlich ist eine Revision auch nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten, weil es keine erkennbare Rechtsprechung gibt, von der der Senat abweicht.

## 9. Eintragung eines Wohnungsrechts im Sinne des § 1093 BGB zugunsten des derzeitigen Eigentümers

KG, Beschluss vom 8.1.2019, 1 W 344/18, mitgeteilt von **Constanze Muratori**, Richterin am KG

BGB § 1093  
WEG § 12

### LEITSÄTZE:

1. Ein Wohnungsrecht kann auch zugunsten des derzeitigen Eigentümers eingetragen werden.
2. Dies gilt auch, wenn gleichzeitig und gleichrangig ein weiteres Wohnungsrecht für einen Dritten eingetragen werden soll (Fortführung von Senat, Beschluss vom 24.9.2013, Rpfleger 2014, 130, Aufgabe von Senat, Beschluss vom 11.12.1984, OLGZ 1985, 65).

Der Volltext der Entscheidung erscheint demnächst in der DNotZ.

## 10. Verwendbarkeit einer Bewilligung nach Vollmachtswiderruf

OLG München, Beschluss vom 15.1.2019, 34 Wx 389/18, mitgeteilt von **Edith Paintner**, Richterin am OLG München

BeurkG § 51  
BGB § 164 Abs. 1, §§ 168, 172 Abs. 2  
FamFG § 10 Abs. 2 Satz 1  
GBO §§ 13, 19, 73

### LEITSÄTZE:

1. Eine vom Vertreter erklärte Bewilligung zur Belastung des Immobilieneigentums des Vertretenen mit einem Grundpfandrecht kann nicht Grundlage einer Eintragung sein, wenn zwar nach Beurkundung, aber vor Eingang des unter Vorlage einer beglaubigten Abschrift der Urkunde vom Notar für den verlierenden und den gewinnenden Teil gestellten Vollzugsantrags die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten widerrufen und der Widerruf noch vor dem Eingang der Bewilligung dem Grundbuchamt bekannt wurde.
2. Dass eine dem Bevollmächtigten erteilte Ausfertigung der Vollmachtsurkunde im Beurkundungstermin vorgelegen hat, ist in diesem Fall ebenso unerheblich wie die Frage, ob die Ausfertigung im Zeitpunkt des Vollzugsantrags beim Grundbuchamt bereits zurückgegeben war.

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 450.

## 11. Entfallen des Vorteils aus einer Grunddienstbarkeit bei Teilung des herrschenden Grundstücks – Anforderungen an den Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 23.11.2018, 5 W 86/18

BGB §§ 1019, 1025, 1026  
GBO §§ 19, 22, 29

### LEITSÄTZE:

1. An den Nachweis, dass eine Grunddienstbarkeit (hier Geh- und Fahrrecht) nach der Teilung des herrschenden Grundstücks nur einem der Teile zum Vorteile gereicht und deshalb die Grunddienstbarkeit für die übrigen Teile nach § 1025 Satz 2 BGB erloschen ist (Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO), sind strenge Anforderungen zu stellen. Der Antragsteller muss den Wegfall des Vorteils zudem in der Form des § 29 GBO nachweisen.
2. Das Grundbuchamt hat den Inhalt der Dienstbarkeit eigenständig zu prüfen; an eine Bescheinigung des Katasteramtes, wonach das durch die Teilung vermessen neu entstandene Grundstück keine gemeinsame Grenze mit dem belasteten Grundstück habe und deshalb die Ausübung der Dienstbarkeit insoweit unmöglich und der Vorteil entfallen sei, ist es nicht gebunden.
3. Die Einschätzung, dass mangels gemeinsamer Grenze des neu entstandenen Grundstücks mit dem belasteten Grundstück der Vorteil entfallen sei, ist zum Nachweis der Voraussetzungen des § 1025 Satz 2 BGB nicht geeignet, wenn sich eine Eingrenzung des Wegerechts dahin gehend, dass es nur für das herrschende Grundstück gelten solle, soweit dieses mit seinen Grenzen unmittelbar an das dienende Grundstück stößt, der Eintragung und der zugrunde liegenden Bewilligung nicht entnehmen lässt.
4. Die unmittelbare Nachbarschaft von herrschendem und dienendem Grundstück ist zur Begründung eines Vorteils im Sinne des § 1019 BGB nicht unbedingt notwendig; ein Wegerecht kann auch dann vorteilhaft sein, wenn zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstück andere Grundstücke liegen, der Eigentümer des herrschenden Grundstücks aber tatsächlich die Möglichkeit hat oder hatte, ein dazwischen liegendes Grundstück zu überqueren.

### SACHVERHALT:

1 I. Die im Beschwerdeverfahren durch ihren Verfahrensbevollmächtigten vertretene Antragstellerin ist Eigentümerin des im Grundbuch von St J Blatt (...) eingetragenen Grundbesitzes. Sie begehrt die Löschung einer in Abteilung (...) für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flur (...) eingetragenen Grunddienstbarkeit:

„Geh- und Fahrrecht für den jeweiligen Eigentümer der Grundstücke Flur (...) gemäß Bewilligung vom 12.11.1982; einge-

tragen am 8.6.1983; über Blatt (...) hierher übertragen am 16.11.2016“.

Die in Bezug genommene Bewilligung vom 12.11.1982 lautet dahin, dass

„der jeweilige Eigentümer des Grundstücks Gemarkung St J Flur (...) dem jeweiligen Eigentümer der Grundstücke Gemarkung St J Flur (...) ein Geh- und Fahrrecht über die vorhandene gemeinsam benutzte Zufahrt“ einräumt „mit der Auflage, dass sich die berechtigten an den Unterhaltungskosten dieser Zufahrt anteilmäßig zu beteiligen haben“.

Das Grundstück Flur (...) wurde mittlerweile in die Parzellen (...) und (...) aufgeteilt. Die Parzelle (...) wurde mit anderen Grundstücken als Wohnungseigentum im Grundbuch von St J (...) fortgeschrieben. Die Parzelle (...) steht im Eigentum des weiteren Beteiligten.

**2** Mit notariellem Vertrag vom 19.1.2017 vereinbarten die Antragstellerin sowie die erschienenen Eigentümer der in den Wohnungsgrundbüchern von St J (...) eingetragenen Sondereigentumseinheiten u. a. „die Löschung der im Grundbuch von St J (...) eingetragenen Grunddienstbarkeit“. In Ziffer (...) der notariellen Urkunde heißt es weiter:

„Eigentümer der Parzelle (...) ist Herr M B. Der Notar wird beauftragt, die Zustimmung des Herrn M B zur Löschung der Dienstbarkeit anzufordern.“

**3** Mit ihrem vorliegenden Löschantrag hat die Antragstellerin eine „Bescheinigung des Katasteramtes Saarbrücken gemäß § 1026 BGB hinsichtlich (...) sowie ein Schreiben vom 13.11.2017 beigefügt. In der Bescheinigung heißt es, dass „das vorgenannte Grundstück Abt. (...) außerhalb des Ausübungsbereiches der Grunddienstbarkeit Abt. (...)“ liege. Eine Bewilligung des weiteren Beteiligten enthält der Antrag nicht. Das AG – Grundbuchamt – hat die Antragstellerin mit Zwischenverfügung vom 17.1.2018 darauf hingewiesen, dass zur Löschung des Rechts (...) die Bewilligung aller Berechtigten, somit auch des weiteren Beteiligten, erforderlich sei und die Vorlage des Unschädlichkeitszeugnisses nicht genüge. Mit Schreiben vom 3.7.2018 legte die Antragstellerin nach mehrfacher Fristverlängerung eine „Bescheinigung gemäß § 1025 BGB des Landesamtes für Vermessung, Geoinformation und Landesentwicklung vom 18.6.2018 vor, in der es heißt, das durch die Teilungsvermessung neu entstandene Grundstück Nr. (...) habe keine gemeinsame Grenze mit dem belasteten Grundstück (...), sodass eine Ausübung der Dienstbarkeit (Geh- und Fahrrecht) durch den Eigentümer des Grundstücks Nr. (...) unmöglich sei, die Dienstbarkeit ihm nicht zum Vorteil gereiche. Der hierzu angehörte weitere Beteiligte hat mit Schreiben vom 4.9.2018 mitgeteilt, dass „die Angelegenheit aktuell noch in Verhandlung“ sei, es sei noch mit der Antragstellerin „zu klären, gegen welche Zahlung der Anspruch erlöschen“ solle, und dass er deshalb über das Ansinnen verwundert sei (...).

**4** Mit der angefochtenen – weiteren – Zwischenverfügung vom 18.9.2018 (...) hat das AG darauf hingewiesen, dass – im Hinblick auf dessen Widerspruch – zur Löschung des Rechts (...) weiterhin die Bewilligung des weiteren Beteiligten erforderlich sei und die Vorlage des Unschädlichkeitszeugnisses nicht genüge, weil gemäß der Bewilligung der Ausübungsbereich der Grunddienstbarkeit unbestimmt geregelt und die Gegenstandslosigkeit der Grunddienstbarkeit nicht in grundbuchtauglicher Form zweifelsfrei nachgewiesen sei. Hiergegen richtet sich die mit Schreiben vom 30.10.2018 eingelegte Beschwerde der Antragstellerin (...), die im Wesentlichen eine „Rechtsanwendung auf den konkreten Fall“, insbesondere mit Blick auf die baulichen Gegebenheiten, vermisst, und der das AG mit Verfügung vom 7.11.2018 (...) nicht abgeholfen hat.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**5** II. Die namens der Antragstellerin durch ihren Verfahrensbvollmächtigten (§ 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG) eingelegte, gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des

Grundbuchamtes vom 18.9.2018 hat in der Sache keinen Erfolg. Das AG hat den Antrag auf Berichtigung des Grundbuches durch Löschung der in Abteilung (...) eingetragenen Grunddienstbarkeit zu Recht und mit zutreffender Begründung für unbegründet gehalten, weil es an einer entsprechenden Bewilligung (§ 19 GBO) des weiteren Beteiligten fehlt und sich das Erlöschen der Grunddienstbarkeit mit den im Grundbuchverfahren zugelassenen Beweismitteln (§ 29 GBO) nicht mit der gebotenen Sicherheit feststellen lässt.

**6** 1. Wird – wie vorliegend geschehen – das Grundstück des Berechtigten einer Grunddienstbarkeit geteilt, so besteht gemäß § 1025 Satz 1 BGB die Grunddienstbarkeit regelmäßig für die einzelnen Teile fort; die Ausübung ist jedoch im Zweifel nur in der Weise zulässig, dass sie für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird. Gereicht die Dienstbarkeit dagegen nur einem der Teile zum Vorteil, so erlischt sie für die übrigen Teile (§ 1025 Satz 2 BGB). Letzteres ist Konsequenz daraus, dass eine Grunddienstbarkeit nur in einer Belastung bestehen kann, die für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bietet (§ 1019 Satz 1 BGB); entfällt dieser Vorteil, etwa weil das Recht aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr ausgeübt werden kann, so erlischt die Grunddienstbarkeit kraft Gesetzes (vgl. BGH, Urteil vom 11.3.2016, V ZR 208/15, NJW-RR 2017, 140). Wird infolgedessen das Grundbuch unrichtig, weil das eingetragene und ursprünglich wirksam entstandene Recht nachträglich erloschen ist, so kann auf Antrag eine Berichtigung – durch Löschung dieses Rechts – erfolgen. Dies geschieht entweder aufgrund einer Berichtigungsbewilligung des Berechtigten nach § 19 GBO, die hier fehlt, oder – nach Anhörung des betroffenen Rechtsinhabers – aufgrund eines Unrichtigkeitsnachweises nach § 22 GBO. An diesen Unrichtigkeitsnachweis sind strenge Anforderungen zu stellen, dies zumal es sich bei § 1025 Satz 2 BGB um eine Ausnahmeregelung handelt; außerdem muss der Wegfall des Vorteils in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden (OLG München, FGPrax 2015, 61; RNotZ 2018, 583; OLG Celle, FGPrax 2010, 224; KG, NJW 1975, 697; FGPrax 1997, 212; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 7 Rdnr. 14 und § 22 Rdnr. 42; vgl. auch zu § 1026 BGB: Senat, Beschluss vom 20.2.2018, 5 W 89/17, NJW-RR 2018, 978).

**7** 2. Wie das AG in der angefochtenen Zwischenverfügung zu Recht ausführt, ist dieser Unrichtigkeitsnachweis hier nicht erbracht worden. Die im Grundbuchverfahren zulässigen Beweismittel (vgl. § 29 GBO) erlauben hier nämlich keine hinreichend gesicherten Rückschlüsse darauf, dass die eingetragene Belastung, deren Löschung ohne Mitwirkung des Weiteren Beteiligten beantragt wurde, dessen Grundstück nach der Teilung keinen Vorteil mehr bieten.

**8** a) Zu Recht weist das AG darauf hin, dass die von der Antragstellerin vorgelegte Bescheinigung des Katasteramtes vom 18.6.2018 – die zunächst eingereichte „Bescheinigung gemäß § 1026 BGB“ vom 13.11.2017 betrifft den Fall einer hier nicht gegebenen Teilung des dienenden Grundstücks – dafür nicht genügt. Zwar erfüllt sie als öffentliche Urkunde die nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO geforderte grundbuchtaugliche Form, doch vermag sie, wie auch die Beschwerde einräumt, eine eigenständige Prüfung des Grundbuchamts zum Inhalt

der Dienstbarkeit nicht zu ersetzen und dementsprechend auch keine Bindungswirkung zu entfalten (vgl. Senat, Beschluss vom 20.2.2018, 5 W 89/17, NJW-RR 2018, 978; OLG München, RNotZ 2016, 236; Meikel/Hertel, GBO, 11. Aufl., § 29 Rdnr. 204 Fn. 326). Auch ist die darin geäußerte Einschätzung, das durch die Teilungsvermessung neu entstandene Grundstück Nr. (...) habe keine gemeinsame Grenze mit dem belasteten Grundstück (...), sodass eine Ausübung der Dienstbarkeit (Geh- und Fahrrecht) durch den Eigentümer des Grundstücks Nr. (...) unmöglich und der Vorteil entfallen sei, zum Nachweis der Voraussetzungen des § 1025 Satz 2 BGB nicht geeignet. Eine Eingrenzung des Wegerechts im Wege der Auslegung dahin gehend, dass dies nur für das herrschende Grundstück gelten solle, soweit es mit seinen Grenzen unmittelbar an das dienende Grundstück stoßen sollte (vgl. OLG Celle, FGPrax 2010, 224; OLG München, RNotZ 2018, 583), ist der Eintragung und der zugrunde liegenden Bewilligung nicht zu entnehmen. Diese gewährte u. a. dem jeweiligen Eigentümer des ungeteilten früheren Grundstücks Flur (...) ein Geh- und Fahrrecht über die vorhandene gemeinsam benutzte Zufahrt, ohne dass sich daraus eine Beschränkung auf den Teil, der jetzt in der Parzelle Nr. (...) – unter Ausschluss der Parzelle (...) – aufgegangen ist, gewinnen ließe. Dass sich die Teilung nicht aus den das dienende Grundstück betreffenden Grundbucheintragungen ergibt, ist dabei ebenso unschädlich (BGH, Urteil vom 25.1.2008, V ZR 93/07, NJW-RR 2008, 827).

9 b) Der Einwand der Beschwerde, das AG habe die örtlichen Verhältnisse im konkreten Fall nicht ausreichend berücksichtigt, ist ebenfalls unberechtigt. Ein Wegfall des Vorteils folgt insbesondere nicht daraus, dass seit der Teilung zwischen dem herrschenden Grundstück des weiteren Beteiligten und dem dienenden Grundstück – jetzt – ein weiteres Grundstück liegt, durch das diese Verbindung unterbrochen ist. Die unmittelbare Nachbarschaft von herrschendem und dienendem Grundstück ist zur Begründung eines Vorteils im Sinne des § 1019 BGB nicht unbedingt notwendig; es genügt vielmehr eine derartige räumliche Beziehung zueinander, dass ein objektiver grundstücksbezogener Nutzen des herrschenden Grundstücks besteht, was sich nach dem Rechtsinhalt der Grunddienstbarkeit richtet (OLG München, FGPrax 2015, 61; RNotZ 2018, 583; Staudinger/Weber, Neub. 2017, § 1019 Rdnr. 6; vgl. auch BGH, Urteil vom 6.5.1966, V ZR 204/62, MDR 1966, 748). Ein Wegerecht kann jedoch auch dann vorteilhaft sein, wenn – wie hier – zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstück andere Grundstücke liegen, der Eigentümer des herrschenden Grundstücks aber tatsächlich die Möglichkeit hat oder hatte, ein dazwischen liegendes Grundstück zu überqueren (OLG München, FGPrax 2015, 61). Dass diese Möglichkeit infolge der Teilung, insbesondere aufgrund der baulichen Gegebenheiten, nicht mehr gegeben wäre, wie die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde vortragen lässt, ist hier weder offenkundig noch in der Form des § 29 GBO nachgewiesen worden; insbesondere die zur Akte gelangten Flurkarten (...) sprechen nicht, jedenfalls nicht mit der notwendigen Sicherheit, für eine solche Annahme. Dass sich das Grundstück möglicherweise anderweitig erschließen ließe oder erschlossen wurde, spielt ebenfalls keine Rolle, weil selbst die Existenz einer weiteren Zuwegung die in der Mög-

lichkeit der Benutzung liegende Vorteilhaftigkeit der Dienstbarkeit nicht beseitigen würde (BGH, Urteil vom 25.1.2008, V ZR 93/07, NJW-RR 2008, 827).

(...)

## 12. Erklärung der Auflassung im Testament

OLG Rostock, Beschluss vom 13.8.2018, 3 W 160/16

BGB § 727 Abs. 1, § 873 Abs. 1, § 925 Abs. 2, §§ 2033, 2174

GBO §§ 19, 20, 22 Abs. 1, §§ 29, 74

### LEITSÄTZE:

1. **Wem im Wege eines Vermächtnisses das Eigentum an einem Grundstück zugedacht wird, kann allein durch Vorlage des Testaments eine Grundbuchberichtigung nicht erreichen. Es bedarf der Auflassung und der Eintragungsbewilligung durch die Erben.**
2. **Erklärt der Erblasser bereits im Testament für den Todesfall die Auflassung von Grundstücken an den Vermächtnisnehmer, bleibt dies wirkungslos und ersetzt die Auflassung durch die Erben nicht.**

### SACHVERHALT:

1 I. Herr M ist in den im Rubrum genannten Grundbüchern mit den aufgeführten Rechtsverhältnissen beteiligt; zudem war er Gesellschafter der Bauernhof H-GbR. M ist am 19.5.2014 verstorben.

2 Am 13.6.2015 wurde vor dem AG das Testament des M eröffnet. In diesem Testament heißt es u. a.:

„Ich setze zu meiner alleinigen Vollerbin meine Ehefrau G M, geborene D, geboren am 9.9.1949, (...) ein. Sollte meine Ehefrau vor oder nach dem Erbfall wegfallen, setze ich unsere vier ehedem gemeinschaftlichen Abkömmlinge (...) nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolgeordnung zu Ersatzerben ein. Wiederum ersatzweise tritt – zunächst innerhalb eines Stammes – Anwartschaft ein (...). Ich bin zusammen mit meinem Bruder, Herrn U M, und den Kindern meiner verstorbenen Schwester I L, Frau A L und Frau C O, geborene L, Miteigentümer von umfangreichem Grundbesitz in K. Diesbezüglich besteht eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Dieser Grundbesitz stammt aus meiner väterlichen Linie. Aus diesem Grund vermache ich meinen Kindern (...) im Wege des Vermächtnisses die Gesellschaftsanteile an der Bauernhof H-GbR sowie 1/3 Miteigentumsanteile an den Grundbesitzen verzeichnet beim AG Rostock, Grundbücher von K Blätter (...) und Grundbuch von J Blatt (...) zu gleichen Teilen, verbunden mit der Verpflichtung, meiner Ehefrau, Frau G M, an den Miteigentumsanteilen an den vorbezeichneten Grundbesitzen das lebenslange Nießbrauchsrecht, löschar bei Todesnachweis einzuräumen.“

Die erforderliche dingliche Einigungserklärung gemäß § 873 Abs. 1 BGB gebe ich hiermit ab und bewillige die Eintragung des Eigentumswechsels auf meine vier Kinder sowie des Nießbrauchs meiner Frau, G M, im Grundbuch. Gemäß § 11 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages vom 1.2.1991 bezüglich der Bauernhof H-GbR haben die Gesellschafter bestimmt, dass im Fall des Ablebens eines Gesellschafters ein testamentarisch festgestellter und den anderen Gesellschaftern bekannte Einzelperson (Erbe)

den Gesellschaftsanteil des Verstorbenen mit allen Rechten und Pflichten übernimmt.“

**3** Unter Beifügung einer Kopie des Testaments und des Eröffnungsprotokolls beantragten die Beteiligten mit notarieller Urkunde vom 14.11.2015 die Grundbuchberichtigung sämtlicher hier gegenständlichen Grundbücher dahin, dass die Beteiligten zu 1 bis 4 neben den Beteiligten zu 5 bis 7 Eigentümer in Erbengemeinschaft seien. Diese Urkunde liegt nur unvollständig vor. Der vorliegende Teil betrifft die Löschung und Bestellung von Nießbrauchsrechten. Mit Schreiben vom 6.10.2016 hat die Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten die Anträge neu gefasst.

**4** Beantragt und bewilligt wird in dem dem Gericht vorliegenden Teil der Urkunde die Löschung des Nießbrauchsrechts für B M im Grundbuch von K Bl. (...).

**5** Weiter beantragten die Beteiligten die Eintragung eines lebenslangen Nießbrauchsrechts, löschar bei Todesnachweis zugunsten der Frau G M, geborene D, geboren am 9.9.1949, an dem Erbteil 1 des Herrn M auf allen vorbezeichneten Grundbüchern mit Ausnahme des Grundbuches von K, Bl (...), Flurstück (...) Mit Zwischenverfügung vom 8.12.2015 beanstandete das AG, dass ein Vermächtnis keine dingliche Wirkung habe, sondern lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Erben begründe (§ 2174 BGB). Soweit die Grundbuchberichtigung aufgrund der eingetretenen Erbfolge beantragt sei, könne diese nur auf die Erbin, die Ehefrau des Erblassers und Beteiligte zu 8, erfolgen. Laut Abschnitt 11 a) solle die Ehefrau G M Alleinerbin sein. Aufgrund der Formulierung „Sollte meine Ehefrau (...), nach dem Erbfall wegfallen, setzte ich unsere vier Ehegemeinschaftlichen Abkömmlinge als Ersatzerben ein.“ sei jedoch fraglich, ob die Ehefrau Vollerbin oder nur Vorerbin ist. Es bat daher um Übersendung eines Erbscheins nach dem Erblasser. Sollten jedoch sogleich die Vermächtnisnehmer ohne vorherige Grundbuchberichtigung auf die Erbin eingetragen werden, bestünden folgende Möglichkeiten:

**6** In den Grundbüchern K Bl. (...), in denen der Erblasser als Miteigentümer zu 1/3 Anteil eingetragen ist, bedürfe es einer Auflassungserklärung der Erbin an die Vermächtnisnehmer.

**7** In den Grundbüchern K Bl. (...), in denen der Erblasser in Erbengemeinschaft eingetragen ist, sei eine Erbteilsübertragung der Erbin an die Vermächtnisnehmer erforderlich. Diese Möglichkeiten würden nicht für die Grundbücher K (...), in denen die Bauernhof H-GbR als Eigentümerin eingetragen ist, zur Verfügung stehen. Hier sei zunächst der Gesellschaftsvertrag in öffentlich beglaubigter Form zu übersenden, aus dem hervorgeht, dass die Gesellschaft mit der Erbin fortbesteht.

**8** Mit Beschluss vom 26.7.2016 hat das AG den Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels zurückgewiesen, weil die Eintragungshindernisse, die in der Verfügung vom 8.12.2015 aufgezeigt worden seien, nicht behoben worden seien.

**9** Am 11.8.2016 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten gegen den Beschluss vom 26.7.2016 Beschwerde eingelegt. Zur Begründung hat er ausgeführt, die Grundbuchberichtigung zugunsten der Beteiligten zu 1 bis 4 sei erfolgt aufgrund des Vermächtnisses des Erblassers gemäß notariellem Testament vom 10.2.2014. Darin habe der Erblasser zwar seine Ehefrau als Alleinerbin eingesetzt. Er habe aber gemäß II. c) bezüglich der vorgenannten Grundbücher ein Vermächtnis ausgesetzt zugunsten seiner vier Kinder. Auf Seite 5 des Testaments habe der Erblasser bereits die Bewilligungserklärung gemäß § 873 Abs. 1 BGB abgegeben. Es bedürfe hinsichtlich der Grundbücher von K Bl. (...) nicht einer Auflassungserklärung der Erbin. Dies beziehe sich auch auf die Grundbücher von K Bl. (...). Betreffend die Grundbücher von K Bl. (...), in denen die Bauernhof H-GbR eingetragen ist, sei es so, dass ein aktueller Gesellschaftsvertrag in öffentlich beglaubigter Form nicht vorliege. Dieser werde nachgereicht werden.

**10** Mit Verfügung vom 12.9.2016 hat das AG erneut darauf hingewiesen, dass das Vermächtnis lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Erbin begründe. Zur Umschreibung bedürfe es

einer Auflassung der Erbin an die Vermächtnisnehmer. Soweit der Erblasser eine Auflassungserklärung im Testament abgegeben habe, mangle es an der nach § 873 Abs. 1 BGB erforderlichen Einigung des Berechtigten und des anderen Teils sowie auch an der für die materiellrechtliche Wirksamkeit erforderlichen gleichzeitigen Anwesenheit von Veräußerer und Erwerber. Eine Eintragungsbewilligung könne die Auflassung nicht ersetzen. Für die Erbteilsübertragungen Bl. (...) seien beurkundete Erklärungen gemäß §§ 2033, 2371 BGB erforderlich. Die Eintragungsbewilligung sei ebenfalls nicht ausreichend. Erklärungen könnten auch durch Testamentsvollstrecker oder aufgrund postmortaler Vollmacht erfolgen. Beides sei hier nicht vorhanden. Hinsichtlich der Eintragungen des Nießbrauchs in den Grundbuchblättern, in denen der Erblasser als Mitglied einer Erbengemeinschaft eingetragen ist, bedürfte es einer Nießbrauchsbestellung am Erbteil, die zu einer Verfügungsbefugnis führe. Bei dieser sei eine Vorlöschungsklausel aber nicht eintragbar. Die Eintragung eines Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil sei nicht möglich.

**11** Mit notarieller Urkunde vom 16.9.2016 schlossen die Beteiligte zu 8 und die Beteiligten zu 1 bis 4 einen Vermächtniserfüllungsvertrag für den Grundbesitz, verzeichnet im Grundbuch K Bl. (...). Sie bewilligten und beantragten die Umschreibung im Grundbuch. Eine ausdrückliche Auflassungserklärung enthält die Urkunde nicht. (...)

**12** Mit notarieller Urkunde vom 16.9.2016 schlossen die Beteiligten zu 1 bis 4 und 8 einen Vermächtniserfüllungsvertrag, mit welchem die Eigentumsanteile betreffend die Grundbuchblätter (...) übergehen sollen. Wiederum bewilligten sie die Eigentumsänderung im Grundbuch einzutragen. (...) Eine ausdrückliche Auflassung enthält auch dieser Vertrag nicht.

**13** Mit notarieller Urkunde vom 16.9.2016 beurkundeten die Beteiligten zu 1 bis 7 ein Gesellschaftsprotokoll mit zugehörigen Vereinbarungen. Hiernach sind sich die Erschienenen einig, dass die Gesellschaft mit den Beteiligten zu 1 bis 4 anstelle des M fortgeführt wird. Sie bewilligten und beantragten insoweit die Berichtigung der Grundbuchblätter (...)

**14** Mit Schriftsatz vom 6.10.2016 hat der Verfahrensbevollmächtigte die Anträge teilweise neu gefasst. Bezüglich der Urkunden (...) beantragt er die Eigentums Umschreibung auf die Beteiligten zu 1 bis 4. Für die Löschung des Nießbrauchsrechts für B M verbleibt es bei dem Antrag. Weiter beantragt er die Eintragung eines lebenslangen Nießbrauchsrechts zugunsten der Beteiligten zu 8 bezüglich der Grundbücher von K Bl. (...) mit Ausnahme des Flurstückes, eingetragen im Grundbuch von K Bl. (...), Flurstück (...) sowie des Flurstückes, eingetragen im Grundbuch von K Bl. (...), Flurstück (...). Weiter beantragt er zu den Grundbüchern von K Bl. (...) die Grundbuchberichtigung dahin gehend, dass die Gesellschaft anstelle von M mit den Beteiligten zu 1 bis 4 fortgeführt wird.

**15** Das AG hat der Beschwerde mit Beschluss vom 6.12.2016 nicht abgeholfen. Zur Begründung hat es auf seine Zwischenverfügung vom 8.12.2015, den Beschluss vom 26.7.2016 und die Verfügung vom 12.9.2016 Bezug genommen und gemeint, mit Schreiben vom 6.10.2016 seien die Eintragungshindernisse nicht behoben worden.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**16** II. Die Beschwerde ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO zulässig. In der Sache hat sie indes keinen Erfolg.

**17** Es fehlt an den Voraussetzungen einer Berichtigung. Die Berichtigung des Grundbuches setzt dessen Unrichtigkeit voraus. Gemäß § 22 Abs. 1 GBO ist für die Berichtigung des Grundbuches entweder der Nachweis der Unrichtigkeit zu erbringen oder es Bedarf der Bewilligung des Betroffenen nach § 19 GBO. Durch die begehrte Berichtigung muss die Richtigkeit des Grundbuches hergestellt werden. Diese Voraussetzungen sind nach wie vor nicht gegeben.

**18** 1. Die begehrte Eintragung in den Grundbuchblättern (...) führt nicht zu einer Richtigkeit des Grundbuches. Das Testament hat nicht zu einer Rechtsnachfolge der Beteiligten zu 1 bis 4 an dem Miteigentumsanteil des M geführt. Anders als der Erbe wird der Vermächtnisnehmer im Todesfall des Erblassers nicht dessen Rechtsnachfolger. Die Zuwendung durch Vermächtnis begründet mit dem Erbfall ein Forderungsrecht, da der vermachte Gegenstand nicht dinglich übergeht. Es verschafft dem Bedachten also nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Erfüllung des Vermächtnisses gegenüber dem Beschwerten (Palandt/*Weidlich*, 77. Aufl., § 1939 Rdnr. 3). Für den Übergang des Eigentums auf den Vermächtnisnehmer bedarf es stets der rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung (so auch Senatsbeschluss vom 25.7.2018, 3 W 33/18).

**19** Zur Übertragung bedarf es, worauf das AG zutreffend hingewiesen hat, also der Auflassung zwischen dem Erben und dem Vermächtnisnehmer. Die Auflassung ist gemäß § 925 BGB die zur Übertragung des Eigentums nach § 873 BGB erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers, die bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor der zuständigen Stelle erklärt werden muss.

**20** Soweit der Erblasser in seinem Testament erklärt hat, die erforderliche dingliche Einigungserklärung hiermit abgegeben zu haben, ist dies eine einseitige Erklärung, die gegenüber Abwesenden abgegeben worden ist, und genügt folglich nicht. Überdies stünde die Erklärung unter der aufschiebenden Bedingung des Erbfalles und ist gemäß § 925 Abs. 2 BGB unwirksam.

**21** Gemäß § 20 GBO muss die Auflassung gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden, während sie materiellrechtlich keiner bestimmten Form unterliegt. Die Veräußerung und der Erwerb von Eigentum müssen klar aus der Urkunde erkennbar sein. Dabei ist die Auflassung gleichwohl einer Auslegung zugänglich. So kann die Auflassung durch Auslegung darin gesehen werden, dass der Veräußerer die Umschreibung des Eigentums bewilligt und der Erwerber sie beantragt (Palandt/*Herrle*, § 925 Rdnr. 11; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 20 Rdnr. 31; MünchKommBGB/*Kanzleiter*, 7. Aufl., § 925 Rdnr. 21; RG, Beschluss vom 16.5.1903, RGZ 54, 378). Ob die Erklärungen in der Urkunde in ihrer Auslegung bereits eine Auflassung enthalten, braucht der Senat jedoch nicht abschließend entscheiden.

**22** Ausweislich der notariellen Urkunde ist der Beteiligte zu 1 für den Beteiligten zu 2 und die Beteiligte zu 4 unter Bezug auf eine notarielle Vollmacht aufgetreten. Die Vollmachtgeber bezeichnen sich in diesen Vollmachten als Eigentümer des Grundbesitzes. Sie bestellen den Vollmachtnehmer zum Sonderbevollmächtigten. Die Bevollmächtigung wird auf die Veräußerung und für Erklärungen betreffend Grunddienstbarkeiten beschränkt. Da sich die Vollmachtgeber bereits in der Stellung des Eigentümers bei Abgabe der Vollmachtserklärung gesehen haben, kann sich der Erklärungswille dieser Vollmachten nicht darauf richten, erst die Eigentümerstellung des Vollmachtgebers herzustellen. Somit ist die Auflassung selbst bei positiver Auslegung der Urkunde nicht von allen Parteien in gleichzeitiger Anwesenheit erklärt. Zudem hat er bei Erklärung der Auflassung als vollmachtloser Vertreter gehandelt.

**23** 2. Die Urkunde zur UR-Nr. (...) leidet ebenfalls unter diesem Vollmachtenmangel. Darüber hinaus ist auch in dieser Urkunde in § 1 Ziffer 1 nur die Rede von dem Anteil an den Grundbüchern. In diesen Grundbüchern aber ist Eigentümer eine Erbengemeinschaft, deren Mitglied der Erblasser war. Die Beteiligte zu 8 ist an dessen Stelle in die Erbengemeinschaft kraft Rechtsfolge eingerückt. Überträgt sie nun allein einen Eigentumsanteil an einem der Erbengemeinschaft gehörenden Grundstück, überträgt sie tatsächlich einen Anteil an einem der Erbengemeinschaft gehörenden Gegenstand. Hierüber aber kann sie gemäß § 2033 Abs. 2 BGB nicht verfügen. § 2033 Abs. 1 BGB lässt nur die Verfügung über den ganzen Erbteil an der im Grundbuch eingetragenen Erbengemeinschaft zu. Eine Übertragung des Erbteiles hat in der Urkunde aber nicht stattgefunden. Ist die Übertragung des Erbteils wirksam erfolgt, kann unter Vorlage der gemäß § 2033 Abs. 1 BGB ohnehin erforderlichen notariellen Urkunde eine Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO veranlasst werden.

**24** 3. Betreffend die notarielle Urkunde zur UR-Nr. (...) begehren die Beteiligten die Eintragung, dass die Gesellschaft mit den Beteiligten zu 1 bis 4 fortgesetzt wird.

**25** Stirbt ein Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sieht § 727 Abs. 1 BGB vor, dass die Gesellschaft aufgelöst wird, soweit sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes ergibt. Die Auflösung der Gesellschaft ist somit dispositiv (Palandt/*Sprau*, Vor 1 vor § 723). Somit muss das Grundbuchamt prüfen können, ob eine solche dispositive Regelung weichen Inhaltes im Gesellschaftsvertrag getroffen ist. Auch wenn nach Tod die Erben und die Gesellschafter die Berichtigung bewilligen, bedarf es daher der Vorlage des Gesellschaftsvertrages, der nicht unbedingt in der Form des § 29 GBO vorgelegt werden muss. Aus diesem ergibt sich erst, was die Gesellschafter für den Todesfall geregelt haben (*Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 41, 42).

**26** Ein Gesellschaftsvertrag ist trotz des entsprechenden Hinweises des AG nicht zu den Grundbuchakten gereicht worden, obgleich es in der Urkunde heißt, dass der Gesellschaftsvertrag vom 1.2.1991 der Urkunde beigelegt werde. Schon deshalb ist eine Eintragungsfähigkeit derzeit nicht gegeben.

**27** Geht der Senat davon aus, dass der Gesellschaftsvertrag die im Testament zitierte Regelung des § 11 Ziffer 2 enthält, ist bereits fraglich, ob der Erblasser eine Bestimmung im Sinne der Regelung getroffen und die übrigen Gesellschafter hierüber unterrichtet hat. Dem Testament ist hierzu nichts zu entnehmen. Allerdings ist in Betracht zu ziehen, dass aufgrund des Klammereinschubs (Erbe) auch die testamentarische Bestimmung eines Alleinerben genügen kann. Dies unterstellt, wäre die Beteiligte zu 8 zunächst Gesellschafterin der GbR geworden. Daher wäre sodann eine Übertragung des Gesellschafteranteils an die Beteiligten zu 1 bis 4 erforderlich gewesen. Die Eintragung des Gesellschafterwechsels hätte sodann einer Bewilligung durch alle Gesellschafter einschließlich des ausscheidenden Gesellschafters und der eintretenden Gesellschafter bedurft. Die Beteiligte zu 8 als dann ausscheidender Gesellschafter hat an der Urkunde aber nicht mitgewirkt.

**28** Enthält der Gesellschaftsvertrag eine dispositive Regelung hingegen nicht oder fehlt es an einer wirksamen Bestimmung

des Eintretenden durch den Erblasser, kommt es zu der Folge des § 727 Abs. 1 BGB; die Gesellschaft wird aufgelöst. Sie wandelt sich dadurch in eine Gesellschaft in Liquidation. Soweit diese die Fortsetzung unter Einbeziehung neuer Gesellschafter beschließen möchte, dürfte auch hieran die Beteiligte zu 8 mitwirken müssen, was der Senat jedoch nicht abschließend beurteilen muss.

**29** Im Übrigen gilt auch für diese Urkunde, dass der Beteiligte zu 1 für die Beteiligten zu 2 und 4 ohne Vertretungsmacht gehandelt hat, da die Vollmacht Beschlüsse zum Gesellschafterwechsel und Eintritt in eine GbR nicht deckt.

**30** 4. Mit der Löschung und Eintragung von Nießbrauchsrechten braucht sich der Senat nicht befassen.

**31** Wenn auch im Laufe des Verfahrens auch hierzu Erklärungen abgegeben worden sind, beschränkt sich der angefochtene Beschluss nur auf die Anträge auf Umschreibung des Eigentums. Der Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist hierdurch beschränkt.

**32** 5. Gemäß § 74 GBO kann der Beschwerdeführer seine Beschwerde auf neue Tatsachen und Beweise stützen. Tatsachen sind dabei auch die beizubringenden Unterlagen. Es kommt nicht darauf an, ob die Tatsachen vor oder nach dem Beschluss entstanden sind. Im Antragsverfahren ist das OLG nicht berechtigt, Ermittlungen anzustellen. Vielmehr hat der Beschwerdeführer die noch fehlenden Unterlagen beizubringen. Deren Vorlage kann ihm das Beschwerdegericht durch unanfechtbaren Beschluss aufgeben (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 504).

**33** Ob das Beschwerdegericht von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen. In Ansehung der umfangreichen Eintragungshindernisse, deren Beseitigung die umfassende Erstellung neuer Urkunden erfordert, sieht der Senat von dieser Möglichkeit trotz Ersuchens der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten ab. Die Beseitigung sämtlicher aufgezeigten Eintragungshindernisse würde eine völlig neue Sachlage schaffen, deren grundbuchrechtliche Prüfung allein durch das Beschwerdegericht den Beteiligten im vollen Umfang der Überprüfung eine Instanz entziehen würde.

**34** Auch aus dem Gesichtspunkt der Rangwahrung ist eine solche Vorgehensweise nicht geboten. Mit der den Antrag abweisenden Entscheidung des Grundbuchamtes verliert der Antrag seine rangwahrende Wirkung. Führt die Beschwerde aufgrund der auch dem Grundbuchamt bereits bekannten Tatsachen zur Aufhebung der ablehnenden Entscheidung, lebt dieser Rang wieder auf. Beruht die Aufhebung und ggf. Eintragungsanweisung des Beschwerdegerichtes hingegen auf im Beschwerdeverfahren vom Beschwerdeführer neu beigebrachten Tatsachen, lebt hierdurch der Rang nicht wieder auf, denn die zurückweisende Entscheidung hat die rangwahrende Wirkung beendet. Daher behalten zwischenzeitliche Eintragungen seit Zurückweisung des Antrages hinsichtlich ihres Ranges den Bestand (Meikel, GBO, 1. Aufl., § 74 Rdnr. 14).

(...)

## BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

### 13. Einrichtung einer Betreuung trotz erteilter Vorsorgevollmacht

BGH, Beschluss vom 15.8.2018, XII ZB 10/18  
(Vorinstanz: LG Hof, Beschluss vom 7.12.2017, 22 T 127/17)

BGB § 1896 Abs. 2, § 1903  
FamFG § 68 Abs. 3 Satz 2, § 278 Abs. 1

#### LEITSÄTZE:

1. Zieht das Beschwerdegericht in einer Betreuungssache für seine Entscheidung eine neue Tatsachengrundlage heran, die nach der amtsgerichtlichen Entscheidung datiert, gebietet dies eine erneute persönliche Anhörung des Betroffenen (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 28.9.2016, XII ZB 313/16, FamRZ 2016, 2089).
2. In einer Betreuungssache setzt die Verwertung eines Sachverständigengutachtens als Grundlage einer Entscheidung in der Hauptsache gemäß § 37 Abs. 2 FamFG grundsätzlich voraus, dass das Gericht das Gutachten mit seinem vollen Wortlaut dem Betroffenen auch persönlich zur Verfügung zu stellen. Davon kann nur unter den Voraussetzungen des § 288 Abs. 1 FamFG abgesehen werden (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 28.3.2018, XII ZB 168/17, FamRZ 2018, 954).
3. Zur Frage, wann die Einrichtung einer Betreuung trotz erteilter Vorsorgevollmacht erforderlich sein kann.
4. Für die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts im Bereich der Vermögenssorge muss eine konkrete Gefahr des Vermögens des Betroffenen durch sein aktives Tun festgestellt werden, indem er etwa vermögenserhaltende und -schützende Maßnahmen des Betreuers konterkariert oder andere vermögensschädigende Maßnahmen trifft (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 20.6.2018, XII ZB 99/18, juris).

### 14. Volljährigenadoption: kein Ausschluss wegen intaktem Verhältnis zu leiblichen Eltern

OLG Stuttgart, Beschluss vom 14.1.2018, 17 UF 87/18

BGB § 1741 Abs. 1 Satz 1, § 1767 Abs. 2 Satz 1, §§ 1769, 1772

#### LEITSATZ:

Eine sittliche Rechtfertigung der Annahme gemäß § 1767 Abs. 1 BGB ist bei einer Volljährigenadoption nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die Anzunehmende über ein intaktes Verhältnis zu ihren leiblichen Eltern verfügt.

**SACHVERHALT:**

**1** I. Die Annehmende und die Anzunehmende, beides deutsche Staatsangehörige, begehren den Ausspruch einer Volljährigenadoption.

**2** 1. a) Die am (...) 1960 geborene, ledige und kinderlose Annehmende ist die Schwester des Vaters der am (...) 1990 geborenen, ledigen Anzunehmenden und damit deren Tante. Sie ist von Beruf Professorin.

**3** Die Anzunehmende hat eine am (...) 2016 geborene Tochter. Sie ist Studentin; sie führt einen eigenen Haushalt.

**4** Die Annehmende und die Anzunehmende haben mit notariell beurkundetem Antrag vom 20.6.2017, der am 10.7.2017 beim AG Stuttgart eingegangen ist, die Annahme der Anzunehmenden als Kind der Annehmenden beantragt. Sie haben beide beantragt, mit dem Ausspruch zu bestimmen, dass die Wirkungen der Annahme sich nach den Vorschriften über die Annahme eines Volljährigen (§§ 1767 ff. BGB) richten. Die Anzunehmende solle als Geburtsnamen den Familiennamen „(...)“ erhalten und diesen zukünftig führen.

**5** Zur Begründung ihres Antrags haben die Annehmende und die Anzunehmende angegeben, dass zwischen ihnen ein Eltern-Kind-Verhältnis bestehe. Seit früher Kindheit der Anzunehmenden bestehe ein sehr enger Kontakt zwischen beiden. Die Anzunehmende habe sich ungefähr ab dem Jahr 2004 auch oft im Haushalt der Annehmenden aufgehalten. Die Annehmende habe die Anzunehmende bei den Hausaufgaben und später bei Arbeiten für das Studium unterstützt. Die Anzunehmende habe auch einen eigenen Schlüssel zur Wohnung der Annehmenden. Die Annehmende habe die Anzunehmende auch in einer schweren persönlichen Lage unterstützt, als im Jahr 2015 der Bruder der Anzunehmenden Suizid begangen habe. Während die Eltern der Anzunehmenden damals kaum in der Lage gewesen seien, die schwierige Situation zu meistern, habe die Anzunehmende Halt bei der Annehmenden, die sich auch um die Formalitäten gekümmert habe, gefunden. Auch als die Anzunehmende im Jahr 2015 schwanger geworden sei, habe die Annehmende sie in dieser Lebenssituation unterstützt. Gemeinsam mit den Eltern der Anzunehmenden habe die Annehmende dafür gesorgt, dass die Anzunehmende trotz Kleinkind habe studieren können. Die Mutter der Anzunehmenden habe die Betreuung des Kindes übernommen, während die Annehmende Hilfe zum Studium geleistet habe. Weiter haben die Annehmende und die Anzunehmende auch schon mehrfach gemeinsame Urlaube im Ausland verbracht. Auch finanziell habe die Annehmende die Anzunehmende unterstützt. So habe sie ihr ein Fahrzeug nach Erwerb des Führerscheins zukommen lassen und einen Teil der Wohnung der Anzunehmenden finanziert.

**6** Die Anzunehmende hat angegeben, dass sie der Annehmenden zurückgeben möchte, was sie von dieser an Fürsorge erhalten habe. Sie sei dazu bereit, sich um diese zu kümmern, sofern dies erforderlich werden sollte.

**7** Die Anzunehmende ist im elterlichen Haushalt aufgewachsen, den sie im Alter von 16 Jahren verlassen hat. Sie hat nach eigenen Angaben eine intakte Beziehung zu ihren leiblichen Eltern.

**8** Die Eltern der Anzunehmenden haben mit notariell beurkundeter Erklärung vom 20.6.2017 in die beantragte Annahme als Kind ausdrücklich eingewilligt.

**9** b) Das AG hat die beiden Beteiligten persönlich angehört.

**10** Mit Beschluss vom 1.3.2018 hat das AG Stuttgart den Adoptionsantrag zurückgewiesen.

**11** Das AG ging davon aus, dass die geplante Volljährigenadoption sittlich nicht gerechtfertigt sei (§ 1767 BGB). Es bestünde Zweifel daran, dass zwischen den Beteiligten bereits ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden sei bzw. in der Zukunft noch entstehen werde. Zwischen den Beteiligten bestehe eine sehr gute verwandtschaftliche Bindung, die jedoch nicht die Qualität eines Eltern-Kind-Verhältnisses besitze, sondern ein Tante-Nichte-Verhältnis bleibe. Gegen das Bestehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses spreche als Indiz insbeson-

dere bereits die ungestörte, intakte Beziehung der Anzunehmenden zu ihren leiblichen Eltern. Auch wenn rechtlich gesehen bei einer Volljährigenadoption dem Anzunehmenden seine leiblichen Eltern erhalten bleiben, sei das Hinzutreten eines weiteren Elternteils in der persönlichen Beziehungsebene angesichts der langen natürlichen Eltern-Kind-Beziehung nicht angemessen. Darüber hinaus ging das AG davon aus, dass das Motiv für die Adoption überwiegend auf wirtschaftlichen Erwägungen, insbesondere steuerrechtlicher Art (Schenkungssteuer) beruhe.

**12** 2. Gegen den ihr am 3.4.2018 zugestellten Beschluss legte die Annehmende mit am 2.5.2018 beim AG Stuttgart eingegangenen Schriftsatz Beschwerde ein.

(...)

**AUS DEN GRÜNDEN:**

1. II. Die Beschwerde der Annehmenden ist statthaft gemäß § 58 Abs. 1 FamFG. Sie ist auch im Übrigen in zulässiger Weise, insbesondere form- und fristgerecht (§§ 63, 64 FamFG) eingelegt.

2. Die Beschwerde ist begründet.

**19** a) Gemäß § 1767 Abs. 1 BGB kann ein Volljähriger als Kind angenommen werden, wenn die Annahme sittlich gerechtfertigt ist; dies ist insbesondere anzunehmen, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist.

**20** Besteht zwischen Annehmendem und Anzunehmendem bereits ein Eltern-Kind-Verhältnis, so ist unwiderleglich vom Vorliegen sittlicher Rechtfertigung auszugehen und durch Ausspruch der Annahme das bislang nur faktische Eltern-Kind-Verhältnis rechtlich zu flankieren. Dabei ist es unerheblich, aus welchen Motiven die Beteiligten diese rechtliche Flankierung anstreben; in diesem Fall des Bestehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses dürfen auch rein wirtschaftliche Gründe eine Rolle spielen (BeckOGK-BGB/Löhnig, Stand: 15.12.2018, § 1767 Rdnr. 10; MünchKomm-BGB/Maurer, 7. Aufl. 2017, § 1767 Rdnr. 25; Erman/Saar, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1767 Rdnr. 7; Staudinger/Rainer Frank, Neub. 2007, § 1767 Rdnr. 20; OLG Schleswig, BeckRS 2009, 86165).

**21** Sittlich gerechtfertigt ist die Annahme gemäß § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB i. V. m. § 1741 Abs. 1 Satz 1 BGB auch dann, wenn zu erwarten ist, dass zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis entstehen wird. Die Motivation muss in diesem Fall vorrangig familienbezogen sein, während wirtschaftliche Motive keine prägende Rolle spielen dürfen (BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1767 Rdnr. 18; MünchKomm-BGB/Maurer § 1767 Rdnr. 26).

**22** b) Ein Eltern-Kind-Verhältnis ist entstanden, wenn zwischen Annehmendem und Anzunehmendem eine dauerhafte seelisch-geistige Bindung im Sinne einer natürlichen Eltern-Kind-Beziehung besteht. Alle für und gegen die Annahme einer Eltern-Kind-Beziehung sprechenden Umstände sind in eine Einzelfallbetrachtung einzubeziehen und gegeneinander abzuwägen.

**23** Die für die Entstehung einer Eltern-Kind-Beziehung sprechenden Umstände müssen die dagegen sprechenden deutlich überwiegen. Begründete Zweifel gehen zulasten der Betroffenen und führen zur Abweisung des Adoptionsantrags

(MünchKomm-BGB/Maurer, § 1767 Rdnr. 21; BeckOK-BGB/Pöcker, Stand: 1.11.2018, § 1767 Rdnr. 9).

**24** Von einem Eltern-Kind-Verhältnis kann ausgegangen werden, wenn die zwischen den Beteiligten entstandene Beziehung dem Verhältnis zwischen volljährigen Kindern und ihren leiblichen Eltern entspricht. Dieses Verhältnis ist naturgemäß anders geartet als bei minderjährigen Kindern, deren Beziehung zu ihren Eltern vorwiegend durch Betreuung, Schutz und Erziehung des Kindes geprägt ist. Für die Annahme einer Eltern-Kind-Beziehung sind Gemeinsamkeiten, familiäre Bindungen und innere Zuwendung erforderlich, wie sie zwischen Eltern und erwachsenen Kindern typischerweise vorliegen, insbesondere ein enger persönlicher Kontakt und die Bereitschaft zu dauerhaftem gegenseitigem Beistand, gegebenenfalls in Verbindung mit wirtschaftlicher Hilfe. Es muss sich um ein solches Maß an innerer Verbundenheit zwischen den Beteiligten handeln, dass sich die Beziehung klar von einer guten Bekanntschaft oder engen Freundschaft abhebt und in die Nähe einer echten, gelebten Beziehung zwischen einem Elternteil und dessen erwachsenem Kind rückt. Anhaltspunkte sind insoweit auch eine Integration in das familiäre Beziehungsgeflecht, ein gewachsenes, gegenseitiges Grundvertrauen, in dem sich die Beteiligten wechselseitig aussprechen oder in die Entscheidungsfindung in wichtigen Angelegenheiten in angemessener Weise einbeziehen (OLG Braunschweig, FamRZ 2017, 1240; KG, FamRZ 2014, 225; MünchKomm-BGB/Maurer, § 1767 Rdnr. 19).

**25** Es ist keine häusliche Gemeinschaft erforderlich, da eine solche auch bei natürlichen Eltern-Kind-Verhältnissen nach Erreichen der Volljährigkeit mit zunehmendem Alter der Kinder in der Regel nicht mehr vorliegt (BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1767 Rdnr. 15).

**26** c) aa) Gemessen an den vorstehenden Kriterien hat der Senat keinen Zweifel daran, dass zwischen der Annehmenden und der Anzunehmenden bereits ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden ist.

**27** Dies ergibt sich aus den schriftlichen und bei ihrer Anhörung geäußerten Angaben der Annehmenden und der Anzunehmenden, von denen auszugehen ist, nachdem Zweifel an der Richtigkeit der Erklärungen nicht erkennbar sind.

**28** Zwischen der Annehmenden und der Anzunehmenden besteht ein enges Verhältnis bereits seit der Kindheit der Anzunehmenden. Indem die Annehmende die Anzunehmende bei den Hausaufgaben oder später bei Arbeiten für das Studium intensiv unterstützt hat, hat sie in diesem Bereich Aufgaben übernommen, die typischerweise in einem Eltern-Kind-Verhältnis anfallen.

**29** Die Annehmende hat der Anzunehmenden in mehreren schweren persönlichen Situationen intensiv Beistand geleistet, als dies den Eltern der Annehmenden in dieser Form nicht möglich war. Dies betrifft die Zeit nach dem Tod der Großmutter der Anzunehmenden, die Verarbeitung des Todes der Bruder der Anzunehmenden im Jahr 2015 und auch die Unterstützung bei der Aufnahme des Studiums nach der Schwangerschaft der Anzunehmenden. Gerade auch die Unterstützung der Anzunehmenden bei ihrer Bildung und Ausbildung, was von den Eltern der Anzunehmenden vor deren

Hintergrund so nicht geleistet werden konnte, ist ein besonderer Verdienst der Annehmenden. Auch finanziell hat die Annehmende die Anzunehmende in der Vergangenheit erheblich unterstützt.

**30** Wie intensiv der Kontakt zwischen der Annehmenden und der Anzunehmenden ist, zeigt sich auch daran, dass sie nach wie vor sehr häufig miteinander telefonieren und in der Vergangenheit eine Vielzahl gemeinsamer Urlaube, auch im Ausland, verbracht haben.

**31** Das Verhältnis zwischen der Annehmenden und der Anzunehmenden geht über das eines gut gepflegten Verwandtschaftsverhältnisses zwischen einer Tante und ihrer Nichte weit hinaus. Die Erklärungen der Beteiligten weisen vielmehr auf eine anhaltende innere Verbundenheit hin, die einer Familienbindung zwischen Eltern und erwachsenem Kind ähnelt.

**32** Dass die Anzunehmende bei ihrer persönlichen Anhörung durch das AG erklärt hat, dass ihre Tante wie eine Mutter für sie sei, ihr immer Halt gegeben habe und für sie die Bezugsperson in der Familie sei, bringt die besondere, einem Eltern-Kind-Verhältnis entsprechende Beziehung der Annehmenden zur Anzunehmenden auf den Punkt. Es verwundert nicht, dass die Anzunehmende und die Annehmende sich als „Seelenverwandte“ bezeichnen.

**33** Dass die Anzunehmende aus ihrer Sicht der Annehmenden zurückgeben möchte, was sie von dieser an Fürsorge erhalten habe und dazu bereit ist, sich umgekehrt um diese zu kümmern, sofern dies erforderlich werden sollte, ist wiederum Ausdruck der besonderen Beziehung zwischen den beiden Beteiligten.

**34** bb) Die Annahme der Entstehung eines Eltern-Kind-Verhältnisses wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass zwischen der Anzunehmenden und ihren beiden leiblichen Eltern ein intaktes Verhältnis besteht.

**35** Welche Rolle es für eine Volljährigenadoption spielt, dass der Anzunehmende mit seinen leiblichen Eltern ein normales familiäres Verhältnis unterhält, ist umstritten.

**36** So hat der 11. Senat des OLG Stuttgart in einem Fall, in dem es um die beabsichtigte Adoption eines Neffen durch seine Tante ging, ausgeführt, dass sich die Begründung eines Eltern-Kind-Verhältnisses im Wege der Volljährigenadoption verbiete, wenn eine ungestörte, intakte Beziehung des Anzunehmenden zu seinen leiblichen Eltern bestehe. Der Respekt vor einer langen natürlichen Eltern-Kind-Beziehung fordere, diese nicht im Nachhinein durch „Wegadoption“ zu zerstören oder ihr zumindest ihren angemessenen Rang zu nehmen. Auch wenn rechtlich gesehen bei einer Volljährigenadoption dem Anzunehmenden seine leiblichen Eltern erhalten blieben, sei das Hinzutreten eines weiteren Elternteils in der persönlichen Beziehungsebene nicht unproblematisch, zumindest aber sei es angesichts der langen natürlichen Eltern-Kind-Beziehung nicht angemessen (OLG Stuttgart, Beschluss vom 3.7.2014, 11 UF 316/13, FamRZ 2015, 592). Die gleiche Auffassung haben das OLG Bremen, Beschluss vom 9.11.2016, FamRZ 2017, 722, und der 9. Senat des OLG Nürnberg, Beschluss vom 4.8.2014, 9 UF 468/14, BeckRS 2014, 17088, vertreten.

**37** Im Gegensatz zu der vorstehenden Meinung vertritt der 10. Senat des OLG Nürnberg die Auffassung, dass der sittlichen Rechtfertigung einer Volljährigenadoption nicht entgegenstehe, dass die Anzunehmende zu ihren leiblichen Eltern gute Beziehungen pflege. Bei einer Erwachsenenadoption würden die Rechte und Pflichten aus dem Verwandtschaftsverhältnis des Angenommenen zu seinen Verwandten nicht berührt und auch die wechselseitigen Erb- und Unterhaltsansprüche zu den leiblichen Eltern bleiben bestehen. Insbesondere wenn auch zwischen dem Annehmenden und den leiblichen Eltern der Anzunehmenden ein gutes Verhältnis bestehe und der Annehmende selbst keine Kinder habe, seien Loyalitätskonflikte nicht zu befürchten (OLG Nürnberg, Beschluss vom 12.6.2015, 10 UF 272/15, FamRZ 2016,315). Dass ein nicht zerrüttetes Verhältnis zu den leiblichen Eltern einer sittlichen Rechtfertigung der Adoption nicht entgegensteht, hat auch das OLG München in seinem Beschluss vom 10.2.2017, 33 UF 1304/16, FamRZ 2017,1238, vertreten. Zuletzt hat auch der 4. Senat des OLG Stuttgart ausgeführt, dass es sich aus dem Gesetz nicht ergebe und zumindest offen sei, ob eine intakte Beziehung des Anzunehmenden zu seinen leiblichen Eltern der Begründung eines Eltern-Kind-Verhältnisses im Wege der Volljährigenadoption entgegenstehe (OLG Stuttgart, Beschluss vom 10.5.2017, 4 U 208/16, juris).

**38** Der Senat schließt sich der Auffassung an, wonach der Umstand, dass der Anzunehmende gute Beziehungen zu den leiblichen Eltern unterhält, der Annahme eines Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden und damit einer sittlichen Rechtfertigung der Annahme nicht per se entgegensteht.

**39** Ginge man in dieser Allgemeinheit davon aus, dass bei Bestehen eines intakten Verhältnisses zu der leiblichen Familie eine Volljährigenadoption sittlich nicht gerechtfertigt sein kann, würde man gleichsam ein Ausschlusskriterium formulieren, das so im Gesetz gerade nicht vorgesehen ist (MünchKomm-BGB/Maurer, § 1767 Rdnr. 35; BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1767 Rdnr. 24.1). Nachdem bei einer Volljährigenadoption (mit Ausnahme der Fälle des §§ 1772 BGB) das Rechtsverhältnis zu den leiblichen Eltern nicht erlischt, mutet die Rechtsordnung dem volljährigen Angenommenen im Ausgangspunkt zu, mit dem Umstand, mehr als zwei Eltern zu haben, umgehen zu können (BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1767 Rdnr. 24). Für eine „Rückausnahme“, wenn der oder die Annehmende in guten „eigenen“ familiären Verhältnissen lebt, lässt sich dem Gesetz, das hier ausdrücklich anders gestaltet ist als im Fall der Minderjährigenadoption, nichts entnehmen (Leiß, Anm. zu OLG München, Beschluss vom 10.2.2017, 33 UF 1304/16, FamRZ 2017, 1238). Nachdem über § 1767 Abs. 1 BGB vor allem Missbräuchen vorgebeugt werden soll, kann allein der Umstand, dass der Anzunehmende ein intaktes Verhältnis zu den leiblichen Eltern unterhält, der sittlichen Rechtfertigung der Annahme nicht entgegenstehen (Erman/Saar, BGB, § 1767 Rdnr. 9; MünchKomm-BGB/Maurer, § 1767 Rdnr. 20).

**40** Zwar ist es sicherlich zutreffend, dass enge familiäre Beziehungen des Anzunehmenden zu seinen leiblichen Eltern Zweifel aufkommen lassen können, ob daneben tatsächlich ein neues Eltern-Kind-Verhältnis aufgebaut wurde oder wer-

den soll. Auch in Fällen eines nicht zerrütteten Verhältnisses zu der Herkunftsfamilie hat es jedoch dabei zu verbleiben, dass eine Gesamtabwägung im Einzelfall vorzunehmen ist, in die auch ein möglicher Loyalitätskonflikt zwischen Herkunftsfamilie und Wahlfamilie einzubeziehen ist, weshalb in diesen Fällen die Voraussetzungen einer Volljährigenadoption sicher nicht leichtfertig bejaht werden dürfen.

**41** Dass aber ausnahmslos eine Nichte, die in belasteter Beziehung zu ihren eigenen Eltern lebt, besser in der Lage sein sollte, zu ihrer Tante ein Eltern-Kind-Verhältnis im Sinne des Adoptionsrechts aufzubauen, als eine Nichte, die auch ihre eigenen leiblichen Eltern schätzt (also die Bedeutung familiärer Bande in positiver Weise erlebt), kann so nicht angenommen werden (Leiß, Anm. zu OLG München, Beschluss vom 10.2.2017, 33 UF 1304/16, FamRZ 2017, 1238).

**42** Führt man im vorliegenden Fall eine Einzelfallbetrachtung durch, ist zu berücksichtigen, dass das Verhältnis der Anzunehmenden nach ihrer Schilderung zu ihren Eltern zwar intakt, aber durchaus nicht immer ungetrübt war. Von Bedeutung ist, dass die Annehmende von früher Kindheit an eine besondere Stellung im Leben der Anzunehmenden eingenommen hat und in für die Entwicklung der Anzunehmenden bedeutsamen Bereichen, in denen ihre leiblichen Eltern ihr nicht die nötige Unterstützung geben konnten oder wollten, für die Anzunehmende da war. Zwischen der Annehmenden und der Anzunehmenden besteht ein gewachsenes, auch in persönlichen Krisensituationen der Anzunehmenden bewährtes Verhältnis, das von einem tiefen gegenseitigen Grundvertrauen geprägt ist. Vor diesem Hintergrund ist im hiesigen Fall davon auszugehen, dass trotz eines intakten Verhältnisses zu den eigenen Eltern zu der Annehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis im Sinne des Adoptionsrechts entstanden ist.

**43** Soweit argumentiert wird, dass der Respekt vor einer langen natürlichen Eltern-Kind-Beziehung und zu befürchtende Loyalitätskonflikte einer Adoption entgegenstünden, ist im hiesigen Fall von besonderer Bedeutung, dass beide Eltern bei einem gemeinsamen Termin mit der Annehmenden und der Anzunehmenden beim Notar ausdrücklich und notariell beurkunden ihr Einverständnis mit der Adoption der Anzunehmenden durch die Annehmende, der Schwester des Kindesvaters, erklärt haben. Es ist daher davon auszugehen, dass die Adoption durch die Annehmende mit ihren Eltern besprochen worden und im Einvernehmen aller Beteiligten beantragt worden ist, weshalb auch aus diesem Grund Zweifel an einer sittlichen Rechtfertigung der beabsichtigten Adoption nicht bestehen.

**44 cc)** Auch sonstige bei der Gesamtabwägung zu berücksichtigende Umstände stehen einer Adoption der Anzunehmenden durch die Annehmende nicht entgegen.

**45** Zwischen der Annehmenden und der Anzunehmenden besteht ein erheblicher, der natürlichen Generationenfolge entsprechender Altersabstand, der für eine Eltern-Kind-Beziehung typisch ist (OLG Hamm, FamRZ 2013, 557, 559; MünchKomm-BGB/Maurer, § 1767 Rdnr. 29).

**46** Zwischen der Annehmenden und der Tochter der Anzunehmenden besteht ein inniges Verhältnis, sodass vor diesem Hintergrund überwiegende Interessen des Kindes der Anzunehmenden einer Adoption nicht entgegenstehen (§ 1769

BGB). Angesichts des Alters des erst zweijährigen Kindes der Anzunehmenden ist eine Anhörung des Kindes (§ 193 FamFG) entbehrlich. Die Annehmende selbst hat keine eigenen Kinder, sodass auch in dieser Hinsicht Loyalitätskonflikten nicht entstehen können.

**47** Dass für die Adoption im Hinblick auf die Steuerbelastung bei etwaigen Schenkungen oder einem Erbe auch wirtschaftliche Gründe eine Rolle spielen mögen, ist – wie bereits ausgeführt – unschädlich, wenn – wie hier – davon auszugehen ist, dass bereits ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden ist. Im Übrigen geht der Senat nach den Gesamtumständen und den Angaben der Annehmenden und der Anzunehmenden davon aus, dass ein etwaiges finanzielles Motiv allenfalls erwünschte Nebenfolge der begehrten Annahme ist und nicht im Vordergrund des Adoptionswunsches steht.

**48 dd)** Auch die formellen Voraussetzungen für eine Volljährigenadoption liegen vor. Es liegt ein notariell beurkundeter Antrag der Annehmenden und der Anzunehmenden auf Durchführung der Adoption vor (§ 1768 Abs. 1 BGB), der beim Familiengericht eingegangen ist.

**49 d)** Gemäß § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB gelten für die Annahme Volljähriger die Vorschriften über die Annahme Minderjähriger sinngemäß. Gemäß § 1757 BGB erhält das Kind als Geburtsnamen den Familiennamen des Annehmenden.

**50** Entsprechend dem Antrag der Annehmenden und der Anzunehmenden erhält die Anzunehmende mit der Adoption den Familiennamen der Annehmenden „(...)“.

**51 e)** Entsprechend dem Antrag der beiden Antragsteller folgt hier die Wirkung des Annahmeverhältnisses aus § 1770 BGB.

(...)

## BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

### 15. Unwirksamkeit einer in einem Testament angeordneten Schiedsklausel

BGH, Beschluss vom 8.11.2018, I ZB 21/18 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 21.3.2018, 26 SchH 4/17)

#### LEITSÄTZE:

BGB §§ 2215, 2216, 2218, 2219, 2220  
ZPO § 1032 Abs. 2, § 1066

- 1. Es ist zulässig, wenn sich ein Kläger im Hinblick auf eine Schiedsvereinbarung zunächst an ein Schiedsgericht wendet, jedoch vor dessen Konstituierung wegen an der Zuständigkeit des Schiedsgerichts bestehender Zweifel das staatliche Gericht mit dem Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO anruft.**
- 2. Eine in einem Testament angeordnete Schiedsklausel ist unwirksam, soweit ein Testamentsvollstrecker**

**als Einzelschiedsrichter auch über Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker entscheiden soll.**

#### SACHVERHALT:

**1** I. Die Antragstellerin ist aufgrund notariell beurkundeten Testaments vom 24.5.2002 Alleinerbin ihres verstorbenen Ehemannes (nachfolgend: Erblasser). Im Testament ordnete der Erblasser Testamentsvollstreckung an. Als Testamentsvollstrecker setzte er den Antragsgegner ein.

**2** Das Testament enthält unter der Bezeichnung „Schiedsklausel“ folgende Regelung:

„16. Streitigkeiten der Erben, Ersatzerben, Vermächtnisnehmer, Ersatzvermächtnisnehmer untereinander oder mit dem Testamentsvollstrecker, welche sich bei der Durchführung dieses Testaments ergeben, sind unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte durch einen Schiedsrichter als Einzelrichter zu entscheiden. Tatsachen kann er auch ohne Schiedsverfahren durch ein Schiedsgutachten feststellen. Soweit keine zwingenden Gesetze entgegenstehen, entscheiden Schiedsrichter und Schiedsgutachter prozess- und materielrechtlich nach freiem Ermessen.

17. Schiedsrichter und Schiedsgutachter sind die jeweiligen Testamentsvollstrecker für die Dauer ihres Amtes.“

**3** Der Antragsgegner nahm das Amt des Testamentsvollstreckers gegenüber dem AG Schöneberg an, das ihm am 28.8.2014 ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilte. Er übt das Amt des Testamentsvollstreckers seitdem aus.

**4** Mit Schreiben vom 21.7.2017 forderte die Antragstellerin den Antragsgegner in seiner Eigenschaft als vom Erblasser berufenen Schiedsrichter auf, über seine Ablehnung als Schiedsrichter wegen der Besorgnis der Befangenheit zu entscheiden. In dem Schreiben erklärte die Antragstellerin zugleich die Anrufung des Schiedsgerichts zwecks Entscheidung über eine von ihr gegen den Testamentsvollstrecker erhobene Klage auf Rechnungslegung. In der Folgezeit änderte die Antragstellerin diese Klage in Schreiben an den Antragsgegner mehrfach, zuletzt am 13.11.2017.

**5** Unter dem 9.8.2017 wies der Antragsgegner die Antragstellerin darauf hin, dass er niemals erklärt habe, das Schiedsrichteramt in einer Auseinandersetzung mit ihr ausüben zu wollen.

**6** Die Antragstellerin ist der Ansicht, der Antragsgegner habe mit Annahme des Amtes des Testamentsvollstreckers konkludent auch das ihm vom Erblasser angetragene Amt des Schiedsrichters angenommen, von dem er trotz Aufforderung nicht zurückgetreten sei.

**7** Mit ihren Hauptanträgen hat die Antragstellerin vor dem OLG die Feststellung der Beendigung des Schiedsrichteramtes des Antragsgegners und die Bestellung eines Ersatzschiedsrichters durch das OLG beantragt. Hilfsweise hat die Antragstellerin die Feststellung beantragt, dass die in dem Testament vom 24.5.2002 enthaltene Schiedsklausel, wonach Streitigkeiten zwischen Erben und dem Testamentsvollstrecker unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte durch einen Schiedsrichter als Einzelrichter zu entscheiden sind, unwirksam ist.

**8** Nach der Begründung dieses Hilfsantrags hat die Antragstellerin damit die Feststellung einer Unwirksamkeit der testamentarischen Schiedsanordnung beantragt, soweit diese die Entscheidungsbefugnis eines Schiedsgerichts für Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker begründet.

**9** Das OLG hat die Hauptanträge der Antragstellerin als unzulässig verworfen und ihrem Hilfsantrag in folgender Fassung stattgegeben:

„Es wird festgestellt, dass das von der Antragstellerin eingeleitete schiedsrichterliche Verfahren in Bezug auf die mit Schriftsatz der Antragstellerin an den Antragsgegner vom 13.11.2017 geänderte Klage unzulässig ist.“

**10** Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners.

**11 II.** Das OLG hat angenommen, der als Antrag auf Feststellung der Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens auszulegende Hilfsantrag sei gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO statthaft und zulässig. Für den Antrag nach § 1032 Abs. 2 ZPO genüge ein auf eine konkrete Streitigkeit bezogenes rechtlich schützenswertes Interesse, die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Schiedsverfahrens feststellen zu lassen. Der Antragsgegner habe sich nicht zur Frage der Zulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens oder eines Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten erklärt. Deshalb sei die Antragstellerin auf die Feststellung der Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens angewiesen, um auszuschließen, dass der Antragsgegner sich im Fall der Anrufung eines ordentlichen Gerichts erfolgreich auf die Einrede einer testamentarischen Schiedsordnung gemäß § 1066 ZPO i. V. m. § 1032 Abs. 2 ZPO berufen könne. Der Hilfsantrag sei auch begründet, weil die Antragstellerin mit der geänderten Klage gegen den Antragsgegner Ansprüche geltend mache, für die eine testamentarische Schiedsordnung des Erblassers die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts nicht wirksam begründen könne, da sich die Ansprüche auf Verpflichtungen des Antragsgegners als Testamentsvollstrecker bezögen. Die testamentarische Schiedsordnung könne auch nicht teilweise für von § 2220 BGB nicht erfasste, weniger bedeutsame Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers aufrechterhalten bleiben.

### AUS DEN GRÜNDEN:

**12 III.** Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 1065 Abs. 1 Satz 1, § 1062 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 ZPO) und auch sonst zulässig. Im Ergebnis ist sie jedoch unbegründet.

**13 1.** Der Antrag auf Feststellung der Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO ist entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde statthaft und zulässig.

**14 a)** Nach § 1032 Abs. 2 ZPO kann beim OLG bis zur Bildung des Schiedsgerichts Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens gestellt werden. Der Zulässigkeit dieses Antrags steht im Streitfall nicht entgegen, dass die Antragstellerin mit Schreiben vom 21.7.2017 das testamentarisch eingesetzte Schiedsgericht zwecks Entscheidung über die zuletzt mit Schreiben vom 13.11.2017 geänderte Klage angerufen hat.

**15 b)** Beiden Parteien eines möglichen Schiedsverfahrens gestattet § 1032 Abs. 2 ZPO die schnelle Klärung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens durch das staatliche Gericht. Das für diesen Antrag erforderliche Rechtsschutzbedürfnis ergibt sich regelmäßig bereits aus der möglichen Parteistellung in dem schiedsrichterlichen Verfahren. Dabei stehen positive und negative Feststellungsklage für beide Parteien zur Wahl.

**16 c)** Unzulässig ist der Antrag nach § 1032 Abs. 2 ZPO allerdings dann, wenn er auf einem mit Treu und Glauben unvereinbaren, widersprüchlichen Verhalten des Antragstellers beruht (BGH, Beschluss vom 16.3.2017, I ZB 49/16, SchiedsVZ 2018, 37 Rdnr. 32 bis 36 m. w. N.). Das ist im Streitfall entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde indes nicht der Fall.

**17 aa)** Ein widersprüchliches Verhalten liegt regelmäßig vor, wenn eine Partei in dem Verfahren vor dem staatlichen Gericht geltend macht, nicht das staatliche, sondern das Schiedsgericht sei zuständig, sich später im schiedsrichterlichen Verfahren jedoch darauf beruft, es sei doch das staatliche Gericht zuständig. Ein solches gegensätzliches Verhalten einer Partei läuft auf den Versuch hinaus, dem Gegner in jeder der beiden

Verfahrensarten den Rechtsschutz abzuschneiden und ihn damit praktisch rechtlos zu stellen (BGH, Beschluss vom 30.4.2009, III ZB 91/07, SchiedsVZ 2009, 287 Rdnr. 9). Dasselbe gilt im umgekehrten Fall, wenn der Beklagte im Schiedsverfahren die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts geltend macht und später vor dem staatlichen Gericht die Schiedseinrede erhebt (BGH, Urteil vom 20.5.1968, VII ZR 80/67, BGHZ 50, 191, 196 f., juris Rdnr. 25). Treuwidrig handelt auch, wer arglistig selbst das Schiedsgericht angerufen hat und sich auf die Ungültigkeit des Schiedsverfahrens beruft, nachdem ein Schiedsspruch zu seinen Ungunsten ergangen ist, oder wer als Kläger vor dem staatlichen Gericht nach Erfolglosigkeit der verspäteten Schiedseinrede des Beklagten gegen eine zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung aus demselben Vertrag die Schiedsgerichtsvereinbarung geltend macht (vgl. RG, HRR 1931, 1489; OLG München, MDR 1981, 766; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 7 Rdnr. 4).

**18 bb)** Der Streitfall liegt anders als diese Fallgruppen. Der Antragstellerin geht es nicht um die Vereitelung effektiven Rechtsschutzes, sondern darum, ihre Klage auf dem richtigen Weg zu verfolgen. Sie will entsprechend dem Zweck des § 1032 Abs. 2 ZPO als klagende Partei in dem möglichen Schiedsverfahren die Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens geklärt wissen. Dafür ist es unerheblich, ob sie ihren Antrag positiv (Feststellung der Zuständigkeit) oder negativ (Feststellung der Unzuständigkeit) formuliert. Es stellt ein prozessual zulässiges und im Einklang mit dem Ziel zügiger Verfahrensführung stehendes Verhalten dar, wenn ein Kläger sich im Hinblick auf eine Schiedsvereinbarung zunächst an ein Schiedsgericht wendet, jedoch vor dessen Konstituierung wegen an der Zuständigkeit des Schiedsgerichts bestehender Zweifel das staatliche Gericht mit dem Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO anruft. Ein widersprüchliches Verhalten liegt darin nicht. In der Anrufung des Schiedsgerichts kann kein Verzicht darauf erkannt werden, vor dem staatlichen Gericht die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts geltend zu machen, sodass dem Kläger in dem möglichen Schiedsverfahren nur noch ein Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit des Schiedsverfahrens bliebe.

**19 c)** Anders als die Rechtsbeschwerde ausführt, kann die Antragstellerin nicht darauf verwiesen werden, gegen den Antragsgegner eine Klage vor einem ordentlichen Gericht zu erheben, sodass dieses im Fall der Erhebung einer Schiedseinrede durch den Antragsgegner gemäß § 1032 Abs. 1 ZPO zu prüfen hätte, ob die Schiedsvereinbarung wirksam und durchführbar ist. Es stand der Antragstellerin vielmehr frei, entsprechend dem Wortlaut des Testaments zunächst das Schiedsgericht anzurufen, dessen Zuständigkeit aber einer Prüfung durch das staatliche Gericht gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO zu unterziehen.

**20 2.** Die Beurteilung des OLG, das von der Antragstellerin eingeleitete schiedsrichterliche Verfahren sei in Bezug auf die mit Schriftsatz der Antragstellerin an den Antragsgegner vom 13.11.2017 geänderte Klage unzulässig, hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

**21 a)** Nach § 1066 ZPO gelten für Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht

auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, die Vorschriften der ZPO über das schiedsrichterliche Verfahren entsprechend. Ein Schiedsgericht ist nur dann in gesetzlich statthafter Weise errichtet, wenn diese Anordnung in der Verfügungsmacht des Erblassers liegt (BGH, SchiedsVZ 2018, 37 Rdnr. 20, 22; Beschluss vom 17.5.2017, IV ZB 25/16, BGHZ 215, 109 Rdnr. 12). Die materiellrechtliche Verfügungsbefugnis des Erblassers findet ihre Grenze unter anderem in § 2220 BGB, wonach der Erblasser nicht das Recht hat, den Testamentsvollstrecker von den ihm nach den §§ 2215, 2216, 2218 und 2219 BGB obliegenden Verpflichtungen zu befreien. Hierbei handelt es sich um die grundlegenden Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers zur Erstellung eines Nachlassverzeichnisses (§ 2215 BGB), zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB), zur Auskunft und zur Rechnungslegung (§ 2218 BGB) sowie zur Haftung (§ 2219 BGB). Daraus folgt weiter, dass auch Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers in einer letztwilligen Verfügung nicht einseitig durch den Erblasser unter Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit einem Schiedsgericht zugewiesen werden können (BGHZ 215, 109 Rdnr. 11, 13).

**22 b)** In Anwendung dieser Grundsätze hat das Berufungsgericht fehlerfrei ausgeführt, die im Testament des Erblassers vom 24.5.2002 enthaltene Schiedsklausel sei in Bezug auf die mit ihr pauschal angeordnete Zuständigkeit eines Schiedsgerichts für Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstreckers offensichtlich wirkungslos, weil die Anordnung auch die in den §§ 2215, 2216, 2218 und 2219 BGB geregelten grundlegenden Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers betreffe.

**23 c)** Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde geltend, die testamentarische Schiedsanordnung hätte jedenfalls in Bezug auf von § 2220 BGB nicht erfasste, weniger bedeutsame Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker teilweise aufrechterhalten werden können, sodass das Berufungsgericht für jeden einzelnen mit der geänderten Schiedsklage geltend gemachten Antrag hätte prüfen müssen, ob sein Gegenstand von der materiellen Verfügungsbefugnis des Erblassers erfasst sei.

**24** Die testamentarische Schiedsanordnung kann in Bezug auf Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker auch nicht teilweise für von § 2220 BGB nicht erfasste, weniger bedeutsame Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers aufrechterhalten werden. Es kann dahinstehen, ob – wie das OLG angenommen hat – dieses Ergebnis sich unter Berücksichtigung der in Nr. 18 Satz 2 des Testaments enthaltenen salvatorischen Klausel und einer möglicherweise in Betracht kommenden, entsprechenden Anwendung von § 2085 BGB im Hinblick auf Sinn und Zweck der die gesamte Tätigkeit des Testamentsvollstreckers erfassenden Schiedsanordnung ergibt, die einer zwischen den ordentlichen Gerichten einerseits und einem Schiedsgericht andererseits gespaltenen Zuständigkeit für Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker entgegenstehen könnte. Jedenfalls steht jeglicher Anwendung der testamentarischen Schiedsanordnung in Bezug auf Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker im Streitfall zwingend entgegen,

dass nach Nr. 17 des Testaments der Testamentsvollstrecker selbst als Einzelschiedsrichter berufen ist.

**25** Ein Schiedsverfahren über Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker kommt schon aus elementaren Grundsätzen des Verfahrensrechts nicht in Betracht, wenn der Testamentsvollstrecker darüber selbst als Einzelschiedsrichter entscheiden soll. Der Grundsatz, dass niemand in eigener Sache Richter sein kann, gehört zu den Grundprinzipien des Rechtsstaats; insoweit ist es Wesen jeder richterlichen Tätigkeit, dass sie von einem nichtbeteiligten Dritten in sachlicher und persönlicher Unabhängigkeit ausgeübt wird (vgl. nur BVerfGE 3, 377, 381, juris Rdnr. 14; 67, 65, 68, juris Rdnr. 10). Das Verbot des Richtens in eigener Sache, das im gerichtlichen Verfahren Ausschlussgrund für die Ausübung des Richteramts ist (§ 41 Nr. 1 ZPO), gilt auch für das schiedsrichterliche Verfahren (BGH, Beschluss vom 28.3.2012, III ZB 63/10, BGHZ 193, 38 Rdnr. 6; Beschluss vom 11.10.2017, I ZB 12/17, SchiedsVZ 2018, 271 Rdnr. 16; MünchKommZPO/Münch, § 1066 Rdnr. 7).

**26** Soweit nach der Rechtsprechung des BGH die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts im Rahmen der eigenen materiellen Verfügungsbefugnis des Erblassers, also insbesondere unter Beachtung von § 2220 BGB und ohne Erfassung der Entlassung des Testamentsvollstreckers gemäß § 2227 BGB, erwogen werden könnte, kommen dafür von vornherein allein Schiedsvereinbarungen in Betracht, bei denen nicht der Testamentsvollstrecker zum Schiedsrichter berufen ist (vgl. BGHZ 215, 109 Rdnr. 1, 12 f.; Schiedsgericht für Erbstreitigkeiten e. V.). Danach kommt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde eine Zuständigkeit des Testamentsvollstreckers als Einzelschiedsrichter auch nicht hinsichtlich des Antrags 5 zur Schiedsklage in Betracht, mit dem die Herausgabe eines Hausschlüssels und einer Security-Card an die Antragstellerin begehrt wird, auch wenn diese Herausgabe von der materiellen Verfügungsbefugnis des Erblassers umfasst sein mochte.

**27 d)** Soweit der Testamentsvollstrecker in Streitigkeiten der Erben, Ersatzerben, Vermächtnisnehmer und Ersatz-Vermächtnisnehmer untereinander nicht selbst Partei ist, kann er als Einzelschiedsrichter tätig werden, sodass die Schiedsklausel in Nr. 16 des Testaments in diesem Umfang wirksam ist.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Stefan Bandel**, Passau

Betrachtet man nur die tragenden Aussagen der amtlichen Leitsätze, ist der Beschluss des BGH keine Besprechung wert. Es erscheint selbstverständlich, dass das staatliche Gericht zur Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO angerufen werden kann, denn genau dies sagt die Norm ja aus. Ebenso ist es selbstverständlich, dass ein Testamentsvollstrecker nicht als Schiedsrichter über Streitigkeiten zwischen Nachlassbeteiligten und ihm selbst entscheiden kann und darf. Es erscheint erstaunlich, dass der BGH für solche Banalitäten bemüht werden musste.

Betrachtet man jedoch das Verfahren, das zu diesem Beschluss geführt hat, kommen einem Zweifel an dessen Richtigkeit. Mit dem Hauptantrag zum OLG Frankfurt a. M. hat die Antragstellerin unter anderem die Bestellung eines Ersatzschiedsrichters für den Testamentsvollstrecker beantragt. Der Testamentsvollstrecker hatte zuvor schriftlich mitgeteilt, dass er niemals erklärt habe, das Schiedsrichteramt ausüben zu wollen.

Statt wie begehrt den ungeeigneten Schiedsrichter zu ersetzen, steht am Ende nun eine Entscheidung, die das Schiedsverfahren für unzulässig erklärt, weil der Schiedsrichter ungeeignet ist. Wie konnte das passieren, wo doch die §§ 1034 ff. ZPO, die auch über § 1066 ZPO für Schiedsverfügungen entsprechend gelten, die Ablehnung und Ersetzung eines Schiedsrichters bei Fortsetzung des Schiedsverfahrens vorsehen?

Nur im Hilfsantrag hatte die Antragstellerin begehrt, die Schiedsklausel für unwirksam zu erklären. Das OLG Frankfurt a. M. verwarf den Hauptantrag wegen offensichtlicher Wirkungslosigkeit der Schiedsklausel als unzulässig und erklärte zum Hilfsantrag folgerichtig das eingeleitete schiedsrichterliche Verfahren für unzulässig. Gegen diese Entscheidung über den Hilfsantrag richtete sich die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners (= Testamentsvollstrecker und eingesetztter Schiedsrichter).

Das OLG Frankfurt a. M. hat die Unzulässigkeit des eingeleiteten schiedsrichterlichen Verfahrens zutreffend damit begründet, dass Streitgegenstände, die Regelungen der §§ 2220, 2227 BGB betreffen, nicht der Verfügungsmacht des Erblassers unterliegen und deshalb nicht „in gesetzlich zulässiger Weise“ einseitig durch den Erblasser der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen werden können.<sup>1</sup> Zu § 2227 BGB hatte der 4. Senat des BGH die Unwirksamkeit einer solchen Schiedsverfügung auch bereits mit überzeugender Begründung festgestellt.<sup>2</sup> Zum BGH kam der jetzige Streit nur deshalb, weil der Beschwerdeführer eine Aufrechterhaltung der Schiedsklausel für andere Streitgegenstände, die isoliert gesehen schiedsfähig waren, beehrte. Anders als das OLG, das dieses Begehren ablehnte, weil eine gespaltene Zuständigkeit zwischen Schiedsgericht und staatlichem Gericht nicht dem Sinn und Zweck der Anordnungen des Erblassers entspreche,<sup>3</sup> zeigte sich der BGH für eine solche eingeschränkte Wirksamkeit offen,<sup>4</sup> erklärte aber die Schiedsklausel für die Streitigkeiten des Beschwerdeverfahrens für unwirksam, weil der Testamentsvollstrecker nicht Schiedsrichter in eigener Sache sein könne.

Leider verliert der BGH kein Wort darüber, warum dies nicht – wie bei staatlichen Gerichten auch – über die gesetzlich vorgesehene Auswechslung der Entscheidungsperson,

sondern über die Unwirksamkeit der Schiedsklausel gelöst wird. Der 1. Senat erliegt hier leider wieder der Versuchung, statt einer genauen Betrachtung des Gesetzes lieber einen stark klingenden Tenor zu formulieren.<sup>5</sup> Nicht zum ersten Mal bemüht er die Voraussetzung des § 1066 ZPO, nämlich die Anordnung „in gesetzlich statthafter Weise“ um alles, was nicht seinem Rechtsverständnis entspricht, zu einer unwirksamen Schiedsverfügung zu erklären. Dabei ignoriert er, dass die Rechtsfolge der Vorschrift, „gelten die Vorschriften dieses Buches entsprechend“, auf rund vierzig Paragraphen verweist, die passende Regelungen für rechtswidrige Aspekte enthalten. Gegen diese Art der Auslegung spricht im vorliegenden Fall:

- a) Die Benennung eines Schiedsrichters durch den Erblasser ist kein (notwendiger) Teil der Anordnung des Schiedsgerichts. Der Erblasser kann Schiedsgerichtsbarkeit anordnen, ohne einen Schiedsrichter festzulegen oder die Zahl der Schiedsrichter zu bestimmen. Die Regelungen zur Konstituierung ergeben sich dann aus den §§ 1034 ff. BGB.
- b) Diese Regeln enthalten auch Vorschriften, wie bei einer nicht akzeptablen Besetzung des Schiedsgerichts zu verfahren ist, insbesondere für Benachteiligungen einer Partei bei dessen Zusammensetzung (§ 1034 Abs. 2 ZPO), die Gründe für die Ablehnung eines Schiedsrichters und das Ablehnungsverfahren (§ 1036 Abs. 2, § 1037 ZPO) sowie zur Beendigung des Schiedsrichteramtes, wenn der Schiedsrichter aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen nicht in der Lage ist, seine Aufgaben zu erfüllen (§ 1038 Abs. 1 ZPO). Der Testamentsvollstrecker ist hier aus rechtlichen Gründen nicht in der Lage, die Aufgabe als Schiedsrichter zu erfüllen, d. h. die Vorschrift regelt genau das Problem, die Lösung ist die Bestellung eines Ersatzschiedsrichters gemäß § 1039 ZPO.
- c) Mit dem Schiedsverfahrensgesetz wurde § 1025 Abs. 2 ZPO a. F., der die Unwirksamkeit prozessualer Regelungen anordnete, ausdrücklich nicht aufrechterhalten. Die Einordnung der Schlechtbesetzung als Unwirksamkeitsgrund ist auch insoweit contra legem.

Der 1. Senat begründet zwar ausführlich, warum der Testamentsvollstrecker nicht Schiedsrichter sein kann, erläutert aber an keiner Stelle seine Entscheidung für die Rechtsfolge „Unwirksamkeit der Schiedsverfügung“. Vielleicht ist die Schwere des Fehlers der Grund, der „elementare Grundsätze des Verfahrensrechts“ verletzt, die zu den „Grundprinzipien des Rechtsstaats“ gehören.<sup>6</sup> Denkbar wäre es auch, das notarielle Testament so auszulegen, dass der Erblasser kein Schiedsverfahren mit einem anderen Schiedsrichter als dem jeweils aktuellen Testamentsvollstrecker wollte. All dies ist dem BGH jedoch keine Erwägung wert. Er ignoriert damit einschlägige Kommentierungen zur Unwirksamkeit der

1 Dies wird vom BGH in Rdnr. 22 für §§ 2215 f., 2218 f. BGB hier ausdrücklich bestätigt.

2 BGH, Beschluss vom 17.5.2017, IV ZB 25/16, MittBayNot 2018, 345 mit Anm. *Bandel*.

3 Begründung in der Entscheidung des BGH insoweit leider nicht abgedruckt, vgl. aber Rdnr. 24 der besprochenen Entscheidung.

4 Rdnr. 27 der besprochenen Entscheidung.

5 So leider schon bei seiner Entscheidung zum Pflichtteilsrecht, dem der 1. Senat im Kontext von § 1066 ZPO die Schiedsfähigkeit abspricht, anstatt die fehlende Verfügungsbefugnis des Erblassers als Grund dafür zu erkennen, dass der Pflichtteilsberechtigte vom Erblasser nicht der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen werden kann, vgl. BGH, Beschluss vom 16.3.2017, I ZB 50/16, MittBayNot 2018, 347 Rdnr. 27 ff. mit Anm. *Bandel*.

6 Rdnr. 25 der besprochenen Entscheidung.

Schiedsvereinbarung wegen nachteiliger prozessualer Regelungen, insbesondere Fehler bei der Besetzung des Schiedsgerichts.<sup>7</sup> Dafür ist kein Grund erkennbar. Zum Schutz der von einer solchen Anordnung betroffenen Partei ist diese Abkehr vom Gesetz nicht notwendig. Denn sollte es in einem solchen Fall tatsächlich zu einem Verfahren oder gar einer Entscheidung kommen, hält diese dem ordre public nicht stand und ist gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 2b ZPO von Amts wegen aufzuheben.<sup>8</sup>

Was bedeutet die Entscheidung für die Praxis? Die Einsetzung des Testamentsvollstreckers als Schiedsrichter sollte unterbleiben. Gedacht war sie ohnehin zur Verstärkung seiner Stellung. Ein Testamentsvollstrecker mit starker Stellung (Dauervollstreckung, umfassende Befugnisse) wird bei Nachlassstreitigkeiten meist auch Partei sein und ist deshalb als Schiedsrichter zwingend ausgeschlossen. Seine Einsetzung gefährdet die Wirksamkeit des Schiedsverfahrens. Ob diese nach der Entscheidung des BGH noch gerettet werden kann, wenn man für solche Fälle einen Ersatzschiedsrichter benennt, ist fraglich.

Wegen der Entscheidung der Vorinstanz sollte in einer Schiedsverfügung klargestellt werden, dass diese nur für solche Streitigkeiten gilt, für die Schiedsgerichtbarkeit letztwillig verfügt werden kann, insbesondere also nicht für Pflichtteilsstreitigkeiten und für Rechtsnormen, die nicht der Verfügungsbefugnis des Erblassers unterliegen, zum Beispiel die in § 2220 BGB genannten Normen und Streitigkeiten gemäß § 2227 BGB.

Ob die Anordnung eines Schiedsverfahrens für eventuelle Erbstreitigkeiten überhaupt zweckmäßig ist, sollte stets kritisch hinterfragt werden.<sup>9</sup>

- 7 MünchKomm-ZPO/Münch, 5. Aufl. 2017, § 1034 Rdnr. 12, § 1036 Rdnr. 11; Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 1034 Rdnr. 5; Zöller/Geimer, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 1034 Rdnr. 13.
- 8 MünchKomm-ZPO/Münch, § 1036 Rdnr. 9.
- 9 Pro und Contra bei Walz/Bandel, Das ADR-Formularbuch, 2. Aufl. 2017, Kap. 25 Rdnr. 2-6.

## 16. Sittenwidrigkeit einer an die Besuchspflicht geknüpften bedingten Erbeinsetzung

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 5.2.2019, 20 W 98/18

BGB §§ 134, 138, § 2065 Abs. 1, § 2200  
GG Art. 14 Abs. 1 Satz 1

### LEITSATZ:

**Eine an die Besuchspflicht geknüpfte bedingte Erbeinsetzung der Enkel ist sittenwidrig und damit nichtig, da der Erblasser erbrechtliche Vermögensvorteile als Druckmittel für zu Lebzeiten durchzuführende Besuche seiner Enkelkinder einsetzt. Jedoch können die Enkel unter Berücksichtigung des hypothetischen Willens des Erblassers auch ohne Erfüllung der Besuchspflicht Miterben sein. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beschwerdeführer, die Enkel des Erblassers (nachfolgend nur: die Enkelkinder), wenden sich mit ihrer (...) Beschwerde (...) gegen den Beschluss des Nachlassgerichts (...).

2 Mit diesem Beschluss hat das Nachlassgericht auf den (...) Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 das Vorliegen der Voraussetzungen zu dessen Erteilung für festgestellt erachtet. Danach sollen durch den Erbschein die Beteiligten zu 1 und 2 als Miterben des Erblassers zu je 1/2 ausgewiesen werden.

3 Bei der Beteiligten zu 1 handelt es sich um die letzte Ehefrau des Erblassers. Der Beteiligte zu 2 ist ein Sohn des Erblassers aus früherer Ehe. Bei den beschwerdeführenden Enkelkindern handelt es sich um die Kinder des weiteren Sohnes des Erblassers aus dieser früheren Ehe, B.

4 Dem Erbscheinsantrag liegt das von dem Erblasser handschriftlich geschriebene und von ihm und der Beteiligten zu 1 unterschriebene Testament vom 20.9.2014 zugrunde (...). Dieses hat auszugsweise folgenden Inhalt:

„(...) Sollte ich C vor meiner Frau versterben, bekommen meine Frau 25 % meines gesamten Geldvermögen und kümmert sich um Bestattung und Pflege der Grabstätte. Die Kosten hierfür werden von dem vorhandenen Geld verwendet. 25 % des verbleibenden Geldvermögens bekommt mein Sohn D.

Die restlichen 50 % des dann noch vorhandenen Geldes, bekommen, zu gleichen Teilen meine Enkel F u. E, aber nur dann, wenn sie mich regelmäßig d. h. mindestens 6-mal im Jahr besuchen.

Wenn das der Fall ist, muss das Nachlassgericht bis zu ihrem 21. Lebensjahr das Geld auf einem Sperrkonto verwahren.

Sollte das nicht der Fall sein d. h. mich keiner besuchen, werden die restlichen 50 % des Geldes zwischen meiner Frau G und meinem Sohn D aufgeteilt.

Mein Sohn B seine Frau H dürfen über den Erbnachlass nicht verfügen, und auch nach dem jetzigen Stand der Dinge nich zu meiner Beerdigung kommen (...).“

5 Das Nachlassgericht hat – in Übereinstimmung mit der Ansicht der Beteiligten zu 1 und entgegen der Ansicht der Beschwerde – seine angefochtene Entscheidung tragend darauf gestützt, dass der Erblasser seinen Willen eindeutig an die Bedingung geknüpft habe, dass seine Enkelkinder ihn jährlich sechsmal besuchen. Dies begründe inhaltlich keine Bedenken, es sei vielmehr ein legitimes Interesse des Erblassers gewesen, seine Enkelkinder regelmäßig zu sehen; dass dies ersichtlich von dem Willen des Vaters der Enkelkinder abhing, unterliege keinen Bedenken. Der Wille des Erblassers sei nicht erfüllt worden. Zwar sei weder das Kalenderjahr beendet gewesen noch habe zwischen der Testamentserrichtung und dem Tod des Erblassers ein Jahr gelegen. Gleichwohl müsse das Testament so ausgelegt werden, dass die vom Erblasser genannte Bedingung nicht eingetreten sei. Es sei nämlich davon auszugehen, dass es sich bei den zur Bedingung gemachten Besuchen um solche in regelmäßiger

Abfolge handeln sollte, also etwa alle zwei Monate, um den Kontakt zwischen dem Erblasser und seinen Enkelkindern aufrechtzuerhalten. Es sei also auch nicht im Sinne des Erblassers gewesen, wenn die sechs Besuche an sechs Tagen hintereinander erfolgt wären. Es handele sich bei der Regelung auch nicht um bloße Wünsche oder Erwartungen des Erblassers. Die bloße sporadische Aufrechterhaltung des Verhältnisses zwischen dem Erblasser und seinen Enkelkindern und die Möglichkeit, den Umfang im Wege der Testamentsauslegung nachträglich durch das Nachlassgericht auszulegen, wie dies offensichtlich der Vorstellung der Ergänzungspflegerin der Enkelkinder entspreche, sei gerade nicht gegeben. Der Erblasserwille sei in dem Testament zur Überzeugung des Gerichts ausdrücklich und eindeutig zum Ausdruck gekommen, sodass eine andere Interpretation ausgeschlossen sei. Jedenfalls der eine Besuch an Weihnachten 2014 reiche nicht aus zur Erfüllung der im Testament genannten Bedingung. Ergänzend hat das Nachlassgericht dann in seinem Nichtabhilfebeschluss vom 19.4.2018 darauf hingewiesen, entgegen der Auffassung der Beschwerde liege in den im Testament gewählten Formulierungen „regelmäßig besuchen“ und „keiner besuchen“ kein Widerspruch. Mit der Formulierung „keiner besuchen“ beziehe sich der Erblasser ersichtlich auf die zuvor im Einzelnen aufgestellten Bedingungen der erforderlichen regelmäßigen Besuche. Eine Einschränkung dahin gehend, dass die Bedingung nur eintrete, wenn keiner den Erblasser besuche, ergebe sich hieraus jedoch gerade nicht. Weiterhin hat das Nachlassgericht ergänzend darauf hingewiesen, dass auch die Heranziehung von außerhalb der Testamentsurkunde liegenden Umständen – auf die insbesondere der Verfahrensbevollmächtigte der Enkelkinder in seinem Beschwerdeschriftsatz vom 12.12.2017, auch unter Vorlage von E-Mail-Schriftverkehr des Erblassers mit seinem Sohn B, hingewiesen hat – entgegen der Auffassung der Beschwerde keinen Rückschluss dahin gehend zuließen, dass sich die Besuchsbedingungen in dem Testament darauf beschränken sollten, dass der Erblasser seine Enkelkinder überhaupt sieht. Selbst wenn der Erblasser sich in dem vorgelegten E-Mail-Verkehr für sein Verhalten bei einem Besuch seines Sohnes B mit den Enkelkindern und dessen Ehefrau bei ihm und seiner Ehefrau entschuldigt habe, und dieses Zusammentreffen offenbar der Anlass für die vorgenommene testamentarische Regelung gewesen sei, könne die nachträglich erfolgte Entschuldigung nicht zu einer anderen Testamentsauslegung führen. Jedenfalls könne gerade nicht ausgeschlossen werden, dass der Erblasser im Hinblick auf das schwierige und wechselhafte Verhältnis zu seinem Sohn und dessen Ehefrau die letztwillige Verfügung aufrechterhalten habe und trotz der Annäherung nicht geändert habe.

**6** Der Senat teilt diese Ausführungen des Nachlassgerichts zur Testamentsauslegung, die sich mit der Auffassung der Beteiligten zu 1 decken, weitestgehend (vgl. nachfolgend unter 1.) Soweit das Nachlassgericht jedoch dargelegt hat, das Testament begründe inhaltlich keine Bedenken, es sei vielmehr ein legitimes Interesse des Erblassers gewesen, seine Enkelkinder regelmäßig zu sehen, greift diese Überlegung zu kurz. Die von dem Erblasser aufgrund dessen aufgestellte aufschiebende Bedingung, die die Erbenstellung der Beschwerdeführer von der Erfüllung einer ihnen auferlegten Besuchspflicht bei dem

Erblasser abhängig macht, ist vielmehr sittenwidrig und damit nichtig (§§ 134, 138 BGB; vgl. nachfolgend unter 2.). Die Nichtigkeit dieser Besuchsbedingung führt jedoch nicht auch zu einer Nichtigkeit der Erbensetzung seiner Enkelkinder im Übrigen (vgl. nachfolgend unter 3.). Somit durfte das Nachlassgericht auch die Voraussetzungen zur Erteilung des von der Beteiligten zu 1 beantragten Erbscheins, der diese Erbenstellung der Enkelkinder des Erblassers nicht berücksichtigen würde, nicht feststellen.

**7 1.** Der Senat teilt zunächst die Auffassung des Nachlassgerichts, dass der Erblasser eine eindeutige und klare aufschiebende Bedingung für den Eintritt einer Erbfolge seiner Enkelkinder aufgestellt hat. Insbesondere folgt der Senat der Ansicht des Nachlassgerichts, dass aus der Formulierung „Sollte das nicht der Fall sein d. h. mich keiner besuchen (...)“ nicht etwa eine Relativierung der zuvor klar aufgestellten aufschiebenden Bedingung eines regelmäßigen, „d. h. mindestens 6-mal im Jahr“ durchzuführenden Besuches bei dem Erblasser erfolgen sollte. Hierfür geben entgegen der Ansicht der Beschwerde weder der Wortlaut des Testaments noch die sonstigen von der Beschwerde vorgetragene Umstände einen ausreichenden Anhalt. Ein solcher Anhalt ergibt sich auch nicht aus den Ausführungen des Verfahrensbevollmächtigten der Enkelkinder. Dort hat er – wohl im Hinblick auf den Inhalt der E-Mails des Erblassers an seinen Sohn B vom 20.10.2014 und 3.11.2014 – vermutet, dass der Erblasser aufgrund seiner Krankheit und deren medikamentösen Behandlung beeinträchtigt gewesen sei, was die Niederlegung widersprüchlicher Inhalte durch den Erblasser nahelege. Somit könne nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die widersprüchlichen Formulierungen nicht so gemeint gewesen seien, wie sie auf dem Papier stehen. Somit kann der Senat schon keinen derartigen Widerspruch in den von dem Erblasser gewählten Formulierungen erkennen und auch keine Relativierung der Bedingung der regelmäßigen, sechsmaligen Besuche.

**8** Der Senat teilt weiterhin die Ansicht des Nachlassgerichts, wonach es sich um regelmäßige, über das Jahr verteilte Besuche bei dem Erblasser handeln sollte, da er auf diese Weise einen „regelmäßigen“ Kontakt zwischen ihm und seinen Enkelkindern wahren wollte, den er ohne Weiteres gerade im Alter seiner Enkelkinder als Voraussetzung für den Aufbau/Erhalt einer entsprechenden Bindung ansehen konnte. Dass er die Sicherstellung dieses regelmäßigen Kontaktes für erforderlich ansah, ergibt sich im Übrigen auch aus der E-Mail des Erblassers an seinen Sohn B vom 21.9.2014, in der er die Sorge geäußert hat, dass man ihm seine Enkelkinder vorenthalte.

**9** Auch, dass diese von dem Erblasser zur Bedingung gemachten Besuche bei ihm stattfinden sollten und somit möglicherweise andere Treffen – beispielsweise die zwischen den Beteiligten streitigen Besuche bei dem Sohn B am 13.1.2015 und 9.3.2015, nicht ausreichen sollten, ergibt sich so aus dem klaren Wortlaut des Testaments. Es ist ohne Weiteres nachvollziehbar, dass der Erblasser seine Enkelkinder bei sich zu Hause sehen wollte.

**10** Weiterhin teilt der Senat die Ansicht des Nachlassgerichts, dass es grundsätzlich rechtlich möglich war, die Erfüllung der seinen Enkelkindern auferlegten Verpflichtung letztlich von dem Willen deren Eltern abhängig zu machen; eine nach

§ 2065 Abs. 1 BGB unzulässige Vertretung des Erblassers in seinem Willen zur eigenen Bestimmung seiner Erbfolge kann darin nicht gesehen werden, da es dem Erblasser entscheidend auf den Eintritt des von ihm gewollten Ereignisses (Besuche) ankam und nicht auf die dahinterstehende Entscheidung deren Eltern (vgl. Palandt/*Weidlich*, 78. Aufl., 2019, § 2065 Rdnr. 5).

**11** Letztlich teilt der Senat auch die Auffassung des Nachlassgerichts, wonach sich aus dem von der Beschwerde vorgelegten E-Mail-Verkehr mit seinem Sohn B – an dessen Stattfinden und Inhalt für den Senat keine erheblichen Zweifel bestehen, nachdem auch der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1 im Wesentlichen nur erklärt hat, dass der „Beweiswert der E-Mails fragwürdig“ sei – keine wesentlichen Umstände ergeben, die zu einer anderen Testamentsauslegung führen müssten. Allerdings ist anerkannt, dass zur Ermittlung des Inhalts jeder einzelnen testamentarischen Verfügung der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände, auch solcher außerhalb des Testaments heranzuziehen und zu würdigen ist, wobei solche Umstände vor oder auch nach Testamenterrichtung liegen können. Abzustellen ist dabei aber stets auf den Willen des Erblassers im Zeitpunkt der Testamenterrichtung; danach eingetretene Umstände können daher nur dann Bedeutung erlangen, soweit sie Rückschlüsse auf den maßgeblichen Zeitpunkt der Testamenterrichtung zulassen. Nicht verwertbar sind derartige Umstände, soweit sich aus ihnen ergibt, dass der Erblasser nach Testamenterrichtung seinen Willen geändert hat (vgl. insgesamt Palandt/*Weidlich*, § 2084 Rdnr. 2 m. w. N.).

**12** Insbesondere aus den von der Beschwerde vorgelegten E-Mails des Erblassers an seinen Sohn vom 20.10.2014 und 3.11.2014 ergibt sich allenfalls eine derartige spätere Willensänderung des Erblassers, als er erklärt hat „Auch was ich schrieb war völliger Quatsch auch das Testament kommt so nicht zum Tragen“. Daraus, und auch aus dem Inhalt der weiteren E-Mails kann aber schon nicht geschlossen werden, dass der Erblasser seine vorangegangene letztwillige Verfügung mit dem Verlangen nach regelmäßigen Besuchen seiner Enkelkinder bei ihm von Anfang an in einem anderen Sinn verstanden hat, als ausdrücklich niedergelegt.

**13** Darüber hinaus spricht der weitere tatsächliche Ablauf aber schon gegen das Vorliegen einer späteren Willensänderung des Erblassers, da dieser es trotz seiner E-Mails, mit denen er sich für sein Verhalten gegenüber seinem Sohn B und dessen Ehefrau H bei deren Besuch mit den Enkelkindern am 20.9.2014 und für den Inhalt seiner E-Mails an seinen Sohn B vom 21.9. und 26.9.2014 entschuldigen wollte, tatsächlich unterlassen hat, das Testament entsprechend formgemäß zu widerrufen, was man andernfalls im Hinblick auf seine entschuldigenden Ausführungen in seinen E-Mails vom 20.10.2014 und 3.11.2014 hätte erwarten können. Ob hierfür letztlich, wie das Nachlassgericht vermutet hat, das schwierige und wechselhafte Verhältnis des Erblassers zu seinem Sohn B und dessen Ehefrau maßgeblich war, kann offen bleiben. Jedenfalls ist es offensichtlich zu einem Testamentswiderruf durch den Erblasser trotz (wieder) verbesserter Beziehungen zu seinem Sohn B und dessen Ehefrau tatsächlich nicht gekommen.

**14** Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass die von dem Erblasser gegenüber seinem Sohn B und dessen Ehefrau in den E-Mails vom 20.10. und 3.11.2014 angegebenen Umstände in Bezug auf Nebenwirkungen des Medikamentes Diazepam, welches er eingenommen habe, weil er in letzter Zeit sehr schlecht geschlafen habe und manchmal auch unter Depressionen gelitten habe, und er aufgrund chronischer Krankheiten unter permanentem Stress stehe, wobei nach Rücksprache mit seinem Arzt „der Auslöser dieses drastischen Ausfalls von mir (...) diese verdammten Beruhigungspillen (...)“ gewesen seien, keinen ausreichenden Anhalt dafür bieten, dass der Erblasser zum Testamenterrichtungszeitpunkt am 20.9.2014 nicht testierfähig gewesen sein könnte. Soweit geht auch nicht einmal der Verfahrensbevollmächtigte der Enkelkinder mit seinen oben zitierten Darlegungen. Es liegt für den Senat vielmehr nahe, dass der Erblasser mit seinen entsprechenden Hinweisen letztlich für seinen Sohn B und dessen Ehefrau lediglich einen nachvollziehbaren Grund nennen wollte, wie es zu seinen aggressiven Ausführungen in seinen E-Mails vom 21.9.2014 und dann vom 26.9.2014, mit der er dann auch eine maschinenschriftliche Abschrift des hier vorliegenden handschriftlichen Testaments vom 20.09.2014 übersandt hat – kommen konnte. Dass er zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung aufgrund der von ihm aufgezählten Nebenwirkungen des angeblich eingenommenen Medikaments, wie zum Beispiel akuter Erregungszustände, Erregbarkeit, Reizbarkeit, aggressives Verhalten, Unruhe, Nervosität, Feindseligkeiten und Ähnlichem sich selbst sogar für testierunfähig gehalten hätte, hat selbst der Erblasser in seinen E-Mails nicht ausdrücklich dargelegt; dafür bieten im Übrigen die aufgezählten Nebenwirkungen auch keinen ausreichenden Anhalt. Davon abgesehen bietet auch der zeitliche Ablauf von Testamenterrichtung und nachfolgenden E-Mails keinen entsprechenden Anhalt für eine Testierunfähigkeit des Erblassers am 20.9.2014. Das Testament ist am 20.9.2014 errichtet worden, sodann folgte die erste E-Mail des Erblassers an seinen Sohn B am 21.9.2014 mit verbalen Angriffen des Erblassers gegen diesen und dessen Ehefrau. Erst weitere fünf Tage später erfolgte dann die E-Mail des Erblassers vom 26.9.2014 mit weiteren Angriffen gegen die Ehefrau seines Sohnes und mit der Übersendung der maschinenschriftlichen Testamentsabschrift. Die erste Entschuldigungs-E-Mail des Erblassers vom 20.10.2014, in der er darauf hingewiesen hat, er habe das Medikament sofort abgesetzt, nachdem er die Nebenwirkungen des Medikaments gelesen habe und er dann nach zwei Tagen bemerkt habe, was er für einen Schaden angerichtet habe, folgte dann erst fast einen Monat später. Bei all dem hat der Erblasser – wie gesagt – dann aber trotzdem darauf verzichtet, das vorliegende Testament zu widerrufen.

**15** 2. Wie einleitend bereits festgestellt, ist die von dem Erblasser aufgestellte aufschiebende Bedingung, die die Erbstellung seiner Enkelkinder von der Erfüllung einer ihnen auferlegten Besuchspflicht bei dem Erblasser abhängig macht, sittenwidrig und damit nichtig (§§ 134, 138 BGB).

**16** Dabei verkennt der Senat nicht, dass die von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte Testierfreiheit eines Erblassers gewährleistet, dass es ihm grundsätzlich möglich bleiben muss, die Erbfolge nach seinen eigenen Vorstellungen zu gestalten, und eine Sittenwidrigkeit einer Bedingung nur in be-

sonders schwerwiegenden Ausnahmefällen angenommen werden kann (vgl. hierzu u. a. jurisPK/Lenz-Brendel, 8. Aufl. 2017, Stand: 15.3.2017, § 2074 Rdnr. 29 m. w. N. auch zur Rspr.). Die Grenze zu derart schwerwiegenden Ausnahmefällen wird dabei nach überwiegender Auffassung, der sich der Senat anschließt, dann überschritten, wenn die von dem Erblasser erhobene Bedingung unter Berücksichtigung der höchstpersönlichen und auch wirtschaftlichen Umstände die Entschließungsfreiheit des bedingten Zuwendungsempfängers unzumutbar unter Druck setzt und durch das Inaussichtstellen von Vermögensvorteilen Verhaltensweisen bewirkt werden sollen, die regelmäßig eine freie, innere Überzeugung des Handelnden voraussetzen (vgl. u. a. jurisPK-BGB/Lenz-Brendel, a. a. O. m. w. N.; Erman/Schmidt, BGB, 15. Aufl. 2017, § 2074 Rdnr. 5 m. w. N., zitiert nach beck-online). Dabei können allerdings bei der entsprechenden Beurteilung keine pauschalen Feststellungen getroffen werden, sondern es sind jeweils die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Insofern weist *Leipold* (MünchKomm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 2074 Rdnr. 21, zitiert nach beck-online) zu Recht darauf hin, dass die Umstände insbesondere erkennen lassen müssen, ob der Erblasser durch einen wirtschaftlichen Anreiz in einer gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verstoßenden Weise ein bestimmtes Verhalten zu „erkaufen“ sucht. Weiterhin weist *Leipold* (a. a. O.) zu Recht darauf hin, dass dann, wenn der Erblasser solche Ereignisse zur Bedingung macht, die vor dem Erbfall eintreten, und er den Bedachten von der bedingten Zuwendung nicht informiert, ein unbilliger Versuch einer Einflussnahme von vornherein ausscheidet. Im Übrigen ist unter anderem zu beachten, ob die Zuwendung nach ihrem Gewicht überhaupt geeignet ist, die Entscheidung des Bedachten zu beeinflussen und ob die Bedingung schlechthin über das Ob einer Zuwendung entscheiden oder nur deren Inhalt bestimmen soll (*Leipold*, a. a. O.).

**17** Unter Berücksichtigung dieser allgemeinen Grundsätze sind die hier von dem Erblasser eingeforderten regelmäßigen, mindestens sechsmal jährlichen Besuche durch seine Enkelkinder als Voraussetzung der Erlangung einer Erbenstellung als sittenwidrig anzusehen.

**18** Zwar ist nichts gegen den Wunsch des Erblassers einzuwenden, seine Enkelkinder in regelmäßigen Abständen bei sich zu Hause zu sehen, zumal er selbst ausweislich seiner E-Mail an seinen Sohn B vom 21.9.2014 das Gefühl hatte, dass dieser und dessen Ehefrau ihm seine Enkelkinder vorenthalten würden. Dies legitimierte den Erblasser aber andererseits nicht dazu, diesem Wunsch in der gewählten Form Ausdruck zu verleihen. Dadurch hat er faktisch seine Enkelkinder unter Zwischenschaltung deren Eltern durch Inaussichtstellen einer Erbenstellung, die nur bei zwingender Erfüllung der Besuchsbedingung eintreten würde, die wiederum nicht nur von der eigenen, sondern auch von der Mitwirkungsbereitschaft ihrer Eltern abhängen würde, dem Druck ausgesetzt, zur Erlangung eines Vermögensvorteils zwingend die im Testament genannten Besuchsbedingungen zu erfüllen. Der dabei zu erlangende Vermögensvorteil für seine Enkelkinder war im Hinblick auf das zu vererbende Gesamtvermögen des Erblassers von 250.000 bis 300.000 € (...) auch so erheblich, dass er ohne Weiteres geeignet war, die Entscheidung über die Besuchsfrage zu beeinflussen.

**19** Über dieses Druckmittel wollte der Erblasser gerade ein Verhalten seiner Enkelkinder erreichen, das regelmäßig deren innere, freie Überzeugung voraussetzt. Dass die Enkelkinder tatsächlich möglicherweise dieser Drucksituation auch nur mittelbar durch ein entsprechendes Einwirken ihrer Eltern ausgesetzt worden wären, falls sie bei fehlender Kenntnis von dem Testament mit anderen Begründungen zu Besuchen „bei dem Opa“ veranlasst worden wären, ändert dabei an der Sittenwidrigkeit des von dem Erblasser gewählten Wegs der Durchsetzung seiner Ziele nichts. Genauso wenig kommt es für die die Sittenwidrigkeit begründende Zweck-Mittel-Relation darauf an, ob seine Enkelkinder ihn tatsächlich unabhängig von der Testamentslage sowieso im genannten Umfang gerne regelmäßig besucht hätten. Dem Erblasser kam es offensichtlich jedenfalls gerade darauf an, und er hielt es tatsächlich für erforderlich, eine derartige Drucksituation zur Durchsetzung seiner Besuchsziele schaffen zu müssen. Dafür spricht insbesondere deutlich der Umstand, dass er dem Vater seiner Enkelkinder die maschinenschriftliche Abschrift des vorliegenden Testaments als Anlage seiner E-Mail vom 26.9.2014 mit einer „Vollstreckungsdrohung“ übersandt hat.

**20** Eine derartige Einflussnahme des Erblassers auf die Entschließungsfreiheit seiner Enkelkinder – auch bei der vorliegend gewählten Einbeziehung deren Eltern – ist von der Rechtsordnung auch im Hinblick auf die Testierfreiheit des Erblassers nicht hinzunehmen und damit als sittenwidrig und somit nichtig einzuordnen.

**21** 3. Die Nichtigkeit der Besuchsbedingung führt jedoch nicht auch zu einer Nichtigkeit der Erbeinsetzung seiner Enkelkinder im Übrigen.

**22** Dieses Ergebnis folgt nach einer Auffassung schon unmittelbar daraus, dass es sich hierbei um eine Bedingung handelte, mit der in unzulässiger Weise in Freiheitsrechte der Enkelkinder eingegriffen werden sollte, sodass dem Schutzzweck entsprechend die Zuwendung ohne die unwirksame Bedingung ohne Weiteres aufrechterhalten bleibt (so *Leipold*, a. a. O., Rdnr. 27 m. w. N. zum Meinungsstand, auch zur nachfolgend dargestellten Gegenauffassung).

**23** Ob dieser Auffassung zu folgen ist, kann offen bleiben, da sich hier auch nach der Gegenauffassung, die auf den im Einzelfall zu ermittelnden hypothetischen Willen eines Erblassers abstellen will (vgl. u. a. Staudinger/Otte, Stand: 1.3.2016, § 2074 Rdnr. 77, zitiert nach juris), kein anderes Ergebnis zeigt. Danach ist, um den Eingriff in die Testierfreiheit des Erblassers so gering wie möglich zu halten, zu fragen, ob der Erblasser dann, wenn er gewusst hätte, dass die von ihm aufgestellte Besuchsbedingung unwirksam ist, zum maßgeblichen Zeitpunkt der Testamentserrichtung am 20.9.2014 gewollt hätte, dass jedenfalls die Erbeinsetzung seiner Enkelkinder aufrechterhalten bleibt, er also eher eine unbedingte als gar keine Zuwendung gemacht hätte.

**24** Hiervon geht der Senat aus.

**25** Hierfür spricht zunächst entscheidend, dass seine Enkelkinder, wie sich ohne Weiteres aus den bereits in Bezug genommenen E-Mails an seinen Sohn B ergibt, für den Erblasser eine derartige Bedeutung hatten, dass er diese sogar unter Enterbung seines Sohnes B, wenn auch verknüpft mit der un-

wirksamen Besuchsbedingung, insgesamt mit der gleichen Erbquote wie seine Ehefrau und seinen weiteren Sohn D bedacht hat. Gerade auch der Inhalt der unwirksamen Besuchsbedingung selbst zeigt, wie viel dem Erblasser an einer persönlichen Beziehung zu seinen Enkelkindern gelegen war und wie wichtig ihm diese gewesen sind. Für Letzteres spricht auch der Inhalt der E-Mail des Erblassers an seinen Sohn B vom 3.11.2014, in der der Erblasser Wert darauf gelegt hat, seinem Enkel F persönlich etwas als Geburtstagsgeschenk „in die Hand geben“ zu wollen, und diesem nicht einfach etwas auf das Spargbuch legen zu wollen.

**26** Bereits die daraus abzuleitende enge Bindung jedenfalls des Erblassers an seine Enkelkinder spricht dafür, dass er dann, wenn er gewusst hätte, dass er sein Ziel der Sicherstellung der regelmäßigen Besuche durch seine Enkelkinder aus Rechtsgründen wegen Unwirksamkeit des hierzu von ihm gewählten Mittels nicht in der gewählten Form würde durchsetzen können, seine Enkelkinder trotzdem bedacht hätte.

**27** Dabei ist weiterhin zu berücksichtigen, dass der Erblasser dann ja auch von deren Schutz insoweit ausgehen konnte, als er die Erbeinsetzung seiner Enkelkinder damit verbunden hat, dass das Nachlassgericht bis zu deren 21. Lebensjahr das Geld auf einem Sperrkonto verwahren soll. Von der Fortgeltung dieser Testamentsbestimmung ist auch ohne Weiteres auszugehen, da diese letztlich ausschließlich an das Bestehen einer Erbenstellung seiner Enkelkinder anknüpft. Es besteht kein Anhalt dafür, dass der Erblasser an dieser Bestimmung etwa nur für den Fall hätte festhalten wollen, dass seine Enkelkinder diese Erbenstellung infolge der Erfüllung seiner Besuchsbedingung erreichen würden und nicht im eingetretenen Fall der rechtlichen Unwirksamkeit dieser Bedingung.

**28** Insoweit weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass diese fortgeltende Klausel über die Geldverwahrung auf einem Sperrkonto durch das Nachlassgericht für deren tatsächliche Nichtdurchführbarkeit jedenfalls auch ein Ersuchen an das Nachlassgericht nach § 2200 BGB beinhalten dürfte, zum Zwecke der von dem Erblasser sogar über den Volljährigkeitseintritt seiner Enkelkinder hinaus gewollten Sicherung ihrer Erbteile einen Testamentsvollstrecker zu ernennen.

**29** Weiterhin wollte der Erblasser zum maßgeblichen Zeitpunkt der Testamentserrichtung offensichtlich auch seinen Sohn B enterben.

**30** Es sind keine Umstände ersichtlich, die dafür sprechen, dass er zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung insoweit anders testiert hätte, wenn er gewusst hätte, dass die von ihm getroffene Besuchsbedingung unwirksam ist. Dass der Erblasser sogar in keinem Fall eine faktische Verfügungsmöglichkeit seines Sohnes B auch nur über Teile seines Nachlasses wollte, ergibt sich deutlich auch aus der Testamentsklausel über die Verwahrung des Erbteils seiner Enkelkinder durch das Nachlassgericht auf einem Sperrkonto.

**31** Genauso wenig gibt es einen ausreichenden Anhalt dafür, dass der Erblasser bei Kenntnis der rechtlichen Unwirksamkeit der Besuchsbedingung gewollt hätte, dass die „restlichen 50 % des Geldes zwischen“ seiner Ehefrau und seinem Sohn D aufgeteilt werden, wie dies im Testament für den Fall vorgesehen ist, dass eingeforderte Besuche seiner Enkelkinder

nicht stattfinden sollten. Letztere Regelung ist vielmehr offensichtlich ausschließlich Teil des von dem Erblasser auf seinen Sohn B bzw. seine Enkelkinder mit dem Testament aufgebauten Drucks zur Durchsetzung der von ihm gewollten Besuchsbedingung, bei deren Nichtbeachtung nochmals verdeutlicht werden sollte, dass dann der Stamm seines Sohnes B in jedem Fall nicht bedacht sein würde.

**32** Die von dem Erblasser vorgenommene Aufteilung seines Erbes zwischen seiner Ehefrau und seinen beiden Nachfolgestämmen hat sich im Übrigen auch bereits dem Ansatz nach in dem widerrufenen Erbvertrag zwischen ihm und seiner damaligen noch zukünftigen Ehefrau, der hiesigen Beteiligten zu 1, vom 21.3.2001 gezeigt. Damals hatte der Erblasser seinen zu diesem Zeitpunkt noch vorhandenen Grundbesitz hälftig zwischen seinen beiden Söhnen aufgeteilt und nur für den übrigen Nachlass seine jetzige Ehefrau zur Erbin eingesetzt. Auch dafür, dass er an dieser grundsätzlichen Aufteilung seines Vermögens auf alle „Familienteile“, die sich nun ja auch im Testament vom 20.9.2014 wiederfindet, mit dem er seine beiden Enkelkinder hinsichtlich der Erbquoten sogar jeweils mit seiner Ehefrau und seinem Sohn D gleichgestellt hat, nur deswegen nicht hätte festhalten wollen, weil die von ihm gewollte Besuchsregelung unwirksam ist, gibt es keine Anhaltspunkte.

**33** Somit sprechen die Gesamtumstände im Ergebnis auch bei einer hypothetischen Testamentsauslegung dafür, dass der Erblasser dann, wenn er zum Testamentserrichtungszeitpunkt gewusst hätte, dass die von ihm testierte Besuchsbedingung unwirksam wäre, seine beiden Enkelkinder trotzdem und unter Aufrechterhaltung der Anordnung der Geldverwahrung auf einem Sperrkonto bis zu deren jeweiligen 21. Lebensjahr als seine Miterben eingesetzt hätte.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. **Christopher Keim**, Ingelheim

#### 1. Grundsätze der Entscheidung

Der Beschluss des OLG Frankfurt a. M. ist nicht überzeugend. Nach dem Inhalt der letztwilligen Verfügung des Erblassers sollten ihn seine Enkel nur dann beerben, wenn sie ihn regelmäßig, das heißt mindestens sechsmal im Jahr, besuchten. Das OLG hält diese Bedingung für sittenwidrig, wenn der Erblasser die erbrechtlichen Vermögensvorteile als Druckmittel für Besuche einsetzt. Im Gegensatz zur Auffassung des Gerichts dürfte nach der Auslegungsregel des § 2075 BGB wohl nicht von einer aufschiebenden, sondern von einer auflösenden Bedingung auszugehen sein, da die Erbeinsetzung davon abhängig gemacht wurde, dass der Bedachte während eines Zeitraums von unbestimmter Dauer etwas fortgesetzt tut.<sup>1</sup> Das Testament stellt auf Ereignisse ab, die zwar nach der Testamentserrichtung, aber vor dem Erbfall eintreten sollen. Es ist daher eigentlich schon zweifelhaft, von einer Bedingung zu sprechen, da eine Schwebelage im strengen Sinn nicht besteht. Denn die Rechtswirkungen einer Verfügung von Todes wegen treten erst mit dem Erbfall ein und zu diesem Zeitpunkt ist die Un-

<sup>1</sup> So auch von *Bary*, ZEV 2019, 215.

gewissheit bereits beseitigt.<sup>2</sup> Überwiegend wird die Abhängigkeit von einem solchen Umstand jedoch auch als Bedingung angesehen, sodass die §§ 2074 ff. BGB anwendbar sind.<sup>3</sup>

## 2. Sittenwidrigkeit von Wohlverhaltensklauseln

Insbesondere können auch derartige „unechte“ Bedingungen sittenwidrig sein.<sup>4</sup> Nach der Argumentation des BVerfG in seiner Hohenzollern-Entscheidung spielen dabei auch die Grundrechte eine erhebliche Rolle: Das Gericht hat zu prüfen, ob die gesetzte Bedingung geeignet ist, unzumutbaren Druck auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten des Bedachten auszuüben.<sup>5</sup> Naturgemäß kommt eine Sittenwidrigkeit nach dieser Argumentation überhaupt nur dann in Frage, wenn der Erblasser die „lebzeitige“ Bedingung dem Bedachten mitteilt, was hier gegeben ist. Prüft man die beanstandete Klausel anhand dieser Kriterien, so dürfte eine Sittenwidrigkeit im vorliegenden Fall aber ausscheiden: Wie das OLG richtig feststellt, kommt wegen des hohen Rangs der von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Testierfreiheit eines Erblassers eine Sittenwidrigkeit ohnehin nur in schwerwiegenden Ausnahmefällen in Frage. Die Rechtsprechung hat in diesem Zusammenhang insbesondere solche Bedingungen als sittenwidrig angesehen, mit denen der Erblasser Einfluss auf Grundrechte wie die Religionszugehörigkeit, die Eheschließungsfreiheit oder die Berufswahl nehmen wollte.<sup>6</sup> Demgegenüber stellt die hier getroffene Besuchsbedingung lediglich eine begrenzte Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit der eingesetzten Erben dar.

Darüber hinaus ist auch anerkannt, dass Wohlverhaltensklauseln, die die Verletzung von Verhaltenspflichten gegenüber dem Erblasser oder ihm nahestehenden Personen als Verwirkungsfall bestimmen, grundsätzlich beachtenswert sind.<sup>7</sup> Es stellt ein legitimes Interesse des Erblassers dar, nur solchen Personen letztwillig etwas zuzuwenden, die den Kontakt zum Erblasser nicht haben abbrechen lassen. Es mag moralisch zweifelhaft sein, die Aussicht auf ein Erbe dazu zu verwenden, sich im Alter eine gewisse Zuneigung und Zuwendung zu „erkaufen“. In Anbetracht der Freiheit des Erblassers, über das Schicksal seines Vermögens im Falle seines Todes frei zu entscheiden, kann dies jedoch nicht als so verwerflich angesehen werden, dass es sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB ist. Das Recht, sein Vermögen nach Sympathie ohne jeden sachlichen Grund verteilen zu dürfen, ist vielmehr das Wesen der Testierfreiheit. Erst

recht stellt aber ein positives Verhalten des Bedachten gegenüber dem Erblasser einen sachlichen Grund für die Zuwendung dar. Eine besonders verwerfliche Relation von Zweck und Mittel vermag ich daher nicht zu erkennen.

## 3. Besonderheiten bei Minderjährigen

Etwas Abweichendes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Erblasser hier minderjährige Enkel zu beeinflussen versucht.<sup>8</sup> Gemäß § 1685 Abs. 1 BGB haben die Großeltern immerhin einen Umgangsanspruch mit den minderjährigen Enkeln, wenn dies dem Wohle der Enkel entspricht. Es obliegt damit den sorgeberechtigten Eltern gemäß § 1629 Abs. 3 BGB zu entscheiden, ob die Enkel den Erblasser besuchen sollen oder nicht. Bei deren Entscheidung spielt selbstverständlich auch und besonders der Wille der Enkel eine Rolle. Der Erblasser versucht damit, sowohl die sorgeberechtigten Eltern als auch die Enkel selbst zu beeinflussen. Die Entscheidung, was dem Wohle der Enkel besser dient, nämlich der Erhalt der Erbschaft oder aber die Respektierung der Entscheidung der Enkel selbst, den Erblasser vielleicht nicht zu besuchen, müssen die Eltern nach dem Wohl ihrer Kinder treffen. Zugegebenermaßen wird damit ein gewisser Druck ausgeübt. Die Schwelle der Sittenwidrigkeit wird aber nicht überschritten. Dies ergibt sich bereits aus der Erwägung, dass es dem Erblasser genauso gut möglich gewesen wäre, die gleiche Drucksituation herbeizuführen, indem er ohne Setzung einer Bedingung eine Erbeinsetzung der Enkel in Aussicht gestellt hätte, falls diese ihn besuchen. Solche „Drohungen“ sind alltäglich. Wenn dieses Ansinnen in eine rechtsgeschäftliche Bedingung gekleidet ist, kann aber wertungsmäßig nichts anderes gelten. Der Verlockung der Erbeinsetzung notfalls zu widerstehen, ist Aufgabe der Eltern, falls nach deren Urteil der Kontakt zum Erblasser nicht dem Wohl ihrer minderjährigen Kinder entsprechen sollte. Nicht jeder materielle Anreiz für ihre Kinder, über dessen Nutzen oder Schaden die Eltern eine erzieherische Entscheidung treffen müssen, ist so zu missbilligen, dass er das Verdikt der Sittenwidrigkeit verdient, insbesondere wenn aufseiten des „Versprechenden“ ebenfalls grundrechtlich geschützte Positionen stehen und dieser damit ein vom Gesetzgeber grundsätzlich anerkanntes Ziel (vgl. § 1385 Abs. 1 BGB)<sup>9</sup> verfolgt.

## 4. Rechtsfolgen der Sittenwidrigkeit

Auch die Begründung des Gerichts hinsichtlich der Rechtsfolgen einer angenommenen Sittenwidrigkeit der Besuchsbedingung ist nicht zweifelsfrei. Das OLG Frankfurt a. M. argumentiert, die Anordnung, dass das ererbte Geld bis zum 21. Geburtstag auf einem Sperrkonto verwahrt werden sollte, spreche für eine hypothetisch gewollte unbedingte Erbeinsetzung. Es bestünde kein Anhaltspunkt dafür, dass der Erblasser an dieser Bestimmung nur für den Fall hätte festhalten wollen, dass die Enkel wegen der Erfüllung der

2 Staudinger/Otte, Neub. 2013, § 2074 Rdnr. 16; von Bary, ZEV 2019, 215

3 Staudinger/Otte, § 2074 Rdnr. 17; MünchKomm-BGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, § 2074 Rdnr. 9.

4 MünchKomm-BGB/Leipold, § 2017 Rdnr. 21; so auch das OLG Frankfurt a. M. richtig in der besprochenen Entscheidung.

5 BVerfG, Beschluss vom 22.3.2004, 1 BvR 2248/01, ZEV 2004, 241.

6 MünchKomm-BGB/Leipold, § 2074 Rdnr. 22 ff.

7 Staudinger/Otte, Neub. 2016, § 2074 Rdnr. 72; BayObLG, Beschluss vom 28.1.1998, 1 Z BR 162/97, BayObLGZ 1998, 22 ff.

8 So von Bary, ZEV 2019, 215, 216.

9 Zur rechtspolitischen Kritik an der engen Auslegung des Umgangsrechts durch den BGH: Zimmermann, ZRP 2019, 40; a. A. BGH, Beschluss vom 12.7.2017, XII ZB 350/16, FamRZ 2017, 1668 = NJW 2017, 2908 mit Anm. Weber.

Besuchspflicht erben würden. Es liegt doch vielmehr auf der Hand, dass auch diese für die Einsetzung minderjähriger Erben geradezu typische Verwahrungsanordnung überflüssig werden und ebenfalls wegfallen sollte, wenn minderjährige Erben mangels Erfüllung der Bedingung überhaupt nicht zum Zuge kommen.

Ansonsten scheint mir aber das Ergebnis, dass aufgrund des hypothetischen Erblasserwillens im Fall einer erkannten Unwirksamkeit der Bedingung eine unbedingte Erbeinsetzung der Enkel gewollt gewesen wäre, durchaus vertretbar, zumal sich die Antipathie des Erblassers ersichtlich nicht gegen die Enkel selbst, sondern gegen deren Eltern richtete und ein Fernhalten der Enkel möglicherweise maßgeblich von deren Eltern verursacht worden sein könnte.

### 5. Auswirkungen der Entscheidung

Für den Testamentsgestalter bleibt festzuhalten, dass nach der Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. dem Testator, der die Erbenstellung an derartige Bedingungen anknüpfen möchte, anzuraten ist, das Testament dem Bedachten möglichst nicht zu zeigen, um eine solche Drucksituation, die Sittenwidrigkeitsgefahr zur Folge hat, von vornherein zu vermeiden. Im Ergebnis halte ich die Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. aber im Hinblick auf das geradezu alltäglich anzutreffende Bedürfnis, nur denjenigen zum Erben zu bestimmen, der auch Kontakt zum Erblasser hält, für sehr fragwürdig.



## 17. Testamentsauslegung „für den Fall eines gleichzeitigen Ablebens“

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 23.10.2018, 21 W 38/18

BGB §§ 2247, 2084

FamFG § 58

GNotKG §§ 40, 61

### LEITSATZ:

**Haben Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament im Anschluss an die gegenseitige Alleinerbeneinsetzung bestimmt, dass für den Fall eines gleichzeitigen Ablebens das Erbe unter ihren Neffen bzw. Nichten aufgeteilt werden soll, so kann der Begriff des „gleichzeitigen Ablebens“ entgegen dem Wortsinn nur dann dahin verstanden werden, dass auch das Versterben in erheblich zeitlichem Abstand umfasst werden sollte, wenn sich hierfür eine Grundlage in der vorliegenden Verfügung von Todes wegen findet.**

### SACHVERHALT:

1 I. Die am (...) 2016 verstorbene Erblasserin war mit dem am (...) 2015 vorverstorbenen A1 verheiratet und hatte keine Kinder. Die Beteiligte zu 1 ist die Cousine der Erblasserin, die Beteiligten zu 2 bis 5 sind Nichte und Neffen des vorverstorbenen Ehemannes.

2 Am 1.12.2002 errichteten die Eheleute ein gemeinschaftliches handschriftliches Testament (...), in dem sie sich gegenseitig zu

Alleinerben einsetzen. Mit Ergänzung vom 7.3.2012 bestimmten sie, dass für den Fall eines gleichzeitigen Ablebens das Erbe gleichmäßig unter ihren Neffen bzw. Nichten aufgeteilt werden solle. Dabei wurden die Beteiligten zu 2 bis 5 namentlich genannt.

3 Auf Antrag des Beteiligten zu 2 erteilte das Nachlassgericht am 27.12.2016 einen Erbschein (...), nach dem die Erblasserin von den Beteiligten zu 2 bis 5 zu je 1/4 beerbt wurde.

4 Mit Schriftsatz vom 31.5.2017 (...) hat die Beteiligte zu 1 die Einziehung des Erbscheins angeregt und diesbezüglich die Auffassung vertreten, dass die Testamentsergänzung vom 7.3.2012 keine allgemeine Schlusserbenregelung sei, sondern lediglich den Fall des gleichzeitigen Versterbens der Eheleute betreffe. Dies sei jedoch bei der Erblasserin und ihrem Ehemann nicht der Fall. Auch seien die Eheleute nicht zeitnah nacheinander verstorben.

5 Die Beteiligten zu 2 bis 5 haben dem entgegengehalten, dass der Ehemann der Erblasserin erst am 20.3.2015 beigelegt wurde und die Erblasserin am 17.4.2015 selbst in ein Krankenhaus eingeliefert wurde. Die dort vorgenommene Operation sei mit Komplikationen verbunden gewesen, die Aufenthalte in weiteren Kliniken erforderlich machten, bevor die Erblasserin schließlich verstarb.

6 Mit dem angefochtenen Beschluss vom 14.9.2017 (...) hat das Nachlassgericht den Erbschein vom 27.12.2016 als unrichtig eingezogen. Zur Begründung hat es im Kern ausgeführt, dass das Testament vom 1.12.2002 in der Fassung vom 7.3.2012 keine Schlusserbeneinsetzung, sondern nur eine Ersatzerbeneinsetzung für den Fall des gleichzeitigen Versterbens enthalte. Zwischen dem Tod der Erblasserin und ihres Ehemannes hätten 16 Monate gelegen. Es ergäben sich keinerlei Hinweise darauf, dass die Erblasserin in diesem Zeitraum aufgrund körperlichen oder geistigen Verfalls nicht mehr dazu in der Lage gewesen wäre, ein eigenes Testament zu verfassen. Die Zustellung dieses Beschlusses erfolgte am 21.9.2017 (...) an den im Rubrum als Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 2 bis 5 aufgeführten Notar B, nicht jedoch an die Beteiligten zu 2 bis 5 persönlich. Mit Verfügung vom 18.1.2018 wurde dem Beteiligten zu 5 der Beschluss übermittelt.

7 Mit einem am 29.1.2018 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz (...) hat der Beteiligte zu 5 gegen den Beschluss vom 14.9.2017 Beschwerde eingelegt. Die Beteiligten zu 2 bis 4 haben sich der Beschwerde angeschlossen. Zur Begründung führen sie aus (...), dass das Testament dahin gehend auszulegen sei, dass die Eheleute mit der Formulierung „im Fall eines gleichzeitigen“ Ablebens tatsächlich eine Schlusserbeneinsetzung hätten vornehmen wollen. Hätten die Erblasserin und ihr Ehemann die Beteiligte zu 1 zu ihrer Schlusserbin berufen wollen, dann hätten sie dies tun können. Es sei unwahrscheinlich, dass die Eheleute nur den unwahrscheinlichen Fall eines gleichzeitigen Ablebens hätten regeln, nicht jedoch eine Schlusserbeneinsetzung vornehmen wollen. Im Übrigen seien die Eheleute kurz nacheinander verstorben. Die Erblasserin habe keine Möglichkeit gehabt, ein neues Testament zu verfassen.

8 Auf Nachfrage des Senats vom 25.6.2018 (...) hat Notar B mit Schreiben vom 6.7.2018 mitgeteilt, dass er für das Erbscheinseinziehungsverfahren keine Verfahrensvollmacht erhalten habe und auch nicht vorgegeben habe, eine solche zu haben.

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

10 II. 1. Die gemäß § 58 FamFG statthafte Beschwerde der Beteiligten zu 2 bis 5 ist zulässig und insbesondere gemäß § 63 FamFG fristgerecht eingelegt worden. Die Zustellung des angefochtenen Beschlusses an den Notar B am 21.9.2017 vermochte die einmonatige Frist für die Einreichung der Beschwerde nicht in Gang zu setzen, da der Notar für das Erbscheinseinziehungsverfahren nicht verfahrensbefähigt war. (...) Eine Beschlussausfertigung wurde dem Beteiligten zu

5 erstmals am 19.1.2018 übersandt. Die Beteiligten zu 2 bis 4 hatten zu diesem Zeitpunkt noch keine Ausfertigung erhalten.

**11** Das fehlerhafte Abhilfeverfahren steht der Durchführung des Beschwerdeverfahrens nicht entgegen. Zwar hat das Nachlassgericht zu Unrecht von einer Prüfung der Begründetheit der Beschwerde abgesehen und die Sache dem OLG zur Entscheidung über die Zulässigkeit vorgelegt (vgl. nur Keidel/Sternal, FamFG 19. Aufl. 2017, § 68 Rdnr. 9b). Trotz dieses Mangels war der Senat jedoch zu einer eigenen Entscheidung befugt. Eine Rückgabe an das Nachlassgericht war auch deshalb nicht veranlasst, weil mit der Beschwerde kein neuer Tatsachenvortrag erfolgte, mit dem sich das AG hätte auseinandersetzen müssen (vgl. Keidel/Sternal, FamFG, § 68 Rdnr. 34).

**12** 2. In der Sache hat das Rechtsmittel jedoch keinen Erfolg. Zu Recht hat das Nachlassgericht den Erbschein vom 27.12.2016 gemäß § 2361 BGB als unrichtig eingezogen. Denn die Beteiligten zu 2 bis 5 sind nicht Erben der Erblasserin geworden.

**13** Die Testamente vom 1.12.2002 und 7.3.2012 enthalten keine ausdrückliche und allgemeine Schlusserbeneinsetzung. Vielmehr enthält die letztwillige Verfügung vom 1.12.2002 überhaupt keine über die gegenseitige Erbeinsetzung der Eheleute hinausgehende Bestimmung, während die Testamentsergänzung vom 7.3.2012 eine Erbeinsetzung lediglich für den Fall des gleichzeitigen Ablebens bestimmt. Im Hinblick auf die Frage, ob die Eheleute mit ihren letztwilligen Verfügungen auch eine Regelung für den Fall treffen wollten, dass die Eheleute im zeitlichen Abstand versterben, sind die Testamente daher auslegungsbedürftig.

**14** Die Testamentsauslegung hat zum Ziel, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen. Dieser ist jedoch nicht bindend. Vielmehr sind der Wortsinn und die vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, um festzustellen, was er mit seinen Worten hat sagen wollen und ob er mit ihnen genau das wiedergegeben hat, was er zum Ausdruck bringen wollte (BGH, NJW 1993, 256 m. w. N.). Maßgeblich ist insoweit allein sein subjektives Verständnis der von ihm verwendeten Begriffe (BGH, FamRZ 1987, 475, 476; Palandt/Weidlich, 77. Aufl. 2018, § 2084 Rdnr. 1). Zur Ermittlung des Inhalts der testamentarischen Verfügungen ist der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände, auch solcher außerhalb des Testaments, heranzuziehen und zu würdigen (BGH, Urteil vom 7.10.1992, IV ZR 160/91, NJW 1993, 256 m. w. N.). Solche Umstände können vor oder auch nach der Errichtung des Testaments liegen. Dazu gehört das gesamte Verhalten des Erblassers, seine Äußerungen und Handlungen (Palandt/Weidlich, § 2084 Rdnr. 2 m. w. N.), jedoch müssen sich mit Blick auf die Formerfordernisse des § 2247 BGB für einen entsprechenden Willen des Erblassers in der letztwilligen Verfügung – wenn auch nur andeutungsweise – Anhaltspunkte finden lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 9.4.1981, IVa ZB 6/80, NJW 1981, 1736; BGHZ 86, 41; Palandt/Weidlich, § 2084 Rdnr. 4).

**15** Die obergerichtliche Rechtsprechung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.7.2015, I – 3 Wx 193/14, BeckRS 2015, 14452; OLG Jena, Beschluss vom 23.2.2015, 6 W 516/14, BeckRS 2015, 09957; OLG München, Beschluss vom

24.10.2013, 31 Wx 139/13, juris), der sich der Senat anschließt, legt die Formulierung „bei gleichzeitigem Ableben“ oder „bei gleichzeitigem Versterben“ dahin gehend aus, dass hiervon auch diejenigen Fälle erfasst werden sollen, in welchen die Ehegatten innerhalb eines kurzen Zeitraums nacheinander versterben und der Überlebende in dieser Zeitspanne daran gehindert ist, ein neues Testament zu errichten.

**16** Ehegatten, die sich gegenseitig zu Erben einsetzen, ohne diese Regelung mit einer Erbeinsetzung für den Tod des Längerlebenden von ihnen (Schlusserbeinsetzung) zu verbinden, bezwecken damit, dass dem Überlebenden der Nachlass des Erstversterbenden zufällt und dass er über das Gesamtvermögen – auch von Todes wegen – frei verfügen kann. Ein zusätzlicher Regelungsbedarf besteht dann für den Fall des „gleichzeitigen Todes“, in dem es nicht zu einer Beerbung des einen Ehegatten durch den anderen – und zu einer weiteren Verfügung von Todes wegen des überlebenden Ehegatten – kommt. Dieser Regelungsbedarf besteht nicht nur für den Fall des in engerem Sinn gleichzeitigen Todes, sondern auch in Fällen, in denen die Ehegatten innerhalb eines kürzeren Zeitraums nacheinander sterben, sei es aufgrund ein und derselben Ursache, zum Beispiel eines Unfalls, sei es aufgrund verschiedener Ursachen, wenn der Überlebende nach dem Tod des Erstversterbenden praktisch keine Möglichkeit mehr hat, ein Testament zu errichten. In diesem Fall des Versterbens kurz nacheinander würde zwar die gegenseitige Erbeinsetzung greifen, doch hinge es vom Zufall der Reihenfolge des Versterbens ab, ob – wenn keine entsprechende letztwillige Verfügung getroffen wurde – den gesetzlichen Erben des Ehemannes oder den gesetzlichen Erben der Ehefrau das gesamte Vermögen beider Eheleute zufließt. Es ist daher sinnvoll und naheliegend, wenn die Ehegatten die gegenseitige Beerbung anordnen und im Übrigen dem Überlebenden freie Hand lassen wollen, aber eine zusätzliche Regelung für den Fall zu treffen, dass keiner den anderen überlebt oder der Überlebende wegen zeitnahen Nachversterbens zu einer letztwilligen Verfügung nicht mehr in der Lage ist. Auf diese Fallgestaltung wollen Ehegatten mit der Verwendung von Formulierungen wie „bei gleichzeitigem Ableben“ die Erbeinsetzung des Drittbedachten regelmäßig beschränken und so dem Überlebenden von ihnen die Bestimmung überlassen, wer ihn beerben soll (OLG München, Beschluss vom 24.10.2013, 31 Wx 139/13, juris Rdnr. 12 m. w. N.).

**17** Eine für den Fall des gleichzeitigen Ablebens oder Versterbens getroffene Erbeinsetzung gilt deshalb grundsätzlich nicht für den hier vorliegenden Fall, dass die Ehegatten nacheinander – in erheblichen zeitlichen Abstand – versterben (OLG München, a. a. O., Rdnr. 13). Die Eheleute A starben in einem zeitlichen Abstand von beinahe 16 Monaten. Dafür, dass die Erblasserin körperlich oder geistig nicht mehr in der Lage war, in dieser Zeitspanne ein eigenes Testament zu verfassen, gibt es keine Hinweise. Ohne nähere Substantiierung rechtfertigen die Krankenhausaufenthalte der Erblasserin eine solche Annahme nicht, worauf der Senat bereits am 10.8.2018 hingewiesen hatte. Im Übrigen geht auch der Schwager der Erblasserin in der von den Beschwerdeführern vorgelegten E-Mail vom 29.3.2018 davon aus, dass die Erblasserin nach dem Tod ihres Ehemannes dazu in der Lage gewesen wäre, das Testament zu ändern.

**18** Eine Ausnahme von den oben ausgeführten Grundsätzen kann nur angenommen werden, wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls festgestellt werden kann, dass die Testierenden den Begriff des „gleichzeitigen Ablebens“ entgegen dem Wortsinn dahin verstanden haben, dass er auch das Versterben in erheblichem zeitlichem Abstand umfassen sollte, und wenn sich darüber hinaus eine Grundlage in der vorliegenden Verfügung von Todes wegen findet (OLG München, a. a. O.; Beschluss vom 16.7.2007, 31 Wx 35/07, juris; Beschluss vom 14.10.2010, 31 Wx 84/10, juris). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

**19** Soweit die Beschwerdeführer der Auffassung sind, für eine Schlusserbeneinsetzung spreche, dass es außergewöhnlich sei, Erben für den Ausnahmefall des gleichzeitigen Versterbens zu berufen, aber nicht auch gleichzeitig Schlusserben zu benennen, folgt der Senat der Argumentation nicht. Zum Regelungsbedarf bei gleichzeitigem bzw. zeitnahen Versterben sowie dem Zweck einer entsprechenden Formulierung wurden bereits Ausführungen gemacht. Da das Testament vom 1.12.2002 mit der gegenseitigen Alleinerbeneinsetzung knapp gefasst ist, dem überlebenden Ehegatten keinerlei Beschränkungen auferlegte und ihn mit keinen weiteren Bestimmungen beschwerte, ermöglichte es dem Letztversterbenden, nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten ein eigenes Testament zu verfassen. Insoweit war es aus Sicht der Eheleute A durchaus sinnvoll, eine Regelung für den Fall zu treffen, dass der überlebende Ehegatte nicht mehr die Möglichkeit der Errichtung eines eigenen Testaments haben würde, nämlich im Fall des gleichzeitigen Versterbens oder wenigstens eines Versterbens in nahem zeitlichen Abstand.

**20** Auch der Umstand, dass die Erblasserin das Testament nach dem Versterben des Ehemannes nicht neu fasste und die Beteiligte zu 1 nicht namentlich als Erbin benannt wurde, vermag die Beschwerde nicht zu stützen. So wird der Auffassung der Beschwerdeführer, hieraus sei zu schließen, dass die Beteiligte zu 1 nicht benannt werden sollte und die Erblasserin davon ausgegangen sei, dass alles geregelt sei, nicht gefolgt. Die Nichtnennung der Beteiligten zu 1 bedeutet nicht deren Ablehnung. Im Gegenteil – die Ablehnung eines gesetzlichen Erben wird in der Regel dadurch zum Ausdruck gebracht, dass dieser ausdrücklich enterbt wird. Es ist stattdessen ebenso denkbar, dass die Erblasserin nicht an die Beteiligte zu 1 dachte, dass die Errichtung eines Testaments keine Bedeutung mehr für sie hatte, nachdem ihr Ehemann verstorben war und nicht mehr abgesichert werden musste oder dass sie sogar die Geltung der gesetzlichen Erbfolge wollte und deshalb von einer Neufassung des Testaments absah. Im Übrigen kommt es auch hierauf nicht entscheidend an. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Eheleute zum Zeitpunkt ihrer Testamentserrichtung auch gleichzeitig eine Erbenbestimmung für ein zeitlich auseinanderfallendes Versterben vornehmen wollten. Hierfür lassen sich keine hinreichenden Anhaltspunkte finden.

**21** Soweit die Beschwerdeführer zuletzt mit Schriftsatz vom 6.8.2018 auf die in der E-Mail des Beteiligten zu 5 vom 13.9.2017 an den Notar B geschilderten Äußerungen der Eheleute ihm gegenüber Bezug nehmen und hieraus herleiten, das Testament vom 7.3.2012 sei dahin gehend auszulegen,

dass die Erbeinsetzung auch das Versterben in erheblich zeitlichem Abstand umfassen soll, folgt der Senat dem nicht. Auch wenn man die vorgetragenen Äußerungen zugunsten der Beschwerdeführer als wahr unterstellt, diese als Nebenumstände im Rahmen der Testamentsauslegung würdigt und infolgedessen von einem entsprechenden Erblasserwillen ausgeht, so ist dieser Wille dennoch nicht formgerecht im Sinne des §§ 2247, 2267 BGB erklärt. Denn es fehlt an der für die Erfüllung der Form erforderlichen Grundlage oder auch nur Andeutung im Testament. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall von der von den Beschwerdeführern zitierten Entscheidung des OLG München vom 24.10.2013 (31 Wx 139/13) sowie den Entscheidungen des OLG München vom 16.7.2007 (31 Wx 35/07, juris) und 14.10.2010 (Wx 84/10), in denen die Erblasser jeweils zusätzlich zu der Formulierung des „gleichzeitigen Versterbens“ weitere Bestimmungen trafen, Motive darlegten oder weitere Erläuterungen machten, die darauf schließen ließen, dass die Erblasser eine Schlusserbeneinsetzung vornehmen und damit auch den Fall des Versterbens in erheblich zeitlichem Abstand erfassen wollten. Vergleichbare Motive, Erläuterungen oder zusätzliche Bestimmungen enthält das vorliegende Testament jedoch nicht. Die Worte in der Testamentsergänzung vom 7.3.2002 „Für den Fall unseres gleichzeitigen Ablebens (...)“ selbst bieten keinen Anhaltspunkt für einen entsprechenden Erblasserwillen. Eben-so wenig bieten die Formulierung „unseren Neffen bzw. Nichte“ sowie die namentliche Nennung einen Hinweis auf eine Schlusserbeneinsetzung. Sie geben Auskunft über das Näheverhältnis der Eheleute zu den Beschwerdeführern und darüber, dass auch die Erblasserin die Beschwerdeführer als „ihre“ Neffen und Nichten ansah. Sie enthalten aber kein zeitliches Moment, das Rückschlüsse auf eine Erbeinsetzung für ein Versterben auch bei zeitlich erheblichem Abstand zulässt.

**22** Ein solches kann auch nicht in der fast zehnjährigen Zeitspanne zwischen Testamentsergänzung und ursprünglicher Testamentserrichtung gesehen werden. Zwar spricht diese Zeitspanne dafür, dass den Eheleuten die Ergänzung wichtig war. Abgesehen davon, dass diese angenommene Wichtigkeit aber immer noch keinen Hinweis auf die eine (Schlusserbeneinsetzung) oder andere (gleichzeitiges bzw. zeitnahes Versterben) Auslegungsseite gibt, ist sie auch ein außerhalb der Urkunde liegender Umstand, der nicht die im Testament erforderliche Andeutung ersetzt. Daher verbleibt es im Ergebnis dabei, dass das Testament keine Anhaltspunkte für die Annahme einer von den Eheleuten gewollten Schlusserbeneinsetzung enthält.

**23** Der Auffassung des OLG Hamm in seiner Entscheidung vom 6.1.2011 (15 Wx 484/10, ZEV 2011, 427), wonach es im Rahmen der sog. Andeutungstheorie ausreichen soll, wenn sich die Auslegungsnotwendigkeit und die generelle Willensrichtung aus dem Wortlaut herleiten lassen, folgt der Senat nicht (abl. auch *Herrler*, ZEV 2011, 429, *Böttcher*, ZEV 2011, 537 [OLG Hamm, Beschluss vom 1.7.2011, I-15 W 327/10]). Die Andeutungstheorie wurde entwickelt, um dem Erblasserwillen einerseits und den strengen Formerfordernissen für die Errichtung letztwilliger Verfügungen andererseits Rechnung zu tragen und diese in Einklang zu bringen. Zweck der Formvorschriften ist, dem wirklichen Willen des Erblassers zur Geltung zu verhelfen, nach Möglichkeit die Selbstständigkeit dieses

Willens zu verbürgen und die Echtheit seiner Erklärungen sicherzustellen (BGH, Beschluss vom 9.4.1981, IVa ZB 6/80, NJW 1981, 1736). Dabei sollen die einzuhaltenden Förmlichkeiten den Erblasser dazu veranlassen, sich selbst klar darüber zu werden, welchen Inhalt seine Verfügung von Todes wegen haben soll, und seinen Willen möglichst deutlich zum Ausdruck zu bringen. Sie sollen außerdem dazu dienen, Vorüberlegungen und Entwürfe von der maßgebenden Verfügung exakt abzugrenzen. Die Eigenhändigkeit eines Testaments soll nach der Wertung des Gesetzes außerdem eine erhöhte Sicherheit vor Verfälschungen des Erblasserwillens bieten (BGH, Beschluss vom 9.4.1981, IVa ZB 4/80, NJW 1981, 1737). Diesen Zielen trägt das OLG Hamm mit seinem Verständnis von der Andeutungstheorie nicht hinreichend Rechnung. Soweit es genügen soll, die Auslegungsnotwendigkeit aus dem Wortlaut herzuleiten, ist dies ein Zirkelschluss. Denn die Notwendigkeit einer Testamentsauslegung ist zunächst der Ausgangspunkt für das Gericht, die letztwillige Verfügung auszulegen und Voraussetzung dafür, dass das Kriterium der Andeutung im Wortlaut überhaupt überprüft werden muss. Daher kann die Auslegungsnotwendigkeit nicht gleichzeitig als Kriterium dafür dienen, ob der Erblasserwille in der dafür vorgeschriebenen Form zum Ausdruck gebracht wurde. Soweit das OLG Hamm auf die Herleitbarkeit der generellen Willensrichtung abstellt, versteht der Senat dies dahin gehend, dass dem ermittelten Erblasserwillen unbedingt zur Geltung verholfen werden und keine Einschränkung erfahren soll. Dies ist jedoch abzulehnen, da auf diese Weise die strengen Formerfordernisse für letztwillige Verfügungen umgangen werden und auf eine Rückkopplung zwischen Erblasserwillen und Formvoraussetzungen verzichtet wird. Nach diesseitiger Auffassung ist daher im Rahmen der Andeutungstheorie zu prüfen, ob das Auslegungsergebnis Andeutungen im Inhalt des Testaments findet. Der Auffassung des OLG Hamm, dass hiermit der Auslegung Grenzen gesetzt würden, die nicht mit der Rechtsprechung des BGH vereinbar seien (OLG Hamm, Beschluss vom 6.1.2011, I-15 Wx 484/10, ZEV 2011, 427, 428), wird nicht zugestimmt. Denn nach der Rechtsprechung des BGH ist zunächst der Erblasserwille zu ermitteln und sodann zu überprüfen, ob dieser Wille des Erblassers – also das Auslegungsergebnis – formgültig erklärt ist (BGH, Beschluss vom 9.4.1981, IVa ZB 6/80, NJW 1981, 1736, 1737). Insoweit folgt der Senat der vom BGH vorgegebenen zweistufigen Prüfung, in dem zunächst der Erblasserwille ermittelt und dann geprüft wird, ob das Gewollte im Wortlaut der letztwilligen Verfügung zumindest angedeutet ist.

**24** Da nach der Auffassung des Senats das Testament keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Annahme einer Schlusserbeneinsetzung bietet, konnte von der Beweiserhebung und damit Ermittlungen zu der Frage, ob die Eheleute tatsächlich Äußerungen gegenüber den Beschwerdeführern getätigt haben, aus denen sich ein entsprechender Erblasserwille ergibt, abgesehen werden (vgl. BayObLG, Beschluss vom 18.12.20013, 1 Z BR 130/02, ZEV 2004, 200, 201; *Horn/Kroiß*, Testamentsauslegung, 2012, § 2 Rdnr. 69).

**25** Nichts anderes ergibt sich aus der von den Beschwerdeführern mit Schriftsatz vom 16.10.2018 (...) angeführten Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.7.2017, I-3 Wx 91/16, BeckRS 2017, 124143. Denn anders als im

vorliegenden Fall sah das Gericht dort für den im Wege der Auslegung ermittelten Erblasserwillen eine Grundlage im Text der letztwilligen Verfügung (OLG Düsseldorf, a. a. O., Rdnr. 14).

(...)

**28** Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nach § 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 FamFG vor. Es wird insoweit auf die Ausführungen zum unterschiedlichen Verständnis des Senats und des OLG Hamm bezüglich der Andeutungstheorie verwiesen.

#### ANMERKUNG:

### Von Notarassessor Dr. Luitpold Graf Wolffskeel v. Reichenberg, München

#### 1. Einordnung

Der vorstehend abgedruckte Beschluss des OLG Frankfurt a. M. reiht sich ein in eine Vielzahl von Entscheidungen<sup>1</sup> zur Auslegung sog. Katastrophenklauseln.<sup>2</sup> Dass sich die Gerichte häufig mit letztwilligen Regelungen zum „gleichzeitigen Versterben“ bzw. „gleichzeitigen Ableben“ beschäftigen müssen, nimmt nicht wunder, da diese Formulierungen auslegungsfähig und auslegungsbedürftig sind.<sup>3</sup> Die Literatur befasst sich ebenfalls eingehend mit dieser Thematik,<sup>4</sup> die auch für die notarielle Praxis Bedeutung zeitigt, was bereits

- 1 Aus jüngerer Zeit etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.7.2017, I-3 Wx 91/16, ErbR 2017, 674; Beschluss vom 1.7.2015, I-3 Wx 193/14, MittBayNot 2016, 333; OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.1.2014, 15 W 2060/13, ZErB 2015, 130; OLG Jena, Beschluss vom 23.2.2015, 6 W 516/14, BeckRS 2015, 09957; OLG München, Beschluss vom 24.10.2013, 31 Wx 139/13, NJW-RR 2014, 71; nach der hier besprochenen Entscheidung erging KG, Beschluss vom 9.11.2018, 6 W 48/18, ErbR 2019, 179; zum Begriff des „gemeinsamen Todes“ jüngst OLG Brandenburg, Beschluss vom 31.1.2019, 3 W 37/18, BeckRS 2019, 1642.
- 2 So die Begrifflichkeit etwa bei BeckOK-BGB/*Litzenburger*, Stand: 1.2.2019, § 2269 Rdnr. 26; *Tanck/Krug/Tanck*, Anwaltsformulare Testamente, 5. Aufl. 2015, § 19 H; *Uricher*, Erbrecht, 3. Aufl. 2017, § 7 Rdnr. 357.
- 3 Siehe etwa OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.12.1993, 8 W 583/92, NJW-RR 1994, 592; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 3.3.1998, 20 W 143/95, FGPrax 1998, 110; BayObLG, Beschluss vom 30.9.1996, 1 Z BR 42/96, NJW-RR 1997, 329, 330; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.7.2015, I-3 Wx 193, 14, MittBayNot 2015, 333, 335; OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.1.2014, 15 W 2060/13, ZErB 2015, 130; OLG Jena, Beschluss vom 23.2.2015, 6 W 516/14, BeckRS 2015, 09957; OLG München, Beschluss vom 24.10.2013, 31 Wx 139/13, NJW-RR 2014, 71, 72; KG, Beschluss vom 9.11.2018, 6 W 48/18, ErbR 2019, 179; *Palandt/Weidlich*, 78. Aufl. 2019, § 2265 Rdnr. 9; *MünchKomm-BGB/Leipold*, 7. Aufl. 2017, § 2084 Rdnr. 46 ff.; *MünchKomm-BGB/Musielak*, § 2269 Rdnr. 25; *Burandt/Rojahn/Braun*, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2269 Rdnr. 26 ff.; *BeckOK-BGB/Litzenburger*, § 2269 Rdnr. 25.
- 4 Siehe etwa *van Rens/Wolffskeel v. Reichenberg*, ZErB 2015, 116; *Sammet*, MittBayNot 2016, 336; *Keim*, ZEV 2005, 10; *Feick*, ZEV 2006, 16; *Bestelmeyer*, ZEV 2006, 146; *Daragan*, ZErB 2006, 119; *Roth*, NJW-Spezial 2013, 670; *Kleffmann*, ZNotP 2018, 91.

aus der Berücksichtigung entsprechender Klauseln in veröffentlichten Mustertexten<sup>5</sup> ersichtlich ist.

## 2. Auslegungsgrundsätze in Rechtsprechung und Literatur

Während die Gerichte früher teilweise davon ausgingen, dass der Begriff der „Gleichzeitigkeit“ grundsätzlich klar und nicht auslegungsfähig ist,<sup>6</sup> hat sich die Rechtsprechung inzwischen – trotz des „scheinbar eindeutigen“<sup>7</sup> Wortlauts – eines Besseren besonnen.<sup>8</sup> Die Auslegungsgrundsätze in Rechtsprechung und Literatur zu Katastrophenklauseln lassen sich wie folgt skizzieren:<sup>9</sup>

### a) Enges Verständnis

Sofern nicht der (abwegige) Fall vorliegt, dass die Testierenden die Bedeutung des Wortes „gleichzeitig“ vollkommen missverstanden haben, wird die Auslegung der letztwilligen Verfügung regelmäßig ergeben, dass die Voraussetzungen für das Eingreifen der Klausel erfüllt sind, wenn der Tod im exakt gleichen Moment eintritt. Dies wird freilich selbst bei einem gemeinsamen Unfallereignis nur selten vorkommen.<sup>10</sup> Einen sinnvollen Anwendungsbereich kann die Regelung dennoch erhalten, wenn man annimmt, dass diese auch die Fälle des vermuteten gleichzeitigen Versterbens gemäß § 11 VerschG erfassen soll;<sup>11</sup> ein gleichzeitiges Versterben wird nach dieser Norm vermutet, wenn nicht bewiesen werden kann, dass von mehreren gestorbenen Menschen der eine den anderen überlebt hat.

### b) Weitergehendes, regelmäßig anzunehmendes Verständnis

Heute wird regelmäßig ein weitergehendes Verständnis der Bestimmung angenommen: Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Testatoren nur den eben dargestellten – sehr seltenen – Fall regeln wollten,<sup>12</sup> sondern von der Klausel seien auch Konstellationen erfasst, in denen ein

zeitlich versetztes Versterben vorliegt, aber der Längerlebende keine Möglichkeit mehr hatte, neu zu testieren.<sup>13</sup> Die genaue Reichweite der erweiterten Begriffsauslegung ist freilich unklar. Meist wird wohl an Fälle gedacht, in denen der zeitlich versetzte Tod auf dem gleichen (Unfall-)Ereignis beruht,<sup>14</sup> teilweise jedoch auch an zwei aufeinander folgende unabhängige (natürliche) Todesfälle,<sup>15</sup> wobei häufig vorausgesetzt wird, dass der Längerlebende innerhalb einer kurzen Zeitspanne nachverstirbt.<sup>16</sup>

Der Hintergrund für diese erweiterte Auslegung wird klar, wenn man sich den Fall vor Augen führt, in dem die volle Bedeutung der Katastrophenklausel zum Tragen kommt: Die Testierenden setzen sich zwar gegenseitig zum Erben ein, treffen aber keine Ersatz- bzw. Schlusserbeinsetzung. Damit greift nach dem Tod des Längerlebenden die – sofern nicht ausschließlich gemeinsame Abkömmlinge vorhanden sind, nicht identische – gesetzliche Erbfolge ein, wenn er keine abweichende letztwillige Verfügung getroffen hat.

Die Erblasser beabsichtigen mit dieser Gestaltung regelmäßig, dass das Vermögen des Erstversterbenden dem Zweitversterbenden zufällt und dieser hierüber vollkommen frei letztwillig verfügen kann.<sup>17</sup> Der Überlebende soll mithin die Möglichkeit zur Entscheidung haben, ob er es nach seinem Tod beim Eintritt der gesetzlichen Erbfolge belässt oder er eine Verfügung von Todes wegen trifft. Sofern die Verfügenden im gleichen Moment versterben, können diese Zwecke nicht mehr verwirklicht werden. Aus diesem Grund ergibt

5 Siehe etwa Würzburger Notarhandbuch/*Keim*, 5. Aufl. 2018, S. 1898; Beck'sches Formularbuch Bürgerliches-, Handels- und Wirtschaftsrecht/*Najdecki*, 13. Aufl. 2019, VI. 13; Beck'sches Formularbuch Erbrecht/*Braun*, 4. Aufl. 2019, E. II. 1.; vgl. auch Nieder/Kössinger/*R. Kössinger*, Handbuch der Testamentgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 14 Rdnr. 104.

6 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 28.4.1987, 11 W 152/86, NJW-RR 1988, 9; KG, Urteil vom 1.5.1965, 1 W 2269/67, FamRZ 68, 217; Beschluss vom 30.1.1970, 1 W 9679/69, NJW 1970, 758; BayObLG, Beschluss vom 12.3.1981, BReg. 1 Z 3/81, BayObLGZ 1981, 79.

7 KG, Beschluss vom 9.11.2018, 6 W 48/18, ErbR 2019, 179 m. Anm. *Wendt*.

8 Siehe die Nachweise in Fn. 3.

9 Vgl. auch MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 46 ff.; *Roth*, NJW-Spezial 2013, 679.

10 *Keim*, ZEV 2005, 10.

11 Vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2269 Rdnr. 9; BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2269 Rdnr. 25.

12 Vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.12.1993, 8 W 583/92, NJW-RR 1994, 592, 593; Palandt/*Weidlich*, § 2269 Rdnr. 9; Burandt/*Rojahn/Braun*, Erbrecht, § 2269 Rdnr. 28; BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2269 Rdnr. 25.

13 OLG München, Beschluss vom 24.10.2013, 31 Wx 139/13, NJW-RR 2014, 71, 72; Beschluss vom 14.10.2010, 31 Wx 84/10, ZEV 2011, 31, 33; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.7.2015, I-3 Wx 193/14, MittBayNot 2016, 333; OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.1.2014, 15 W 2060/13, ZERV 2015, 130; OLG Jena, Beschluss vom 23.2.2015, 6 W 516/14, BeckRS 2015, 09957; Palandt/*Weidlich*, § 2269 Rdnr. 9; Burandt/*Rojahn/Braun*, Erbrecht, § 2269 Rdnr. 28; MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 47.

14 Das Kriterium des gleichen Ereignisses erwähnen etwa OLG Stuttgart, Beschluss vom 10.3.1982, 8 W 224/81, OLGZ 1982, 311, 312; NomosKommentar-BGB/*Gierl*, 5. Aufl. 2018, § 2269 Rdnr. 57; nach MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 47 ist es Auslegungsfrage, ob eine einheitliche Todesursache Voraussetzung ist; vgl. auch BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2269 Rdnr. 24.

15 OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.12.1993, 8 W 583/92, NJW-RR 1994, 592 f.; OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.1.2014, 15 W 2060/13, ZERV 2015, 130; Palandt/*Weidlich*, § 2269 Rdnr. 9; Burandt/*Rojahn/Braun*, Erbrecht, § 2269 Rdnr. 28.

16 Vgl. etwa MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 47 (kürzerer Zeitraum; nicht mehr gegeben bei 1,5 Jahren); NomosKommentarBGB/*Gierl*, § 2269 Rdnr. 57 (kurzer Zeitraum); Palandt/*Weidlich*, § 2269 BGB Rdnr. 9 (in kurzem zeitlichen Abstand); Horn/*Kroiß/Horn*, Testamentauslegung, 2. Aufl. 2019, § 26 Rdnr. 12; nach OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.9.2003, MDR 2004, 336 ist die Klausel bei einer zeitlichen Differenz von 5 Monaten nicht mehr einschlägig; vgl. auch BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2269 Rdnr. 24.

17 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.7.2015, I-3 Wx 193/14, MittBayNot 2016, 333, 335; OLG München, Beschluss vom 24.10.2013, 31 Wx 139/13, NJW-RR 2014, 71, 72; NomosKommentar-BGB/*Gierl*, § 2269 Rdnr. 57.

sich für diesen Fall ein Regelungsbedarf, der durch die Verfügung für das „gleichzeitige Versterben“ gedeckt wird.<sup>18</sup>

Mindestens dieselbe Notwendigkeit tritt jedoch auch zu Tage, wenn zwar ein zeitlich versetztes Versterben vorliegt, der Längerlebende jedoch praktisch keine Möglichkeit mehr hat, zu testieren. Denn in diesem Fall hängt die Frage, wer das Vermögen letztlich erhält, nicht von der Entscheidung des Überlebenden ab, sondern aufgrund der dann eintretenden gesetzlichen Erbfolge von der zufälligen Reihenfolge des Versterbens.<sup>19</sup> Meines Erachtens zeigt sich hier das Bedürfnis für eine Regelung sogar noch deutlicher als bei einem tatsächlichen oder nach § 11 VerschG vermuteten gleichzeitigen Versterben: Während dort jeder Erblasser ohne Katastrophenklausel zumindest von seinen jeweiligen gesetzlichen Erben beerbt werden würde (der andere Testierende kann trotz gegenseitiger Erbeinsetzung nicht erben, § 1923 Abs. 1 BGB),<sup>20</sup> ginge hier das Vermögen des Erstverstorbenen zunächst auf den Überlebenden und beim zweiten Todesfall das vereinigte Vermögen auf dessen gesetzliche Erben über, ohne dass diesem Ergebnis eine bewusste Entscheidung des Zweitversterbenden zugrunde liegt.

Es ist kann daher in der Regel davon ausgegangen werden, dass die Testierenden auch für diesen Fall des zeitlich versetzten Versterbens eine Regelung mit ihrer Verfügung zum „gleichzeitigen Versterben“ treffen wollten. Die Testierenden überlassen dann nicht dem Zufall das Feld, sondern bestimmen selbst, wer in diesem Fall ihr Vermögen erhalten soll.

Nimmt man die dargestellte Begründung für die erweiterte Auslegung ernst, kann es meines Erachtens weder auf ein gleiches Todesereignis ankommen<sup>21</sup> noch zeitliche Maximalgrenzen<sup>22</sup> geben. Vielmehr ist lediglich ausschlaggebend, ob der Zweitversterbende noch die Möglichkeit zur Entscheidung hatte, ob er eine letztwillige Verfügung treffen möchte und – bejahendenfalls – diese zu errichten. Insoweit bedarf es einer Einzelfallentscheidung unter Berücksichtigung aller Umstände.

Liegt eine gegenseitige Erbeinsetzung und eine Regelung für das gleichzeitige Versterben vor, gilt bei zeitlich versetztem Versterben in zivilrechtsdogmatischer<sup>23</sup> Hinsicht Folgendes: Der andere Testierende soll nur Erbe werden, wenn er nicht „gleichzeitig“ verstirbt. Da jedoch bei einem zeitlich versetzten Versterben im Zeitpunkt des Todes des Erstver-

sterbenden noch nicht feststeht, ob ein „gleichzeitiges“ Versterben vorliegt, es aber auch keinen Nachlass ohne Erben gibt,<sup>24</sup> ist die Katastrophenklausel dogmatisch als Bedingung für die Erbeinsetzung zu verstehen.<sup>25</sup> Bedingungseintritt ist das „gleichzeitige“ Versterben im dargestellten Sinn.<sup>26</sup> Hierbei ist meines Erachtens von einer Einsetzung des anderen Testierenden als auflösend bedingter Voll- und aufschiebend bedingter Vorerbe auszugehen.<sup>27</sup> Nur der Klarheit halber sei hier darauf hingewiesen, dass in den allermeisten Fällen in der Praxis bereits innerhalb kurzer Zeit nach dem Tod des Erstversterbenden feststeht, dass der Überlebende testieren könnte und somit die Bedingung endgültig nicht eingetreten ist, was etwa zur Folge hat, dass im Erbschein keine (bedingte) Nacherbfolge mehr anzugeben ist.<sup>28</sup>

### c) Umfassendes, nur ausnahmsweise anzunehmendes Verständnis

Rechtsprechung und Literatur verharren jedoch nicht bei der eben dargelegten Auslegung, sondern gehen davon aus, dass in Ausnahmefällen die Verfügung für den Fall des gleichzeitigen Versterbens als allgemeine Schlusserbeinsetzung verstanden werden kann.<sup>29</sup> Voraussetzung für diese Auslegung ist nach der Rechtsprechung, dass „die Testierenden den Begriff des „gleichzeitigen Versterbens“ bzw. „gleichzeitigen Ablebens“ entgegen dem Wortsinn dahin verstanden haben, dass er auch das Versterben in erheblichem zeitlichen Abstand umfassen sollte“.<sup>30</sup> Auf Grundlage der Andeutungstheorie wird ferner gefordert, dass ein sol-

18 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.7.2015, I-3 Wx 193/14, MittBayNot 2016, 333, 335; OLG München, Beschluss vom 24.10.2013, 31 Wx 139/13, NJW-RR 2014, 71, 72; Nomos-Kommentar-BGB/Gierl, § 2269 Rdnr. 57.

19 Siehe die Nachweise in Fn. 18.

20 Feick, ZEV 2006, 16.

21 Burandt/Rojahn/Braun, Erbrecht, § 2269 Rdnr. 28; vgl. auch Sammet, MittBayNot 2016, 336, 337 f.

22 Denkbar sind beispielsweise auch Fälle, in denen die Todesfälle um viele Jahre versetzt eintreten, aber der Überlebende nicht mehr testierfähig ist, etwa weil er im Koma liegt.

23 Siehe zum Steuerrecht Keim, ZEV 2005, 10; Feick, ZEV 2006, 16; Bestelmeyer, ZEV 2006, 146; Daragan, Zerb 2006, 119.

24 Keim, ZEV 2005, 10, 13; Daragan, ZErB 2006, 119; Sammet, MittBayNot 2016, 336, 337 m. w. N.

25 Vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.12.1993, 8 W 583/92, NJW-RR 1994, 592, 593; Feick, ZEV 2006, 16, 17.

26 Vgl. Sammet, MittBayNot 2016, 336, 337.

27 Vgl. die h. M. zu sog. Wiederverheirungsklauseln (BGH, Beschluss vom 6.11.1985, IVa ZB 5/85, NJW 1988, 59; ausführlich zum Meinungsstand etwa BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2269 Rdnr. 36 ff. mit zahlreichen Nachweisen).

28 Vgl. MünchKomm-FamFG/Grziwotz, 3. Aufl. 2019, § 352b Rdnr. 22 m. w. N.

29 Vgl. KG, Beschluss vom 9.11.2018, 6 W 48/18, ErbR 2019, 179; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.7.2017, I-3 Wx 91/16, ErbR 2017, 674, 675; OLG München, Beschluss vom 24.10.2013, 31 Wx 139/13, NJW-RR 2014, 71, 72; Beschluss vom 16.7.2007, 31 Wx 35/07, NJW-RR 2008, 1327, 1328; Beschluss vom 14.10.2010, 31 Wx 84/10, ZEV 2011, 31, 34 (im konkreten Fall abgelehnt); Palandt/Weidlich, § 2269 Rdnr. 9; Burandt/Rojahn/Braun, Erbrecht, § 2269 Rdnr. 28; BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2269 Rdnr. 24; NomosKommentar-BGB/Gierl, § 2269 Rdnr. 57.

30 OLG München, Beschluss vom 24.10.2013, 31 Wx 139/13, NJW-RR 2014, 71, 72; Beschluss vom 14.10.2010, 31 Wx 84/10, ZEV 2011, 31, 34; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.7.2017, I-3 Wx 91/16, ErbR 2017, 674, 675.

ches Verständnis in der letztwilligen Verfügung formwirksam zumindest angedeutet sein muss.<sup>31</sup>

### 3. Konkrete Entscheidung

In der hier zu besprechenden Entscheidung haben die verstorbenen Ehegatten eine gegenseitige Erbeinsetzung und (in einem Testamentsnachtrag) eine Regelung für den Fall des „gleichzeitigen Ablebens“ getroffen. Eine ausdrückliche Schlusserbeinsetzung enthalten die letztwilligen Verfügungen nicht.

Da die Ehegatten in einem zeitlichen Abstand von ca. 16 Monaten verstarben, liegt kein Fall des tatsächlichen bzw. nach § 11 VerschG vermuteten gleichzeitigen Versterbens vor. Ganz auf Linie der bisherigen Rechtsprechung und Literatur referiert das OLG Frankfurt a. M. daher die oben<sup>32</sup> dargestellten Auslegungsgrundsätze.

Auf dieser Grundlage kommt der Senat in seiner Subsumtion in einem ersten Schritt zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen für ein „gleichzeitiges“ Ableben im Sinne des regelmäßig anzunehmenden Verständnisses<sup>33</sup> der Katastrophenklausel nicht vorliegen. Dem ist auf Basis der zur Verfügung stehenden Sachverhaltsinformationen zuzustimmen. Bei einem zeitlich versetzten Versterben von ca. 16 Monaten müssten sehr gewichtige Gründe vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass es dem Überlebenden nicht mehr möglich war, zu testieren. Bloße Krankenhausaufenthalte verhindern dies in aller Regel nicht. Insoweit setzt sich die Entscheidung wohlthuend von der zu weit geratenen Entscheidung des OLG Nürnberg aus dem Jahr 2013<sup>34</sup> ab.

In einem zweiten Schritt wendet sich das Gericht der Frage zu, ob die Klausel im konkreten Fall als allgemeine Schlusserbeinsetzung verstanden werden kann. Zutreffend sind die insoweit einleitenden Ausführungen des Senats, dass eine gegenseitige Erbeinsetzung ohne Schlusserbeinsetzung durchaus gewünscht sein kann; wie bereits erwähnt<sup>35</sup> entfaltet die Katastrophenklausel gerade dann ihre Bedeutung. Ebenso Beifall verdient die geäußerte Ansicht, dass aus der bloßen Untätigkeit der Erblasserin nicht zwingend geschlossen werden kann, dass sie davon ausging, sie werde von derjenigen Person beerbt, welche als Begünstigte in der Katastrophenklausel genannt ist. Weiterhin stellt der Senat

richtig fest, dass es auch nicht darauf ankommt, was die Erblasserin vor ihrem Tod gedacht hat – entscheidend ist der Wille zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung und ob dieser Wille formwirksam verfügt wurde. Ob im konkreten Fall durch außerhalb der Testamentsurkunde gewonnene Erkenntnisse der Wille der Erblasserin zur Schlusserbeinsetzung festgestellt werden kann, kann auf Grundlage des mitgeteilten Sachverhalts nicht beurteilt werden. Das OLG lässt dies dahinstehen, weil sich bei Unterstellung dieses Verständnisses jedenfalls kein Anhaltspunkt dafür in der Testamentsurkunde wiederfinde. Dass dies erforderlich ist, entspricht der ganz überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur.<sup>36</sup> Wenngleich die Frage, wann in der Urkunde hinreichende Anhaltspunkte vorliegen, häufig wiederum nicht eindeutig zu beantworten ist und die Anforderungen hieran nicht überspannt werden dürfen, kann der Entscheidung meines Erachtens zugestimmt werden.<sup>37</sup> Anders als in den Entscheidungen des OLG München<sup>38</sup> und des OLG Düsseldorf<sup>39</sup> finden sich hier in der Testamentsurkunde keine stützenden Ausführungen. Meines Erachtens sieht das Gericht richtigerweise – anders das KG in einer vergleichbaren Fallgestaltung<sup>40</sup> – einen solchen Anhaltspunkt nicht bereits in der Nennung der Beschwerdeführer als Erben im Testament. Die bloße Benennung verhält sich nicht zur Frage, unter welchen Voraussetzungen die Benannten als Erben eingesetzt sind. Sieht man dies anders, liegt bei jeder Katastrophenklausel eine hinreichende Andeutung für eine Schlusserbeinsetzung vor; das stets postulierte Erfordernis, dass dieses durch Auslegung zu ermittelnde und nur ausnahmsweise anzunehmende Verständnis auch eine Grundlage in der Urkunde finden muss,<sup>41</sup> stellt sich dann als bloße Worthülse dar.

### 4. Fazit

Die besprochene Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. bestätigt die bisher entwickelten und im Grundsatz allgemein anerkannten Auslegungslinien zu Regelungen für den Fall des „gleichzeitigen“ Versterbens bzw. Ablebens. Insoweit fördert der Beschluss nichts Neues zu Tage. Begrüßenswert ist, dass der Senat betont, dass nicht eine etwaige Vorstellung bzw. ein Wunsch der Erblasserin vor ihrem Tod entscheidend ist, sondern ihr Wille zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung und es zudem erforderlich ist, dass sie diesen auch formwirksam niedergelegt hat. Insoweit wirkt der Beschluss im Sinne der Rechtssicherheit der möglichen

31 OLG München, Beschluss vom 16.7.2007, 31 Wx 35/07, NJW-RR, 2008, 1327, 1328; Beschluss vom 14.10.2010, 31 Wx 84/10, ZEV 2011, 31, 34; Beschluss vom 24.10.2013, 31 Wx 139/13, NJW-RR 2014, 71, 72; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.7.2017, I-3 Wx 91/16, ErbR 2017, 674, 675; KG, Beschluss vom 9.11.2018, 6 W 48/18, ErbR 2019, 179, 181; Münch-Komm-BGB/Musielak, § 2269 Rdnr. 25; Palandt/Weidlich, § 2269 Rdnr. 9; Burandt/Rojahn/Braun, Erbrecht, § 2269 Rdnr. 28; Horn/Kroiß/Horn, Testamentsauslegung, § 26 Rdnr. 13; unklar OLG Hamm, Beschluss vom 6.1.2011, 15 Wx 484/10, ZEV 2011, 427 m. Anm. Hertler.

32 Siehe oben 2.

33 Siehe oben 2. b).

34 OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.1.2014, 15 W 2060/13, ZErB 2015, 130; hierzu ablehnend *van Rens/Wolffskeel v. Reichenberg*, ZErB 2015, 116, 120.

35 Siehe oben 2. b).

36 Siehe oben 2. c) mit Nachweisen in Fn. 31.

37 Kritisch jedoch *Litzenburger*, FD-ErbR 2019, 413653, der aber davon ausgeht, dass in der Katastrophenklausel beiderseitige Nichten und Neffen gleichermaßen bedacht wurden. M. E. ergibt sich dies nicht aus dem mitgeteilten Sachverhalt. Die Beteiligten zu 2 bis 5 sind ausweislich des Tatbestands Neffen bzw. Nichten des vorverstorbenen Ehemanns.

38 OLG München, Beschluss vom 24.10.2013, 31 Wx 139/13, NJW-RR 2014, 71.

39 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.7.2017, I-3 Wx 91/16, ErbR 2017, 674.

40 KG, Beschluss vom 9.11.2018, 6 W 48/18, ErbR 2019, 179, 181 mit zust. Anm. *Wendt*.

41 Siehe oben 2. c) mit Nachweisen in Fn. 31.

Versuchung entgegen, letztwillige Verfügungen beliebig so auszulegen, dass das (vom Gericht) als gerecht angesehene Ergebnis eintritt. Abschließend bedarf es im Hinblick auf die stets einzelfallabhängige Auslegung keiner besonderen wahrsagerischen Fähigkeit, um prognostizieren zu können, dass Klauseln zum „gleichzeitigen“ Versterben bzw. Ableben auch in Zukunft Rechtsprechung und Literatur beschäftigen werden.

## 18. Anordnung einer Nachlasspflegschaft trotz transmortaler Generalvollmacht

OLG München, Beschluss vom 16.8.2018, 31 Wx 145/18, mitgeteilt von **Holger Krätzschel**, Richter am OLG München

AGGVG § 37 Abs. 1 Satz 1  
BGB § 1960 Abs. 1, § 1961  
FamFG § 47

### LEITSÄTZE:

1. **Zu den Anforderungen für die Anordnung einer Nachlasspflegschaft.**
2. **Die Frage, ob der „Erbe unbekannt“ ist und ob ein Sicherheitsbedürfnis besteht, ist vom Standpunkt des Nachlassgerichts bzw. des im Beschwerdeverfahren an seine Stelle getretenen Beschwerdegerichts aus zu beurteilen. Maßgebend ist daher der Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung.**
3. **Die Erteilung einer (General-)Vollmacht durch den Erblasser, die über dessen Tod bis zum Widerruf durch die Erben fortgilt, steht bereits deswegen einem Sicherheitsbedürfnis hinsichtlich der Anordnung einer Nachlasspflegschaft nicht entgegen, wenn der wirksam bestellte Nachlasspfleger in Ausübung seines Amtes mittlerweile die Vollmacht wirksam widerrufen hat.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beschwerde ist zulässig, hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin liegen im Ergebnis die Voraussetzungen für die Anordnung der Nachlasspflegschaft nach § 1960 BGB betreffend den Nachlass des Erblassers und die Bestellung des Beteiligten zu 2 als Nachlasspfleger durch das Nachlassgericht vor.

2 1. Gemäß § 1960 Abs. 1 und Abs. 2 BGB kann das Nachlassgericht dem unbekanntem Erben einen Nachlasspfleger bestellen, soweit hierfür ein Bedürfnis besteht.

3 a) Dabei ist die Frage, ob der Erbe „unbekannt“ ist und ob ein Sicherheitsbedürfnis besteht, vom Standpunkt des Nachlassgerichts bzw. des im Beschwerdeverfahren an seine Stelle getretenen Beschwerdegerichts aus zu beurteilen, wobei der Kenntnisstand im Zeitpunkt der Entscheidung über die Sicherungsmaßnahme maßgebend ist (OLG Karlsruhe, Rpfleger 2003, 585 m. w. N.).

4 Unbekannt ist die Person (der) Erben aus Sicht des Nachlassgerichts, wenn nicht mit zumindest hoher Wahrscheinlichkeit feststeht, wer Erbe ist, sei es aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen.

5 b) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze stehen die gesetzlichen Erben des Erblassers weder mütterlich noch väterlich abschließend fest.

6 aa) Hinsichtlich der in Betracht kommenden gesetzlichen Erben der dritten Ordnung väterlicherseits liegen derzeit keine urkundlich belastbare Erkenntnisse vor. Gleiches gilt hinsichtlich der in Betracht kommenden gesetzlichen Erben der dritten Ordnung mütterlicherseits.

7 bb) Die Beteiligte zu 1 selbst hat zwar in dem Antwortschreiben an das Nachlassgericht vom 22.1.2018 angegeben, einen Erbschein betreffend die Rechtsnachfolge des Erblassers zu benötigen, worin die schlüssige Annahme der Erbschaft erblickt werden kann (vgl. Palandt/Weidlich, 77. Aufl. 2018, § 1943 Rdnr. 2). Ob diese aber tatsächlich gesetzliche Erbin ist, ist derzeit nicht abschließend geklärt. Entsprechende Nachweise für das von ihr erklärte Verwandtschaftsverhältnis liegen derzeit ebenfalls noch nicht vor. Die von ihr vorgelegten Geburtsurkunden belegen nicht umfassend und abschließend ihre Verwandtschaft zu dem Erblasser. Vorgelegt wurden zunächst lediglich die Geburtsurkunde des Erblassers sowie die der Beschwerdeführerin. Insoweit fehlt weiterhin der Nachweis, dass die Mutter des Erblassers wie auch die Mutter der Beschwerdeführerin von „(...)“ und „(...)“ abstammen. Insofern fehlen die Geburtsurkunden von „(...)“ und „(...)“. Diese können nach der Stellungnahme ihres Verfahrensbevollmächtigten derzeit nicht vorgelegt werden. Vorhanden sind lediglich die entsprechenden Sterbeurkunden. Insoweit ist ihre Verwandtschaft zu dem Erblasser auch weiterhin nicht hinreichend geklärt, so dass derzeit keine hohe Wahrscheinlichkeit für ihr gesetzliches Erbrecht besteht.

8 2. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin besteht auch ein Sicherheitsbedürfnis im Sinne des § 1960 Abs. 1 BGB für die Anordnung der Nachlasspflegschaft.

9 a) Ein solches ist dann gegeben, wenn ohne Eingreifen des Nachlassgerichts der Bestand des Nachlasses gefährdet ist, was sich nach dem Interesse des endgültigen Erben beurteilt. Es kann fehlen, wenn dringliche Nachlassangelegenheiten bereits von einer bevollmächtigten handlungsfähigen Person erledigt werden und missbräuchliche Verfügungen vor Erbscheinserteilung ausgeschlossen sind (OLG Karlsruhe, Rpfleger 2003, 585 m. w. N.).

10 Ein solches Bedürfnis ist aber auch ohne eine konkrete Gefährdung des Nachlasses anzunehmen, wenn der Erbe unbekannt ist und dieser ohne Ermittlung durch das Nachlassgericht bzw. durch einen Nachlasspfleger niemals Kenntnis vom Anfall der Erbschaft erhalten würde (OLG Hamm, FamRZ 2015, 2196, 2197). Denn bei der Nachlasspflegschaft im Sinne des § 1960 BGB handelte es sich nicht um eine Vermögens-, sondern um eine Personenpflegschaft (KG, NJW 1971, 565, 566). Die Erbenermittlung ist daher eine Maßnahme der Nachlasssicherung, sodass ein (Sicherungs-)Bedürfnis zur Einleitung einer Nachlasspflegschaft allein aufgrund der Notwendigkeit gegeben sein kann, unbekannte Erben zu ermit-

ten, auch wenn das Nachlassvermögen in seinem Bestand selbst nicht gefährdet ist. Deshalb gehört die Ermittlung der unbekannt Erben zu den wesentlichen Aufgaben des Nachlasspflegers und kann sogar seine Hauptaufgabe sein (KG, a. a. O). Daran ändert der Umstand nichts, dass in Bayern die Erben von Amts wegen zu ermitteln sind (§ 37 Abs. 1 Satz 1 AGGVG). Denn diese Amtsermittlungspflicht schließt die Übertragung der Erbenermittlung als einer Maßnahme der Nachlasssicherung auf einen Nachlasspfleger gemäß § 1960 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht aus; sie hat lediglich zur Folge, dass das Nachlassgericht – abgesehen von seiner Aufsichtspflicht nach §§ 1837, 1962 BGB – die Erbenermittlung des Nachlasspflegers weiterhin zu fördern und in angemessenen Zeitabständen zu überwachen hat (BayObLGZ 1982, 284, 292).

**11 b)** Demgemäß ist bereits im Hinblick darauf, dass derzeit die gesetzlichen Erben nicht bekannt sind bzw. für die von der Beschwerdeführerin behauptete Erbenstellung keine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, ein Sicherungsbedürfnis im Sinne des § 1960 Abs. 1 BGB gegeben. Da es sich bei der Nachlasspflegschaft um eine Personenpflegschaft (siehe oben) zugunsten der (unbekannten) Erben handelt, ist es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin unmaßgeblich, ob der Erblasser eine solche überhaupt gewollt hat. Im Übrigen ist die von dem Erblasser erteilte Vollmacht in zeitlicher Hinsicht bis zum Widerruf durch die Erben hin beschränkt. Ein solcher erfolgte durch den Nachlasspfleger, der insoweit die Interessen der (unbekannten) Erben wahr.

**12 c)** Auch der Umstand, dass der Erblasser der Beschwerdeführerin eine (General-)Vollmacht erteilt hat, die über seinen „Tod hinaus bis zum Widerruf durch die Erben fortgilt“, lässt ein Sicherungsbedürfnis im Sinne des § 1960 Abs. 1 BGB vorliegend nicht entfallen. Es ist zwar anerkannt, dass grundsätzlich ein Bedürfnis für eine gerichtliche Fürsorge fehlen kann, wenn der Erblasser eine über seinen Tod hinaus geltende Generalvollmacht erteilt hat (vgl. OLG Stuttgart, FamRZ 2016, 494; OLG Karlsruhe, Rpfleger 2003, 585, 587). Dieser Grundsatz kommt hier aber bereits deswegen nicht zum Tragen, da die von dem Erblasser erteilte Generalvollmacht mittlerweile von dem bestellten Nachlasspfleger widerrufen wurde.

**13** Die Bestellung des Nachlasspflegers durch das Nachlassgericht ist rechtsbegründend und selbst beim Fehlen der materiellrechtlichen Voraussetzungen für die Pflegschaft bis zu deren Aufhebung wirksam (vgl. Palandt/Weidlich, § 1960 Rdnr. 10). Dies hat vorliegend zur Folge, dass der von dem Beteiligten zu 2 mit Schreiben vom 20.3.2018 erklärte Widerruf der Vollmacht wirksam ist und somit auch nach einem etwaigen Wegfall der Voraussetzungen für die Anordnung einer Nachlasspflegschaft wirksam bleibt (vgl. auch § 47 FamFG sowie Keidel/Engelhardt, FamFG, 19. Aufl. 2017. Die widerrufenen Vollmacht würde daher selbst bei Aufhebung des Beschlusses des Nachlassgerichts vom 13.3.2018 nicht per se wieder wirksam, sondern bedürfte einer Wiedererteilung, was vorliegend gerade nicht möglich ist. Ob ein solcher Widerruf überhaupt geboten war, betrifft hingegen die Ordnungsgemäßheit der Ausführung, nicht aber die hier allein inmitten stehende Frage des Vorliegens der Voraussetzungen für die Anordnung der Nachlasspflegschaft.

(...)

**16 IV.** Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

**17** Der Senat weicht nicht von den in der Rechtsprechung allgemein anerkannten Grundsätzen betreffend die Voraussetzungen für die Anordnung der Nachlasspflegschaft im Sinne des § 1960 BGB ab, insbesondere dass das Sicherungsbedürfnis dann fehlen kann, wenn Nachlass bezogene Tätigkeiten durch eine bevollmächtigte handlungsfähige Person erledigt werden können. Das Ergebnis seiner Entscheidung fußt letztendlich auf den Besonderheiten des zur Entscheidung gestellten Sachverhaltes (u. a. Konsequenzen infolge des Widerrufs der erteilten Generalvollmacht durch den wirksam bestellten Nachlasspfleger) und betrifft daher einen Einzelfall. Insofern hat die Entscheidung entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch keine grundsätzliche Bedeutung.

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

### 1. Nachlasspflegschaft nur bei Fürsorgebedürfnis

Steht die Rechtsnachfolge nach einem Erblasser nicht oder noch nicht fest, kann nach § 1960 Abs. 2 BGB das Nachlassgericht unter anderem einen Nachlasspfleger bestellen. Diese Maßnahme setzt nach Abs. 1 der Vorschrift allerdings ein Fürsorgebedürfnis für den Nachlass voraus. Ein solches besteht, wenn ohne Eingreifen des Nachlassgerichts der Bestand des Nachlasses gefährdet wäre und deshalb aufgrund dringlicher Nachlassangelegenheiten ein konkreter Sicherungsanlass begründet ist.<sup>1</sup> Hat der Erblasser eine trans- oder postmortale Generalvollmacht erteilt und trifft der Bevollmächtigte aufgrund dieser Vollmachtsurkunde alle notwendigen Sicherungsmaßnahmen, besteht ein solches Fürsorgebedürfnis anerkanntermaßen nicht.<sup>2</sup> Die Entscheidung erstaunt daher in gleich mehrfacher Hinsicht.

### 2. Beschwerderecht des Vorsorgebevollmächtigten

Der erste Befund ist dabei, für sich genommen, noch positiv, scheinen doch die Rechte von Bevollmächtigten gestärkt zu werden: Diese haben nämlich ein eigenes Beschwerderecht gegen die Pflegerbestellung. Derselbe Senat des OLG München hatte dies vor Inkrafttreten des FamFG noch anders gesehen.<sup>3</sup> Trotz der Subsidiarität der Nachlasspflegschaft sollte ein Vorsorgebevollmächtigter gegen deren Anordnung keine Beschwerde einlegen können, diese sei unzulässig. Überzeugend war dies weder in dogmati-

1 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.11.2011, 20 W 25/11, ZEV 2012, 417, 423; BeckOGK-BGB/Heinemann, Stand: 1.4.2018, § 1960 Rdnr. 40.

2 Neben Tz. 9 und 12 der besprochenen Entscheidung und den dortigen Nachweisen siehe etwa OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.8.2004, 14 Wx 21/04, FGPrax 2005, 32, 33; LG Stuttgart, Beschluss vom 17.7.2009, 1 T 61/2009, ZEV 2009, 396, 397; BeckOGK-BGB/Heinemann, § 1960 Rdnr. 42; Burandt/Rojahn/Najdecki, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 1960 BGB Rdnr. 9.

3 OLG München, Beschluss vom 26.2.2010, 31 Wx 16/10, NJW 2010, 2364.

scher noch in praktischer Hinsicht.<sup>4</sup> Mit Einführung des FamFG schien der Gesetzgeber diese Sichtweise indes bestätigt zu haben. Diejenigen Fälle, in denen ein Vorsorgebevollmächtigter beschwerdeberechtigt ist, sind nämlich dort konkret normiert worden, zum Beispiel in § 303 Abs. 4 Satz 1 FamFG oder in § 335 Abs. 3 FamFG. Die Anordnung der Nachlasspflegschaft gehört nicht dazu. Die Unzulässigkeit einer Beschwerde des Bevollmächtigten hiergegen ließe sich daher nach nunmehr geltendem Recht zumindest systematisch gut begründen.<sup>5</sup> Dass die Beschwerde nun laut desselben Spruchkörpers auf einmal doch möglich sein soll (näher angesprochen wird dies vom Gericht nicht), ist erstaunlich, aber auf den ersten Blick erfreulich, sollte dies doch Vorsorgevollmachten in der Praxis stärken – und im Ergebnis die Gerichte entlasten.

### 3. „Wie gewonnen so zerronnen“ – Vollmachtswiderruf durch Nachlasspfleger

Der zweite erstaunliche Umstand folgt jedoch auf dem Fuße: Die Vollmachtserteilung lässt, so das OLG München, die Fürsorgebedürftigkeit des Nachlasses und somit das Pflegschaftserfordernis dann nicht entfallen, „wenn der wirksam bestellte Nachlasspfleger in Ausübung seines Amtes mittlerweile die Vollmacht wirksam widerrufen hat“.<sup>6</sup> Das ist zirkulär. Ob der Nachlasspfleger wirksam bestellt ist, soll der Bevollmächtigte im Beschwerdeverfahren gerade klären können, sodass doch zumindest für die Zwecke des Beschwerdeverfahrens der Widerruf außer Acht gelassen werden müsste. Das OLG München sieht das in Tz. 13 unter Berufung auf den Grundsatz der Amtsstabilität freilich genau andersherum und verschiebt die Frage, ob ein Vollmachtswiderruf überhaupt geboten war, in den Bereich der ordnungsgemäßen Amtsführung des Nachlasspflegers. Nur nützt dies dem Bevollmächtigten nichts, denn er ist ja nun nicht mehr Bevollmächtigter – und damit „raus“ aus dem Fall. Auch das schlichte Argument in Tz. 11, wonach die Erben eine vom Erblasser erteilte Vollmacht widerrufen können, also könne dies auch der Nachlasspfleger für diese in deren Interesse tun, zieht nicht. Ob die Interessen der Erben durch den Widerruf der Vollmacht und die dadurch notwendig werdende Nachlasspflegschaft (beides sind letztlich zwei Seiten derselben Medaille) gewahrt werden, ist wiederum gerade die zu klärende Frage.

So wird dem Vorsorgebevollmächtigten das Rechtsmittel also im Ergebnis gleich wieder genommen und damit zugleich das Institut der Vorsorgevollmacht doch nicht wie erhofft gestärkt. Denn selbstverständlich wird ein Nachlasspfleger als eine der ersten seiner Maßnahmen den Widerruf ihm bekannter oder bekannt gewordener Vollmachten, und sei es noch während des laufenden Beschwerdeverfahrens (das sich dadurch erledigt), erklären, um sein Amt uneingeschränkt ausüben zu können und sich keinen Haftungsge-

fahren wegen eventuell fehlerhafter Koordination mit dem Bevollmächtigten auszusetzen.<sup>7</sup>

### 4. Widerruf nur bei entsprechendem Aufgabenkreis des Nachlasspflegers

Im Besprechungsfall kommt in diesem Zusammenhang noch ein weiterer erstaunlicher Umstand hinzu: Der Nachlasspfleger war ausweislich Tz. 10 der Entscheidung vom Nachlassgericht mit der Aufgabe der Erbenermittlung betraut. Wäre dem ausschließlich so gewesen, so konnte der Nachlasspfleger die bestehende Vollmacht schon deshalb nicht widerrufen, weil dies dann gar nicht zu seinem Aufgabenkreis gehört hätte. Hierzu hätte er vom Gericht zusätzlich mit der Sicherung und Verwaltung des Nachlasses beauftragt werden müssen. Ob dies tatsächlich der Fall war, lässt sich der Entscheidung selbst leider nicht entnehmen. Ein Eingehen hierauf wäre aber aus dem genannten Grund angezeigt gewesen.

### 5. Praktische Folgerungen

Eine Koexistenz von Nachlasspfleger und trans-/postmortal Bevollmächtigtem ist also durchaus denkbar. Der eine ermittelt die Erben, der andere verwaltet den Nachlass.<sup>8</sup> Auch im Übrigen bedeutet die hier vertretene Auffassung nicht, dass Nachlassgerichte existierende Vorsorgevollmachten stets und unbesehen akzeptieren müssen: Gibt es Zweifel an der Zuverlässigkeit des Bevollmächtigten, kann als Sicherungsmaßnahme ein Nachlasspfleger bestellt werden, der die Aufgabe hat, den Bevollmächtigten lediglich zu überwachen.<sup>9</sup>

Eine Entscheidung also, die für die Praxis im Ergebnis mehr Fragen aufwirft als Antworten gibt. Letztlich bleibt der Gesetzgeber aufgerufen, die Rechte der Vorsorgebevollmächtigten durch Einführung eines entsprechenden Beschwerderechts im FamFG gegen aus deren Sicht nach mutmaßlichem Interesse des Erblassers und der Erben überflüssige Pflegschaftsanordnungen zu stärken. Für die Kautelarpraxis zeigt sich einmal mehr, wie wichtig es ist, zu Vorsorgeurkunden und letztwilligen Verfügungen möglichst im Komplex zu beraten.

4 Everts, NJW 2010, 2318, 2319.

5 Ebenso Burandt/Rojahn/*Najdecki*, Erbrecht, § 1960 BGB Rdnr. 57.

6 Siehe Leitsatz 3 und in Tz. 12 der besprochenen Entscheidung.

7 Es bleibt ihm ja unbenommen, den vormals Vorsorgebevollmächtigten, sollte dieser dazu bereit sein, dann selbst wieder zu beauftragen.

8 Vgl. auch den gleichsam umgekehrten Fall bei BayObLG, Beschluss vom 22.6.2004, 1 Z BR 37/03, BayObLGZ 2004, 159, 162, wonach eine Generalvollmacht nicht dahin soll ausgelegt werden können, dass sie auch die Erbenermittlung umfasse.

9 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 2.5.2003, 14 Wx 3/03, FGPrax 2003, 229, 231; BeckOGK-BGB/*Heinemann*, § 1960 Rdnr. 42.

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 19. Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer GmbH

BGH, Urteil vom 8.1.2019, II ZR 364/18 (Vorinstanz: OLG Brandenburg, Urteil vom 29.3.2018, 5 U 18/16)

AktG § 179a

GmbHG § 37 Abs. 1 und 2

#### LEITSÄTZE:

1. § 179a AktG ist auf die GmbH nicht analog anwendbar.
2. Die Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer GmbH ist ein besonders bedeutsames Geschäft, zu dessen Vornahme der Geschäftsführer einen zustimmenden Beschluss der Gesellschafterversammlung herbeiführen muss, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag einen entsprechenden Zustimmungsvorbehalt nicht enthält.
3. Missachtet der Geschäftsführer bei der Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer GmbH einen im Gesellschaftsvertrag geregelten oder aus der besonderen Bedeutsamkeit des Geschäfts abgeleiteten Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung, kann der Vertragspartner der GmbH aus dem formal durch die Vertretungsmacht des Geschäftsführers gedeckten Geschäft keine vertraglichen Rechte oder Einwendungen herleiten, wenn er den Missbrauch der Vertretungsmacht kennt oder er sich ihm geradezu aufdrängen muss, selbst wenn das Geschäft der Gesellschaft nicht zum Nachteil gereicht.

#### SACHVERHALT:

1 Die Klägerin ist eine GmbH. Ihre beiden Gesellschafter, Bā und Ba, hielten jeweils einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag von 12.500 € an dem Stammkapital der Klägerin. Gegenstand des Unternehmens der GmbH war im Wesentlichen der Handel mit sowie die Herstellung, Montage und Reparatur von Türen und Fenstern. Die Klägerin ist Eigentümerin eines Betriebsgrundstücks, auf dem produziert wurde und auf dem sich die Werkzeuge und Maschinen der Klägerin befanden. Die Gesellschafter der Klägerin beschlossen am 18.12.2013 die Auflösung der Gesellschaft zum 31.12.2013. Die beiden Gesellschafter wurden alleinvertretungsberechtigte Liquidatoren.

2 Die Gesellschafter der Klägerin beabsichtigten, das Betriebsgrundstück im Rahmen der Liquidation zu veräußern. Zwischen den Parteien ist streitig, ob darüber in der Gesellschafterversammlung vom 18.12.2013 ein Beschluss gefasst worden ist. Bā zeigte sich am Erwerb des Betriebsgrundstücks interessiert. Ba ließ über einen Makler und einen Rechtsanwalt Kaufvertragsverhandlungen mit dem Beklagten führen. Mit Schreiben vom 4.8.2014 erklärte sich Bā gegenüber Ba bereit, die Immobilie zum Preis von 230.000 € zu erwerben. Danach erhöhte der Beklagte sein Gebot auf 235.000 €. Mit Schreiben vom 20.8.2014 erklärte Bā, dass er unter gewissen Voraussetzungen bereit sei, auch einen Kaufpreis von 235.000 € zu akzeptieren. Zudem bat er seinen Mitgesellschafter Ba um eine kurzfristige Bestätigung, dass das Grundstück nicht an einen Dritten veräußert werde. Am 16.9.2014 schlossen die Klägerin, vertreten durch den Liquidator

Ba und der Beklagte einen Kaufvertrag über das Betriebsgrundstück und vereinbarten einen Kaufpreis i. H. v. 235.000 €. Am 15.10.2014 wurde eine Auflassungsvormerkung zugunsten des Beklagten eingetragen. Die Klägerin behauptet, dass Bā bereits mit Schreiben vom 18.7.2014 dem Beklagten gegenüber mitgeteilt habe, dass er dem Verkauf des Grundstücks nicht zustimme und es an einem entsprechenden Gesellschafterbeschluss fehle. Jedenfalls, so die Klägerin, habe der Beklagte grob fahrlässig die Augen davor verschlossen, dass Ba seine Vertretungsmacht missbraucht habe.

3 Das LG hat der Klage auf Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung stattgegeben, weil der Kaufvertrag in Ermangelung einer nach § 179a AktG erforderlichen Zustimmung unwirksam sei. Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

4 Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

(...)

9 1. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht einen Anspruch auf Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung mit der Begründung verneint, der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch sei nicht deshalb nicht entstanden, weil eine in entsprechender Anwendung des § 179a AktG erforderliche Zustimmung der Gesellschafterversammlung der Klägerin fehle. § 179a AktG ist auf die GmbH nicht analog anwendbar.

10 a) Ein Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens verpflichtet, ohne dass die Übertragung unter die Vorschriften des UmwG fällt, bedarf nach § 179a Abs. 1 Satz 1 AktG auch dann eines Beschlusses der Hauptversammlung nach § 179 AktG, wenn damit nicht eine Änderung des Unternehmensgegenstands verbunden ist. Der Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung ist Wirksamkeitserfordernis des schuldrechtlichen Übertragungsvertrags. Das hat der Senat bereits zu § 361 AktG 1965 entschieden (vgl. BGH, Urteil vom 25.2.1982, II ZR 174/80, BGHZ 83, 122, 128 – Holzmüller; Urteil vom 9.1.1995, II ZR 24/94, ZIP 1995, 278, 279; Urteil vom 26.4.2004, II ZR 155/02, BGHZ 159, 30, 42 – Gelatine I). Die Qualifizierung des Hauptversammlungsbeschlusses als Wirksamkeitserfordernis gilt aber nicht nur für § 361 AktG 1965, sondern auch für § 179a AktG, obwohl der Normtext das Wort „wirksam“ nicht mehr enthält. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit der sprachlichen Veränderung eine Änderung auf der Rechtsfolgenseite der Norm beabsichtigt hat (vgl. BGH, Urteil vom 9.10.2006, II ZR 46/05, BGHZ 169, 221 Rdnr. 19). Dementsprechend hält die weit überwiegende Auffassung im Schrifttum das Verpflichtungsgeschäft ohne Hauptversammlungsbeschluss zu Recht zunächst für schwebend unwirksam nach § 177 BGB. Verweigert die Hauptversammlung ihre Zustimmung, ist der Vertrag endgültig unwirksam (vgl. *Bayer/Lieder/Hoffmann*, AG 2017, 717, 722; *Brockner/Schulenburg*, BB 2015, 1993; *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 302; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 84; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 97 f., 99; *Werner*, GmbHR 2018, 888, 893; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 30 V 2 a, S. 927; *Stellmann/Stoockle*, WM 2011, 1983, 1987; *Hüffer/Koch*,

AktG, 13. Aufl., § 179a Rdnr. 1 und 13; Grigoleit/Ehrmann, AktG, 2013, § 179a Rdnr. 4; Wachter/Wachter, AktG, 3. Aufl., § 179a Rdnr. 7; Spindler/Stilz/Holzborn, AktG, 3. Aufl., § 179a Rdnr. 7 und 16; KK-AktG/Zetzsche, 3. Aufl., § 179a Rdnr. 47, 83; MünchKomm-AktG/Stein, 4. Aufl., § 179a Rdnr. 33, 35, 40). Eine Mindermeinung verneint die Außenwirkung des fehlenden Hauptversammlungsbeschlusses (Scheel in FS Wegen, 2015, S. 297, 308 f.) oder bejaht diese nur, wenn auf der Seite des Vertragspartners Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis hinzukommt (Servatius in FS Stilz, 2014, S. 601, 606 f.; differenzierend Brocker/Schulenburg, BB 2015, 1993, 1997).

**11** Das Berufungsgericht hat es dahinstehen lassen, ob es sich bei dem verkauften Betriebsgrundstück, wie vom LG angenommen, um das ganze Gesellschaftsvermögen der Klägerin im Sinne des § 179a AktG gehandelt hat. Dies kann auch in der Revisionsinstanz dahinstehen. Ein Anspruch der Klägerin auf Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung wegen Unwirksamkeit des Kaufvertrags über das Betriebsgrundstück in entsprechender Anwendung des § 179a AktG kommt nicht in Betracht, weil § 179a AktG auf die GmbH nicht analog anwendbar ist.

**12** b) Diese Rechtsfrage wird allerdings nicht einheitlich beantwortet. Das überwiegende Schrifttum befürwortet eine analoge Anwendung des § 179a AktG auf die GmbH (Decker, NZG 2018, 447, 448; Blathin Heckschen/Heidinger/Heidinger/Blath, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl., Kap. 13 Rdnr. 24; Hölters/Weber, Handbuch Unternehmenskauf, 2019, Rdnr. 9.165; Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 53 Rdnr. 3; Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl., § 53 Rdnr. 18; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl., § 53 Rdnr. 26 Fn. 27; Gehrein/Born/Simon/Leitzen, GmbHG, 4. Aufl., § 53 Rdnr. 11; ders., NZG 2012, 491, 493; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus, GmbHG, 6. Aufl., § 53 Rdnr. 24; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Hoffmann, GmbHG, 3. Aufl., § 53 Rdnr. 165; MünchKomm-GmbHG/Harbarth, 3. Aufl., § 53 Rdnr. 229; Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl., § 53 Rdnr. 176; Ulmer/Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl., § 53 Rdnr. 38, 164 zu § 361 AktG 1965; CasperUlmer/Habersack/Löbbe/Ulmer/Casper, GmbHG, 2. Aufl., § 53 Rdnr. 165, 167). Dies wird damit begründet, dass es sich bei der Norm um den Ausdruck eines verallgemeinerungsfähigen Prinzips des Verbandsrechts handle (Bayer/Lieder/Hoffmann, AG 2017, 717, 718; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 30 V 2 c, S. 929; K. Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, 3. Aufl., § 179a Rdnr. 4; KK-AktG/Zetzsche, § 179a Rdnr. 23). Die Gesellschafter einer GmbH seien in gleicher Weise schutzwürdig wie die Aktionäre einer Aktiengesellschaft (Hüren, RNotZ 2014, 77, 86; Lutter in FS Werner, 1984, 477, 482; Stellmann/Stoeckle, WM 2011, 1983 f.; Weber, DNotZ 2018, 96, 120 f.). Es gebe keine relevanten Unterschiede, die der Übertragbarkeit entgegenstünden (Hüren, RNotZ 2014, 77, 86; Werner, GmbHHR 2018, 888, 889).

**13** Auf der anderen Seite wird ein Analogieschluss vor allem im Hinblick auf den Ausnahmecharakter der Vorschrift und die geringere Schutzbedürftigkeit von Gesellschaftern einer GmbH abgelehnt (Bredthauer, NZG 2008, 816, 819; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 307 ff.; Münchner Handbuch Gesell-

schaftsrecht Band 3/Marquardt, 5. Aufl., § 22 Rdnr. 114 Fn. 249; Scheel in FS Wegen, 2015, S. 297, 310 f.; Servatius in FS Stilz, 2014, S. 601, 607 ff.; Meyer-Landrut/Miller/Niehus/Meyer-Landrut, GmbHG, 1987, § 53 Rdnr. 9; KK-AktG/Kraft, 2. Aufl., § 361 Rdnr. 4; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, Stand: 1993, § 361 Rdnr. 11; kritisch auch Hadding in FS Lutter, 2000, S. 851, 857 f., 863). Eine Analogie sei jedenfalls bei Projektgesellschaften abzulehnen (Zintl/Singbartl, GWR 2015, 375, 377). Zudem werden Zweifel im Hinblick auf die Vorgaben der Publizitätsrichtlinie angemeldet (Bredthauer, NZG 2008, 816, 819; Servatius in FS Stilz, 2014, S. 601, 606 f.; a. A. Hüren, RNotZ 2014, 77, 86; Werner, GmbHHR 2018, 888, 889; KK-AktG/Zetzsche, § 179a Rdnr. 83). Vereinzelt wird § 179a AktG bei analoger Anwendung die Außenwirkung abgesprochen (Weitnauer, GWR 2018, 1, 3).

**14** c) § 179a AktG ist auf die GmbH nicht analog anzuwenden. Eine Analogie setzt voraus, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke aufweist und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGH, Urteil vom 3.2.2015, II ZR 105/13, ZIP 2015, 778 Rdnr. 11; Beschluss vom 29.9.2015, II ZB 23/14, BGHZ 207, 114 Rdnr. 23; Urteil vom 13.3.2018, II ZR 158/16, ZIP 2018, 870 Rdnr. 31 z. V. i. BGHZ bestimmt; Urteil vom 18.9.2018, II ZR 312/16, ZIP 2018, 2024 Rdnr. 58 z. V. i. BGHZ bestimmt). Das ist nicht der Fall. Die Einflussmöglichkeiten von Gesellschaftern einer GmbH auf die Geschäftsführung sind wesentlich stärker ausgeprägt als diejenigen der Aktionäre. Im Hinblick auf die hieraus folgende geringere Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter einer GmbH vor Alleingängen der Geschäftsführer ist die systemfremde Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers mit Außenwirkung und die damit einhergehende Beeinträchtigung des redlichen Rechtsverkehrs, mit der Rechtsunsicherheit hervorgerufen und Haftungsrisiken geschaffen werden, nicht gerechtfertigt.

**15** aa) Entgegen einem vorherrschenden Verständnis im Schrifttum hat der Senat die analoge Anwendung des § 179a AktG auf die GmbH nicht bereits bejaht (so aber Bredthauer, NZG 2008, 816, 818; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 308; Hüren, RNotZ 2014, 77, 85; Stellmann/Stoeckle, WM 2011, 1983; Weber, DNotZ 2018, 96, 97). Der Senat hat lediglich in einer, eine Kommanditgesellschaft betreffende Entscheidung referiert, dass die herrschende Meinung den Rechtsgedanken des § 361 Abs. 1 AktG 1965 auf die GmbH für entsprechend anwendbar halte (BGH, Urteil vom 9.1.1995, II ZR 24/94, ZIP 1995, 278, 279; so bereits in BGH, Urteil vom 8.7.1991, II ZR 246/90, ZIP 1991, 1066 f.). § 361 Abs. 1 AktG 1965 schreibe für einen Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens verpflichte, das Erfordernis der Zustimmung der Hauptversammlung vor, weil die Veräußerung des gesamten Unternehmens auch die Einstellung des Geschäftsbetriebs bedeute, und, wenn das nicht zur Auflösung zwingt, zu einer Änderung des Gesellschaftszwecks führe. Der Senat hat angenommen, dass dieser Rechtsge-

danke von § 361 Abs. 1 AktG 1965 auch für das Personengesellschaftsrecht zutreffe.

**16** bb) Die Gesetzgebungsgeschichte gibt keinen Anhaltspunkt für eine analoge Anwendung von § 179a AktG auf die GmbH.

**17** (1) Die aktienrechtliche Gesetzesentwicklung zeigt lediglich einen auf die Aktionäre ausgerichteten Schutzzweck der Vorschrift.

**18** Die historische Ausgangsvorschrift von § 179a AktG sollte nach dem Willen des Gesetzgebers zunächst vor allem den Schutz der Gläubiger bezwecken. Die Normgeschichte reicht zurück bis zum HGB von 1897. § 303 Abs. 1 Satz 1 HGB 1897 machte eine Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im Ganzen von einem Beschluss der Generalversammlung abhängig. Nach § 303 Abs. 2 HGB 1897 hatte der Beschluss zugleich die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, sofern sie nicht bereits aufgelöst war. Nach der Denkschrift zum HGB ging der Gesetzesentwurf davon aus, dass die Übertragung des Vermögens im Ganzen eine besondere Art der Liquidation darstelle, bei der „namentlich die Maßregeln, welche die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen zu sichern bestimmt sind, zu entsprechender Anwendung kommen müssen.“ Daher hatte der Vorstand alsbald nach der Genehmigung der Vermögensübertragung durch die Gesellschafterversammlung die Auflösung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden und ein besonderes, auf die Vermögensübertragung zugeschnittenes Liquidationsverfahren wurde in Gang gesetzt (vgl. Schubert/Schmiedel/Krampe, Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd. II, 2. Hb., 1988, 1087 f.).

**19** Dieser Schutzzweck änderte sich mit Erlass des AktG im Jahr 1937. § 255 AktG 1937 löste den zwingenden Zusammenhang zwischen Vermögensübertragung und Auflösung auf. Der Beschluss der Hauptversammlung über die Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens führte nun nicht mehr zur Auflösung der Aktiengesellschaft. Ein Beschluss über die Auflösung der Gesellschaft aus Anlass der Übertragung blieb möglich. Der Gesetzgeber war der Auffassung, dass „eine einmal erfolgte Zusammenfassung von Kapital der Wirtschaft zu erhalten und nicht ohne zwingenden Grund“ aufzulösen sei (Klausing, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien nebst EinführungsG und „Amtlicher Begründung“, 1937, S. 219). Das qualifizierte Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zur Vermögensübertragung diente, da diese nunmehr nicht mehr zwingend mit der Auflösung der Gesellschaft und einer deshalb erforderlichen Beteiligung der Hauptversammlung verbunden war, nur noch dem Schutz der Aktionäre (vgl. *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 300; *Scheel* in FS Wegen, 2015, S. 297, 299; BGH, Urteil vom 25.2.1982, II ZR 174/80, BGHZ 83, 122, 128 – Holz Müller; Urteil vom 16.11.1981, II ZR 150/80, BGHZ 82, 188, 195 f.).

**20** Der darauf folgende § 361 AktG 1965 sollte nach der Gesetzesbegründung im Wesentlichen dem bisherigen Recht entsprechen (vgl. Entwurf eines AktG, BT-Drucks. IV/171, 253 zu § 349 AktG). In § 361 Abs. 2 AktG 1965 wurden zudem

erstmal Informationspflichten zugunsten der Aktionäre eingeführt, die weitgehend mit den heute in § 179a Abs. 2 AktG geregelten übereinstimmen. Unverändert blieb, dass die gleichzeitige Auflösung der Gesellschaft lediglich mögliche, nicht aber notwendige Komponente der Regelung war. Ihren jetzigen Standort hat die Vorschrift durch Art. 6 Nr. 3 des Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts vom 28.10.1994 erhalten (BGBl. 1994 I, S. 3210, 3260 f., 3263). Der Gesetzgeber sah den wesentlichen Zweck des § 361 AktG 1965 und des ihm nachfolgenden § 179a AktG darin, die Zuständigkeit der Hauptversammlung für den Fall zu begründen, dass sich die wirtschaftliche Struktur des Unternehmens der Aktiengesellschaft ändere, ohne dass die Zuständigkeit der Hauptversammlung schon aus anderen Gründen, etwa durch das Erfordernis einer Satzungsänderung infolge Veränderung des Unternehmensgegenstandes, gegeben sei (BT-Drucks. 12/6699, S. 177).

**21** (2) Die Einführung einer § 179a AktG bzw. § 361 AktG 1965 entsprechenden Vorschrift in das GmbHG ist gescheitert. § 286 des Regierungsentwurfs zu einem GmbHG von 1973 enthielt eine der aktienrechtlichen Regelung entsprechende Vorschrift zur Vermögensübertragung. Mit Rücksicht auf die sonstigen Informationsrechte des GmbH-Gesellschafters hielt der Gesetzgeber allerdings eine den Anforderungen des § 361 Abs. 2 AktG 1965 entsprechende Offenlegung und Erläuterung des Vertrags bei der GmbH für entbehrlich (Entwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, BT-Drucks. VII/253, S. 229). Aus der fehlenden Umsetzung der GmbH-Reform wird vereinzelt gefolgert, dass eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Regelung daran scheitere, dass der Gesetzgeber eine eigenständige gesetzliche Regelung für die GmbH für notwendig erachtet und nicht umgesetzt habe (*Bredthauer*, NZG 2008, 816, 819; *Meyer-Landrut/Miller/Niehus/Meyer-Landrut*, GmbHG, § 53 Rdnr. 9). Für die Beantwortung der Frage nach einer analogen Anwendung des § 179a AktG lassen sich indes weder dem Umstand des Scheiterns der GmbHG-Reform noch der Begründung des Regierungsentwurfs Anhaltspunkte entnehmen (vgl. *Hürten*, RNotZ 2014, 77, 86; *Lutter* in FS Werner, 1984, S. 477, 481 f.; *Packi*, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, 2011, S. 237).

**22** cc) Einen Sinn und Zweck der Vorschrift berücksichtigende Interessenabwägung zwischen dem Schutz des Gesellschafterinteresses und dem Schutz des redlichen Rechtsverkehrs bei einer Gesamtvermögensveräußerung führt zu einem gegen die analoge Anwendung des § 179a AktG sprechenden Abwägungsergebnis. Die analoge Anwendung der systemfremden Beschränkung der Vertretungsmacht im Außenverhältnis verursacht Rechtsunsicherheit und ist mit Haftungsrisiken verbunden. Nach den gesetzlichen Rahmenbedingungen können aber Gesellschafter einer GmbH die Geschäftsführung in deutlich wirksamerem Maße bestimmen und kontrollieren als Aktionäre. Mit der stärkeren Machtposition korrespondiert eine geringere Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter einer GmbH, sodass eine nicht gesetzlich verankerte Einschränkung des redlichen Rechtsverkehrs zulasten Dritter nicht gerechtfertigt werden kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Schutzzweck des § 179a AktG bei der GmbH in Teilbereichen auf andere Weise gewahrt wird.

**23** (1) Sinn und Zweck des § 179a AktG werden allerdings nicht übereinstimmend beurteilt.

**24** Eine neuere Auffassung im Schrifttum sieht die Mitwirkungsbefugnis der Aktionäre bei den bisherigen Geschäftskonzepten beeinträchtigenden wesentlichen Änderungen der Vermögensstruktur geschützt (*Scheel* in FS Wegen, 2015, S. 297, 302 f.; ablehnend *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 302). Nach der Rechtsprechung des Senats und einer im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung soll die Dispositionsfreiheit der Aktionäre gewahrt werden, indem das Gesetz sie durch das Zustimmungserfordernis davor schützt, dass die Verwaltung ohne ihren Willen das Vermögen der Aktiengesellschaft, das die Grundlage ihrer satzungsmäßigen Unternehmenstätigkeit bildet, aus der Hand gebe oder fremden Einflüssen unterwerfe (BGH, Urteil vom 25.2.1982, II ZR 174/80, BGHZ 83, 122, 128 – Holzmüller; Urteil vom 16.11.1981, II ZR 150/80, BGHZ 82, 188, 195 f.; *Brocker/Schulenburg*, BB 2015, 1993, 1994; *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 302; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 78; *Rehbinder*, ZGR 12 (1983), 92, 95; *Servatius* in FS Stilz, 2014, S. 601, 603; *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983, 1986; *Timm*, AG 1980, 172, 175; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 109; *Werner*, GmbHR 2018, 888; *Zintl/Singbartl*, GWR 2015, 375; K. Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, § 179a Rdnr. 2; KK-AktG/Zetzsche, § 179a Rdnr. 18; MünchKomm-AktG/Stein, § 179a Rdnr. 6; vgl. BT-Drucks. 12/6699, S. 177). Zum anderen bezwecke die Vorschrift mit dem Beschlusserfordernis und den in ihrem zweiten Absatz verankerten Informationspflichten den Schutz der Aktionäre vor einer unangemessenen Vertragsgestaltung, die für die Übertragung des Gesellschaftsvermögens keine adäquate Gegenleistung vorsehe und dadurch die Vermögensinteressen der Aktionäre verletze (*Brocker/Schulenburg*, BB 2015, 1993, 1994; *Decker*, NZG 2018, 447, 448; *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 302; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 78; *Leitzen*, NZG 2012, 491, 492; *Noack*, ZIP 2002, 1873, 1878; *Scheel* in FS Wegen, 2015, S. 297, 302 f.; *Servatius* in FS Stilz, 2014, S. 601, 604; *Werner*, GmbHR 2018, 888; *Zintl/Singbartl*, GWR 2015, 375; *Grigoleit/Ehrmann*, AktG, § 179a Rdnr. 1; K. Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, § 179a Rdnr. 2; MünchKomm-AktG/Stein, § 179a Rdnr. 7; a. A. *Henze* in FS Boujong, 1996, S. 233, 247 f.; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 111). Letztlich wird hervorgehoben, die Vorschrift schütze auch die Interessen der Minderheitsaktionäre vor einer Begünstigung der Mehrheit (*Servatius* in FS Stilz, 2014, S. 601, 604; *Hüffer/Koch*, AktG, § 179a Rdnr. 1; *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG, Stand: 1993, § 361 Rdnr. 3; *Bürgers/Körber/Körber*, AktG, 4. Aufl., § 179a Rdnr. 3; KK-AktG/Zetzsche, § 179a Rdnr. 10).

**25** Einigkeit besteht jedoch im Wesentlichen darin, dass die Vorschrift einen materiellen Schutz der Aktionäre vor einer ohne ihre Beteiligung vorgenommenen Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens dadurch gewährleistet, dass sie einen mit Außenwirkung verbundenen Beschlussvorbehalt vorsieht und dem Vorstand Informationspflichten zugunsten der Aktionäre auferlegt.

**26** (2) Der in § 179a AktG geregelte Schutz der Aktionäre geht zulasten des redlichen Rechtsverkehrs. Für den redlichen Vertragspartner wäre es eine unangemessene Rechtsfolge, wenn ein schuldrechtlicher Vertrag wegen einer unerkannten oder

sich nach den Gesamtumständen nicht aufdrängenden Beschlusskompetenz der Gesellschafterversammlung nach Bereicherungsrecht rückabgewickelt werden müsste. Unangemessene Rückabwicklungsgefahren bestehen in besonderem Maße bei Immobilienkaufverträgen, bei denen ein Gesamtvermögensgeschäft häufig schwerer erkennbar ist als bei Unternehmensveräußerungen. Wäre der Kaufvertrag wegen fehlender Zustimmung der Gesellschafterversammlung unwirksam, könnte auch die Eintragung einer Vormerkung keine Sicherungswirkung entfalten, weil es keinen zu sichernden Anspruch gäbe (*Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 303; *Leitzen*, NZG 2012, 491, 495). Selbst wenn der Eigentumswechsel in das Grundbuch eingetragen würde, träte keine Heilung des unwirksamen Gesamtvermögensgeschäfts nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB ein, da nicht die Missachtung des notariellen Formerfordernisses des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB in Frage steht (*Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 303; BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Stand: 1.12.2018, § 311b Rdnr. 352.1; vgl. BGH, Urteil vom 8.11.1968, V ZR 60/65, WM 1969, 163, 164; Urteil vom 13.5.2016, V ZR 265/14, ZIP 2016, 2069 Rdnr. 30 m. w. N.). Der Erwerber würde daher zwar das Eigentum an der Immobilie erwerben, aufgrund der Unwirksamkeit des Grundstückskaufvertrags könnte er indes einem Rückabwicklungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ausgesetzt sein (vgl. BGH, Urteil vom 9.10.2006, II ZR 46/05, BGHZ 169, 221 Rdnr. 19; *Bayer/Lieder/Hoffmann*, AG 2017, 717, 722; *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 303; *Servatius* in FS Stilz, 2014, S. 601, 605; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 98; KK-AktG/Zetzsche, § 179a Rdnr. 47, 86).

**27** Durch die drohende Rückabwicklung ist aber nicht nur die Rechtsposition des redlichen Vertragspartners gefährdet. Kompetenzregeln, bei deren Verletzung die Gefahr besteht, dass wirtschaftlich bedeutsame Verträge unwirksam sind, bergen darüber hinaus Haftungsrisiken, insbesondere für die notarielle Berufspraxis (*Scheel* in FS Wegen, 2015, S. 297; *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 303; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 98).

**28** (3) Berücksichtigt man die aufgezeigten Nachteile, verbietet sich eine analoge Anwendung des § 179a AktG, weil die Gesellschafter einer GmbH nicht in vergleichbarer Weise schutzbedürftig sind wie die Aktionäre. Da die Gesellschafter einer GmbH über deutlich stärkere Mitwirkungs-, Kontroll- und Informationsrechte verfügen als Aktionäre, kann nicht angenommen werden, der Gesetzgeber hätte das den redlichen Rechtsverkehr erheblich beeinträchtigende, mit Außenwirkung versehene Zustimmungserfordernis bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass des § 179a AktG, auf die GmbH übertragen.

**29** Es bedarf dabei einer wertenden Interessenabwägung der in einem Spannungsverhältnis stehenden Belange des Gesellschafterschutzes auf der einen und des Schutzes des redlichen Rechtsverkehrs auf der anderen Seite (vgl. *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 302; *Servatius* in FS Stilz, 2014, S. 601, 605). Der Senat hat bereits als Ergebnis einer solchen Abwägung eine entsprechende Anwendung des § 361 AktG 1965 auf den Fall, dass ein wesentlicher oder sogar den Schwerpunkt der bisherigen Unternehmenstätigkeit bildender, aber das Betriebsvermögen nicht erschöpfender selbständi-

ger Vermögensteil ausgegliedert wird, mit der Begründung abgelehnt, dass die dann auftretenden Abgrenzungsschwierigkeiten zu einer Rechtsunsicherheit führen, die im Hinblick auf die durch § 361 AktG 1965 eingeschränkte Vertretungsmacht des Vorstands untragbar wäre (BGH, Urteil vom 25.2.1982, II ZR 174/80, BGHZ 83, 122, 129 – Holzmüller).

**30** Die analoge Anwendung der Vorschrift lässt sich nicht damit rechtfertigen, die Gesellschafter einer GmbH seien in gleicher Weise schutzwürdig wie die Aktionäre einer Aktiengesellschaft, es gebe keine relevanten Unterschiede, die der Übertragbarkeit entgegenstünden, oder bei der Regelung des § 179a AktG handele es sich um den Ausdruck eines verallgemeinerungsfähigen Prinzips des Verbandsrechts. Dies berücksichtigt unzureichend die Unterschiede der Binnenstrukturen in der Aktiengesellschaft und in der GmbH bzw. blendet aus, dass ein verallgemeinerungsfähiges Prinzip des Verbandsrechts, wollte man die in § 179a AktG nur für die Aktiengesellschaft ausdrücklich normierte Regelung als solches ansehen, mit einem anderen tragenden Prinzip des Handelsrechts kollidiert, nämlich der grundsätzlich im Außenverhältnis unbeschränkbar Vertretungsmacht der Geschäftsleiter von Handelsgesellschaften.

**31** (aa) Gegen eine Analogie spricht zunächst, dass diese ohne unmittelbare gesetzliche Grundlage ein tragendes Prinzip des Rechts der Handelsgesellschaften gefährden würde. § 37 Abs. 2 GmbHG, der die Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers im Außenverhältnis statuiert, ist wie die parallelen Vorschriften etwa des § 126 Abs. 2 HGB, des § 82 Abs. 1 AktG, des § 27 Abs. 2 GenG oder des § 50 Abs. 1 HGB Ausdruck des Prinzips, dass der Handelsverkehr auf dem Gebiet der rechtsgeschäftlichen und organschaftlichen Vertretungsbefugnis klare Verhältnisse erfordert. Für den Dritten, der auf diesem Gebiet mit einem Vertreter ein Rechtsgeschäft abschließt oder Erklärungen entgegennimmt, ist es, wenn nicht praktisch undurchführbar, so jedenfalls unzumutbar, sich in jedem Einzelfall über den Umfang der Vertretungsbefugnis des anderen Teils zu informieren. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber gerade bei den Handelsgesellschaften den Umfang der organschaftlichen Vertretungsbefugnis zwingend festgelegt (vgl. BGH, Urteil vom 20.9.1962, II ZR 209/61, BGHZ 38, 26, 33; Urteil vom 23.6.1997, II ZR 353/95, ZIP 1997, 1419, 1420; Urteil vom 18.10.2017, I ZR 6/16, ZIP 2018, 214 Rdnr. 21 m. w. N.).

**32** Zu der Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit organschaftlicher Vertretungsmacht im Handelsrecht stellt § 179a AktG eine systemwidrige, daher nur schwer verallgemeinerungsfähige und jedenfalls auf die GmbH nicht übertragbare Ausnahme dar (Bredthauer, NZG 2008, 816, 819; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 314; Scheel in FS Wegen, 2015, S. 297, 310; Servatius in FS Stilz, 2014, S. 601, 605 f.). Eine Analogie berücksichtigt die grundlegenden Unterschiede zwischen der Verfassung der Aktiengesellschaft, auf die § 179a AktG zugeschnitten ist, und derjenigen der GmbH nicht ausreichend. Im Unterschied zu der auf Machtbalance der einzelnen Organe abzielenden und die Aktionäre von der unmittelbaren Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ausschließenden Verfassung der Aktiengesellschaft ist die Organisation der GmbH hierarchisch gestaltet.

**33** Von wenigen, den Geschäftsführern als solchen im öffentlichen Interesse zugewiesenen Kompetenzen abgesehen, sind in der GmbH die Gesellschafter das zentrale Entscheidungsorgan. Die GmbH-Gesellschafter bestimmen unmittelbar den Geschäftsführer. Sie fassen in der Gesellschafterversammlung die für die Geschicke der Gesellschaft wesentlichen Entscheidungen, setzen sie durch Weisungen an die Geschäftsführer (§ 37 GmbHG) um und nehmen ein umfassendes Prüfungs- und Überwachungsrecht gegenüber der Geschäftsführung (§ 46 Nr. 6 GmbHG) wahr. In der nicht mitbestimmten Gesellschaft obliegt ihnen die Bestellung und die (jederzeitige) Abberufung sowie die Anstellung und Kündigung der Geschäftsführer (§ 46 Nr. 5 und 8 GmbHG; BGH, Beschluss vom 6.3.1997, II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 53; vgl. ferner BGH, Urteil vom 31.5.2011, II ZR 109/10, BGHZ 190, 45 Rdnr. 20). Die hierarchische, von der generellen Kompetenz der Gesellschafterversammlung geprägte Struktur der GmbH-Verfassung ändert sich auch nicht grundlegend, wenn die Gesellschaft den besonderen Bestimmungen des Mitbestimmungsgesetzes unterworfen wird (vgl. BGH, Beschluss vom 6.3.1997, II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 55).

**34** Demgegenüber enthält das Aktienrecht in den §§ 76 ff. und 111 ff. AktG klare Kompetenzabgrenzungen hinsichtlich der Wahrnehmung der Leitungs- und der Überwachungsaufgaben der Gesellschaft, auf die die Aktionäre in sehr beschränktem Maße Einfluss nehmen können (vgl. BGH, Beschluss vom 6.3.1997, II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 53 f.). Vor allem über Fragen der Geschäftsführung kann die Hauptversammlung für den Vorstand bindend nach § 119 Abs. 2 AktG nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt (vgl. Decker, NZG 2018, 447, 448; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 308; Scheel in FS Wegen, 2015, S. 297, 310; Servatius in FS Stilz, 2014, S. 601, 608; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 361 Rdnr. 11).

**35** Vor diesem Hintergrund sind die GmbH-Gesellschafter weniger schutzbedürftig als die Aktionäre und greifen wegen der unterschiedlichen Binnenmachtverteilung in der GmbH und in der Aktiengesellschaft zum Schutz der GmbH-Gesellschafter vor Alleingängen der Geschäftsleitung andere Instrumente.

**36** (bb) Das Schutzanliegen des § 179a AktG, die gesellschaftsinterne Kontrolle der Geschäftsführung bei Gesamtvermögensgeschäften durch die Beteiligung der Gesellschafter zu gewährleisten, ist im GmbH-Recht auch ohne entsprechende Anwendung des § 179a AktG verwirklicht (Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 309; Servatius in FS Stilz, 2014, S. 601, 609). Die Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer GmbH ist ein besonders bedeutungsvolles Geschäft, zu dessen Vornahme der Geschäftsführer einen zustimmenden Beschluss der Gesellschafterversammlung herbeiführen muss, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag einen entsprechenden Zustimmungsvorbehalt nicht enthält.

**37** Dem Geschäftsführer einer GmbH kommt – vorbehaltlich gesetzlicher Pflichten – Geschäftsführungsbefugnis nur dann und insoweit zu, als die Gesellschafterversammlung von ihrer Geschäftsführungskompetenz weder durch Regelung im Gesellschaftsvertrag noch durch Beschlussweisung an den Geschäftsführer Gebrauch macht, § 37 Abs. 1 GmbHG (vgl. Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 308 f.; Servatius in FS Stilz, 2014, S. 601, 608; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften).

ten, 6. Aufl., § 42 Rdnr. 2; *Wicke*, GmbHG, § 37 Rdnr. 4; *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, § 37 Rdnr. 3; *MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves*, 3. Aufl., § 37 Rdnr. 69 ff., 115). Namentlich ist der Geschäftsführer bei besonders bedeutsamen Geschäften verpflichtet, die Zustimmung der Gesellschafterversammlung von sich aus einzuholen, § 49 Abs. 2 GmbHG (BGH, Urteil vom 29.3.1973, II ZR 139/70, WM 1973, 510, 511; Urteil vom 5.12.1983, II ZR 56/82, ZIP 1984, 310, 311; Urteil vom 25.2.1991, II ZR 76/90, ZIP 1991, 509, 510 f.; Urteil vom 30.5.2005, II ZR 236/03, juris Rdnr. 12). Ungeachtet dessen, dass ein Vertrag, durch den sich eine GmbH zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens verpflichtet, häufig bereits ausdrücklich oder sinngemäß von einem Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Gesellschafterversammlung im Gesellschaftsvertrag erfasst sein wird, sind die GmbH-Geschäftsführer auch bei Fehlen einer entsprechenden Satzungsregelung aufgrund der Bedeutung des Geschäfts gehalten, eine Willensbildung der Gesellschafterversammlung herbeizuführen (vgl. *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 309; *Servatius* in FS Stilz, 2014, S. 601, 609; *Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht Band 3/Wolff*, § 37 Rdnr. 60; *Gehrlein/Born/Simon/Buck-Heeb*, GmbHG, § 37 Rdnr. 4; *Wicke*, GmbHG, § 37 Rdnr. 3; *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, § 37 Rdnr. 22; *Scholz/Priester*, GmbHG, § 53 Rdnr. 176; *Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, GmbHG, § 37 Rdnr. 17; *MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves*, § 37 Rdnr. 143; *Ulmer/Habersack/Löbbe/Paefgen*, 2. Aufl., § 37 Rdnr. 19 m. w. N.).

**38** Das Beschlusserfordernis sichert nicht nur das Kontrollrecht der Gesellschafterversammlung in ihrer Gesamtheit, sondern schützt zudem den Minderheitsgesellschafter vor einer unangemessenen Vertragsgestaltung oder einer Selbstbedienung des Mehrheitsgesellschafters. Der Minderheitsgesellschafter kann einen vom Mehrheitsgesellschafter dennoch gefassten Beschluss durch Klage gerichtlich überprüfen lassen und versuchen, den Vollzug des Geschäfts zu verhindern.

**39** (cc) Es ist zwar richtig, dass § 179a AktG einen weiterreichenden Schutz gewährt, weil in seinem Anwendungsbereich die Verletzung der Kompetenz der Hauptversammlung immer auf das Außenverhältnis durchschlägt. Die im Interesse des Verkehrsschutzes angeordnete rechtliche Unbeachtlichkeit von Beschränkungen der Vertretungsbefugnis gegenüber dem Vertragspartner in § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG gilt aber auch nicht ausnahmslos. Missachtet der Geschäftsführer bei der Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer GmbH einen im Gesellschaftsvertrag geregelten oder aus der besonderen Bedeutsamkeit des Geschäfts abgeleiteten Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung, kann der Vertragspartner der GmbH aus dem Geschäft unter Umständen wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht keine vertraglichen Rechte oder Einwendungen herleiten.

**40** Das Vertrauen des Geschäftspartners auf den Bestand des Geschäfts ist dann nicht schutzwürdig, wenn er weiß oder es sich ihm geradezu aufdrängen muss, dass der Geschäftsführer seine Vertretungsmacht missbraucht. In einem solchen Fall ist die von dem Geschäftsführer abgegebene Willenserklärung unwirksam. Der Vertragspartner kann aus dem formal durch die Vertretungsmacht des Geschäftsführers gedeckten Ge-

schäft keine vertraglichen Rechte oder Einwendungen herleiten (BGH, Beschluss vom 10.4.2006, II ZR 337/05, ZIP 2006, 1391 m. w. N.; vgl. auch *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 309; *Servatius* in FS Stilz, 2014, S. 601, 611). Dabei ergibt sich die Begrenzung des in § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zum Ausdruck kommenden Verkehrsschutzes allein aus der fehlenden Schutzbedürftigkeit des bösgläubigen Geschäftspartners. Die Versagung des Verkehrsschutzes unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht setzt nicht zusätzlich voraus, dass Geschäftsführer und Vertragspartner zum Nachteil der Gesellschaft handeln (BGH, Beschluss vom 10.4.2006, II ZR 337/05, ZIP 2006, 1391 Rdnr. 2 f.). Diese Rechtslage gilt auch für den Fall, dass der Geschäftsführer einen ausdrücklichen oder aus der besonderen Bedeutsamkeit des Verpflichtungsgeschäfts zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer GmbH abgeleiteten Zustimmungsvorbehalt missachtet und der Vertragspartner der GmbH dies weiß oder es sich ihm aufdrängen muss (vgl. BGH, Urteil vom 5.12.1983, II ZR 56/82, ZIP 1984, 380, juris Rdnr. 12 ff.).

**41** Über das Rechtsinstitut des Missbrauchs der Vertretungsmacht lässt sich insbesondere die Gefahr der Vermögensverlagerung auf den Mehrheitsgesellschafter im Zusammenwirken mit dem Geschäftsführer zulasten der Minderheit bannen. Bei besonders bedeutenden Geschäften ist aber auch ein Dritter als Vertragspartner unterhalb der Schwelle des kollusiven Zusammenwirkens nicht schutzwürdig, wenn es sich ihm den Umständen nach aufdrängen muss, dass der Geschäftsführer ohne Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung seine Vertretungsmacht überschreitet. Dies wird man häufig annehmen können, wenn das gesamte Unternehmen als solches übertragen werden soll. Einem verständigen Vertragspartner muss klar sein, dass der Geschäftsführer die GmbH nicht ohne Zustimmung der Gesellschafter unternehmenslos stellen kann. Aber auch, wenn – wie vorliegend – mit einer Immobilie nur ein einzelner Vermögensgegenstand übertragen werden soll, kann es sich nach den Umständen des Einzelfalls aufdrängen, dass der Geschäftsführer das Geschäft wegen seiner Bedeutung für die Gesellschaft nicht ohne Rückversicherung bei den Gesellschaftern vornehmen kann.

**42** Besteht ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Gesellschafterversammlung, ist es zwar zusätzlich erforderlich, dass der Vertragspartner von der fehlenden Zustimmung Kenntnis hat oder sich ihm das Fehlen eines Zustimmungsbeschlusses aufdrängt, um seinem Vertrauen auf den Bestand des Geschäfts den Schutz zu versagen. In diesem Zusammenhang kann es aber nach den Umständen des Einzelfalls nicht stets ausreichen, wenn dieser sich damit verteidigt, er habe von der fehlenden Zustimmung nichts gewusst. Wird etwa das Unternehmen als Ganzes veräußert, kann der Vertragspartner der Gesellschaft eine Erkundigungsobliegenheit treffen. Bei der Veräußerung eines Einzelgegenstands kann sich der Missbrauch aufdrängen, wenn der Vertragspartner erfährt, dass ein maßgebender Gesellschafter mit dem Geschäft nicht einverstanden ist.

**43** Soweit der Schutz der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht versagt, bleiben Schadensersatzansprüche gegen den Geschäftsführer möglich. Der Gesellschafter einer GmbH kann zudem eingreifen, wenn er Kennt-

nis von einem bevorstehenden Geschäft erlangt und versuchen, eine wirksame Vermögensübertragung zu verhindern. Er kann das Vertrauen des Vertragspartners auf die unbeschränkte Vertretungsmacht des Geschäftsführers zerstören, indem er den vorgesehenen Vertragspartner darüber informiert, dass der für die Übertragung erforderliche Gesellschafterbeschluss fehlt.

**44** (dd) Letztlich sind die Gesellschafter einer GmbH auch auf die besonderen Informationen, wie sie in § 179a Abs. 2 AktG vorgesehen sind, nicht in gleicher Weise angewiesen wie die Aktionäre (*Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 308). Die Aktionäre sind ohne Anspruch auf Auslegung des Vertrags und auf Abschriften auf ihr nach Maßgabe des § 131 AktG eingeschränktes Fragerecht in der Hauptverhandlung verwiesen. Insbesondere können sie weder die Erteilung einer schriftlichen Auskunft noch die Einsichtnahme in die Unterlagen der Gesellschaft verlangen (BGH, Urteil vom 5.4.1993, II ZR 238/91, BGHZ 122, 211, 236 f. m. w. N.; Beschluss vom 6.3.1997, II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 54). Demgegenüber ist das individuelle Informationsrecht des Gesellschafters nach § 51a GmbHG umfassend ausgestaltet und erstreckt sich nicht nur auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft, sondern besteht unabhängig von einem besonderen Anlass, wie zum Beispiel dem Zusammenhang mit einem Punkt der Tagesordnung der Gesellschafterversammlung. Es ist, von dem Sonderfall des § 51a Abs. 2 GmbHG und dem Bestehen eines ungeschriebenen Verweigerungsgrundes abgesehen, prinzipiell unbeschränkt und findet seine Grenze erst bei einer nicht zweckentsprechenden Wahrnehmung (BGH, Beschluss vom 6.3.1997, II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 54). Es tritt zudem neben das von der Gesellschafterversammlung wahrzunehmende kollektive Recht, sich von den anderen Geschäftsorganen uneingeschränkt unterrichten zu lassen.

**45** 2. Einer rechtlichen Prüfung nicht stand hält dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, ein Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Liquidator Ba sei nicht bewiesen.

**46** a) Die Liquidatoren vertreten die Gesellschaft nach § 70 Satz 1 Hs. 2 GmbHG gerichtlich und außergerichtlich. Diese Vertretungsmacht ist – wie die der Geschäftsführer – grundsätzlich unbeschränkt und unbeschränkbar (§ 70 Abs. 4, § 37 Abs. 2 GmbHG). Schranken ergeben sich aber auch hier bei Missbrauch der Vertretungsmacht nach den für die Geschäftsführer entwickelten Regeln (Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 70 Rdnr. 2; Gehrlein/Born/Simon/Brümkman/Hofmann, GmbHG, § 68 Rdnr. 3, § 70 Rdnr. 2; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Nerlich, GmbHG, § 70 Rdnr. 40; MünchKomm-GmbHG/H.-F. Müller, § 70 Rdnr. 2 und 4; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 71 Rdnr. 42; enger Rowedder/SchmidtLeithoff/Gesell, GmbHG, § 70 Rdnr. 6).

**47** b) Nach § 70 Satz 1 GmbHG haben die Liquidatoren das Vermögen der Gesellschaft in Geld umzusetzen. Die Art und Weise der Verwertung steht im pflichtgemäßen Ermessen der Liquidatoren. Auch in der aufgelösten Gesellschaft bleibt die hierarchische Organisation der GmbH aber im Wesentlichen bestehen. Die Gesellschafter können für den Liquidator bindende Beschlüsse über die Liquidation, insbesondere über die Art der Umsetzung des Vermögens der Gesellschaft in Geld fassen. Die Gesellschafterversammlung kann Verwertungs-

vorgaben in einem Liquidationsplan beschließen oder eine Verwertungsanweisung für den Einzelfall erteilen (vgl. *Wicke*, GmbHG, § 70 Rdnr. 2; Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, § 70 Rdnr. 3; Gehrlein/Born/Simon/Brümkman/Hofmann, GmbHG, § 70 Rdnr. 5; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Nerlich, GmbHG, § 70 Rdnr. 6; MünchKomm-GmbHG/H.-F. Müller, § 70 Rdnr. 7; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 70 Rdnr. 5; Ulmer/Habersack/Löbbe/Paura, GmbHG, § 53 Rdnr. 4, 5). Vor der Durchführung einzelner Verwertungsmaßnahmen kann der Liquidator, ähnlich wie der Geschäftsführer der werbenden GmbH bei Vornahme besonders bedeutsamer Geschäfte, verpflichtet sein, eine Entscheidung der Gesellschafterversammlung herbeizuführen (vgl. Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 70 Rdnr. 14; Gehrlein/Born/Simon/Brümkman/Hofmann, GmbHG, § 70 Rdnr. 10; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Nerlich, GmbHG, § 70 Rdnr. 13; MünchKomm-GmbHG/H.-F. Müller, § 70 Rdnr. 8; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 70 Rdnr. 6; Ulmer/Habersack/Löbbe/Paura, GmbHG, § 53 Rdnr. 5).

**48** Das Berufungsgericht ist in aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass der Liquidator Ba nach den Umständen des vorliegenden Falls, insbesondere wegen des Widerspruchs seines Mitgesellschafters gegen die Veräußerung des Betriebsgrundstücks an den Beklagten und des Eigeninteresses seines Mitgesellschafters am Erwerb der Immobilie, dazu verpflichtet gewesen wäre, vor Abschluss des Kaufvertrags über das Betriebsgrundstück mit dem Beklagten einen zustimmenden Gesellschafterbeschluss herbeizuführen. Das hat er nicht getan und damit seine Vertretungsbefugnis überschritten.

**49** c) Nicht frei von Rechtsfehlern ist die Begründung des Berufungsgerichts, mit der es einen offensichtlichen Missbrauch der Vertretungsmacht verneint hat.

**50** Das Berufungsgericht hat ausgeführt, maßgeblich sei, inwieweit dem Beklagten der Widerspruch des Gesellschafters Bā gegen die Veräußerung an ihn, den Beklagten, und die Notwendigkeit einer Abstimmung der Gesellschafter über den Erwerb durch den Gesellschafter Bā bekannt gewesen sei. Im Ergebnis der Beweisaufnahme sei der Senat nicht davon überzeugt, dass der Beklagte bei Abschluss des Kaufvertrags Kenntnis von der fehlenden Zustimmung des Geschäftsführers Bā. zum Verkauf an ihn und über die daraus folgende Notwendigkeit der Herbeiführung eines Gesellschafterbeschlusses gehabt habe.

**51** Mit der Beschränkung der Rechtsprüfung und der dieser zugrunde liegenden Beweiswürdigung auf eine Kenntnis des Beklagten verengt das Berufungsgericht die Tatbestandsvoraussetzungen, unter denen die im Interesse des Verkehrsschutzes angeordnete rechtliche Unbeachtlichkeit von Beschränkungen der Vertretungsbefugnis gegenüber dem Vertragspartner in § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht aufgelöst werden, zulasten der Klägerin. Denn das Vertrauen des Geschäftspartners auf den Bestand des Geschäfts ist bereits dann nicht schutzwürdig, wenn es sich ihm geradezu aufdrängen muss, dass der Geschäftsführer seine Vertretungsmacht missbraucht (BGH, Beschluss vom 10.4.2006, II ZR 337/05, ZIP 2006, 1391 m. w. N.).

52 III. Die Berufungsentscheidung ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und 3 ZPO). Das Berufungsgericht wird, ggf. nach ergänzendem Vortrag der Parteien, zu prüfen haben, ob sich dem Beklagten hat aufdrängen müssen, dass der Liquidator Ba den Widerspruch seines Mitgesellschafters Bä missachtet und ohne vorherige Einholung eines notwendigen Beschlusses der Gesellschafterversammlung der Klägerin das Betriebsgrundstück der Klägerin an ihn, den Beklagten, verkauft hat. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, sich mit den Einwänden der Revision gegen seine Würdigung auseinanderzusetzen, der Beklagte habe von dem Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Gesellschafters und Liquidators Bä nicht, auch nicht über den Notar, Kenntnis erhalten.

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Benedikt Mack**, München

Das Urteil wirkt zunächst wie ein Befreiungsschlag<sup>1</sup> – hängt doch § 179a AktG wie ein „Damoklesschwert“<sup>2</sup> über nahezu jeder größeren Transaktion, bei der eine Gesellschaft auf Veräußererseite beteiligt ist. Zumindest für die GmbH beseitigt der BGH die Mär eines „verallgemeinerungsfähigen Prinzips des Verbandsrechts“,<sup>3</sup> welches durch § 179a AktG verkörpert werde und auf sämtliche Gesellschaftsformen, von der Aktiengesellschaft bis zur GbR, gleichermaßen anzuwenden sei. Gleichwohl kann die Entscheidung nicht in allen Teilen überzeugen. Durch die Ausführungen zum Missbrauch der Vertretungsmacht riskiert es der BGH, die gerade gewonnene Verkehrssicherheit wieder zu konterkarieren. Auch die Rechtslage bei Personengesellschaften bleibt offen.

#### 1. Ausgangslage

Sind Gesellschaften an einem Vertrag beteiligt, muss der beurkundende Notar nach § 17 Abs. 1 BeurkG die Vertretungsmacht des für die Gesellschaft handelnden Vertreters prüfen.<sup>4</sup> Bei Handelsgesellschaften ergibt sich aus dem Handelsregister, wer als Organ zur Vertretung berechtigt ist. Nach dem Gesetz ist die organschaftliche Vertretungsmacht im Außenverhältnis unbeschränkt und unbeschränkbar (§ 82 Abs. 1 AktG, § 37 Abs. 2 GmbHG, § 126 Abs. 2 HGB).

- 1 So auch *Vossius*, notar 2019, 161, 162; ähnlich *Wachter*, BB 2019, 1078; *Ulrich*, GmbHR 2019, 528, 538; *Götze*, NZG 2019, 695; 696; zurückhaltender („Licht und Schatten“) dagegen von *Prittowitz*, DStR 2019, 1265; ebenso *Pfeiffer*, BB 2019, 1107.
- 2 Vgl. *Brocker/Schulenburg*, BB 2015, 1993.
- 3 Vgl. *MünchKomm-AktG/Stein*, 4. Aufl. 2016, § 179a Rdnr. 14; *Henssler/Strohn/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 179a AktG Rdnr. 2; *MünchKomm-GmbHG/Harbarth*, 3. Aufl. 2018, § 53 Rdnr. 229; *Hüren*, RNotZ 2017, 77, 85 ff.; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 120 ff.; a. A. bereits *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 303; *Bredthauer*, NZG 2008, 816, 817.
- 4 BGH, Urteil vom 27.5.1993, IX ZR 66/92, DNotZ 1994, 485; *Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster*, BeurkG/DONot, 7. Aufl., 2015, § 17 BeurkG Rdnr. 55; *Würzburger Notarhandbuch/Hertel*, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 99; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 98.

Darauf dürfen sich Rechtsverkehr (§ 15 Abs. 1 HGB) und Notar grundsätzlich verlassen.

Für die Aktiengesellschaft wird der Grundsatz der im Außenverhältnis unbeschränkten Vertretungsmacht durch § 179a AktG durchbrochen. Nach der Norm bedarf ein Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft zur „Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens“ verpflichtet, eines Beschlusses der Hauptversammlung. Geklärt ist, dass § 179a AktG über seinen Wortlaut hinaus (vergleichbar zu § 1365 BGB) auch die Veräußerung eines Einzelgegenstandes wie etwa eines Grundstücks erfasst, wenn dieser Gegenstand das Vermögen der Gesellschaft nahezu erschöpft.<sup>5</sup> Für den Beschluss gelten die Regelungen über Satzungsänderungen aus § 179 AktG. Erforderlich ist die Dreiviertelmehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals (§ 179 Abs. 2 Satz 1 AktG) sowie kumulativ die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§ 133 Abs. 1 AktG). Der Beschluss ist notariell zu beurkunden, das folgt bei der Aktiengesellschaft aus § 130 Abs. 1 Satz 1 und 3 AktG.<sup>6</sup> Für das Beschlussverfahren sieht § 179a Abs. 2 AktG besondere Auslegungs-, Veröffentlichungs- und Erläuterungspflichten vor. Ein Verstoß gegen § 179a AktG hat Außenwirkung – auch das bestätigt der BGH in der vorliegenden Entscheidung.<sup>7</sup> Das Verpflichtungsgeschäft ist zunächst schwebend (§ 177 BGB), nach Verweigerung der Zustimmung endgültig unwirksam. Zwar erstreckt sich § 179a AktG nach ganz überwiegender Meinung nicht auf das dingliche Erfüllungsgeschäft,<sup>8</sup> weshalb etwa das Grundbuchamt keinen Nachweis des Zustimmungsbeschlusses verlangen kann.<sup>9</sup> Der Vollzug der Auf-

- 5 Zur Bestimmung des nahezu gesamten Vermögens anhand quantitativer und/oder qualitativer Kriterien vgl. *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 304 ff.; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 100 ff.; *Hüren*, RNotZ 2017, 77, 80 ff.; jeweils m. w. N.
- 6 Kostenrechtlich ist der Beschluss mit dem Wert des – gegenstandsverschiedenen – Kaufvertrages anzusetzen, maximal jedoch mit 5 Mio. €, § 108 Abs. 2 und 5, § 110 Nr. 1 GNotKG.
- 7 Rdnr. 10 der besprochenen Entscheidung; zuvor bereits BGH, Urteil vom 25.10.2002, V ZR 243/01, DNotZ 2003, 336, 337; Urteil vom 26.4.2004, II ZR 155/02, ZIP 2004, 993, 995; *MünchKomm-AktG/Stein*, § 179a Rdnr. 40; *Spindler/Stilz/Holzborn*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 179a Rdnr. 7; a. A. *Scheel* in FS Wegen, 2015, S. 297, 308; einschränkend, nur bei Hinzutreten von Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis aufseiten des Vertragspartners: *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 307; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 119; *Bredthauer*, NZG 2008, 816, 817; *Spranger*, ZfIR 2011, 234, 238; *Servatius* in FS Stilz, 2014, S. 601, 606.
- 8 BGH, Urteil vom 8.7.1991, II ZR 246/90, DNotZ 1992, 167, 169; *Bredthauer*, NZG 2008, 816, 819; *Hüffer/Koch*, AktG, 13. Aufl. 2018, § 179a Rdnr. 13, 18; *MünchKomm-AktG/Stein*, § 179a Rdnr. 39.
- 9 Vgl. *Weber*, DNotZ 2018, 96, 127; allenfalls für die Eintragung der Vormerkung könnte ein entsprechender Nachweis erwogen werden. Allerdings fällt die Bewilligung der Vormerkung als solches nicht unter § 179a AktG. Auch das Bestehen des nach § 883 Abs. 1 Satz 1 BGB zu sichernden Anspruchs muss dem Grundbuchamt nicht nachgewiesen werden. Nur wenn das Grundbuchamt positiv weiß, dass der zu sichernde Anspruch nicht besteht und nicht entstehen kann, darf es die Eintragung ablehnen.

lassung führt jedoch nicht zur Heilung des unwirksamen Grundgeschäfts. § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB ist auf die Verletzung des Formgebotes aus § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beschränkt; andere Nichtigkeitsgründe wie der in Frage stehende Vertretungsmangel sind von der Heilungswirkung nicht erfasst.<sup>10</sup> Der Käufer kann daher Eigentum erwerben, ist jedoch einem Rückabwicklungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ausgesetzt.

## 2. Die Entscheidung des BGH

Der Sachverhalt ist schnell zusammengefasst: Eine zweigliedrige GmbH i. L. verkauft im Zuge der Abwicklung ihr Betriebsgrundstück und wird dabei durch *einen* ihrer beiden einzelvertretungsberechtigten Gesellschafter-Liquidatoren (G1) vertreten. Bei dem Betriebsgrundstück handelt es sich mutmaßlich<sup>11</sup> um das gesamte Vermögen der Gesellschaft. Für den Käufer (K) wird die Aufassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Der zweite Gesellschafter (G2), der selbst an einem Erwerb des Betriebsgrundstücks interessiert war, verlangt namens der GmbH i. L. die Löschung der Vormerkung nach § 894 BGB. Mangels zustimmenden Gesellschafterbeschlusses sei der Kaufvertrag nach § 179a AktG analog unwirksam. Zumindest aber habe G1 seine Vertretungsmacht missbraucht, da es K bekannt gewesen sei, dass im Innenverhältnis die Zustimmung des G2 erforderlich gewesen wäre.

### a) § 179a AktG analog

Der Senat leitet seine Ausführungen zu § 179a AktG mit einer Klarstellung ein: Entgegen einer im Schrifttum verbreiteten Ansicht, habe der BGH die analoge Anwendung von § 179a AktG auf die GmbH nicht bereits bejaht. Die fälschlich als Beleg zitierte Entscheidung<sup>12</sup> habe lediglich die damals herrschende Literaturmeinung referiert.

Im Anschluss wendet sich die Entscheidung den Analogie-voraussetzungen – planwidrige Regelungslücke und vergleichbare Interessenlage – zu und rekurriert dabei auf die Argumente der bislang in der Minderheit liegenden Literaturstimmen, die sich bereits zuvor gegen eine analoge Anwendung des § 179a AktG auf die GmbH ausgesprochen hatten.<sup>13</sup> Dabei soll nicht unerwähnt bleiben, dass hätte sich der BGH anders entscheiden wollen, *für* eine analoge Anwendung des § 179a AktG trotz zahlreicher Fürstimmen in der Literatur kaum verwertbares Argumentationsmaterial vorhanden gewesen wäre: Die Begründung der bisherigen h. M. beschränkt sich im Wesentlichen – und unter Bezugnahme auf die vermeintlich gleichlautende BGH-Auffassung – auf die Feststellung, dass es sich bei § 179a AktG nun einmal um ein „verallgemeinerungsfähiges Prinzip des

Verbandsrechts“ handle, welches für die GmbH gleichsam gelte.<sup>14</sup>

Tatsächlich, so nun auch der BGH, verkörpert § 179a AktG kein „verallgemeinerungsfähiges Prinzip des Verbandsrechts“, sondern – ganz im Gegenteil – eine systemwidrige Ausnahme vom Grundsatz der im Außenverhältnis unbeschränkten und unbeschränkbar organchaftlichen Vertretungsmacht (§ 37 Abs. 2 GmbHG, § 82 Abs. 1 AktG, § 126 Abs. 2 HGB, § 27 Abs. 2 GenG). Die mit § 179a AktG verbundene Durchbrechung dieses Grundsatzes ist bei der AG aufgrund der Weisungsunabhängigkeit des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG) und der strengen Kompetenzabgrenzung zwischen Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung (vgl. insbesondere § 119 Abs. 2 AktG) geboten, um die Aktionäre vor einem möglichen Alleingang des Vorstands bei grundlegenden Geschäften, wie der Veräußerung wesentlicher Vermögensbestandteile, zu schützen. Für eine analoge Anwendung auf die GmbH fehlt es indes, wie der BGH zutreffend feststellt, an einer vergleichbaren Interessenlage. Das GmbHG gewährt den Gesellschaftern weitgehende Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsleitung. Dies zeigt sich im umfassenden Weisungsrecht aus § 37 Abs. 1 GmbHG, der Kompetenz zur Abberufung, Bestellung und Überwachung der Geschäftsführer (§ 46 Nr. 5 und 6 GmbHG) sowie dem individuellen Informationsrecht aus § 51a GmbHG. Mit der stärkeren Machtposition korrespondiert eine geringere Schutzbedürftigkeit der GmbH-Gesellschafter, weshalb eine Vertretungsbeschränkung der Geschäftsführer zulasten des redlichen Rechtsverkehrs nicht angezeigt ist.<sup>15</sup>

Nur am Rande ist zu erwähnen, dass der BGH bei seinen Ausführungen zu § 179a AktG nicht zwischen verbenden und aufgelösten Gesellschaften unterscheidet. Auch wenn sich der BGH insoweit nicht explizit äußert, bekräftigt dies die herrschende Meinung,<sup>16</sup> wonach der Auflösungsbeschluss den Zustimmungsbeschluss aus § 179a AktG nicht ersetzen kann und eine Sonderbehandlung von Liquidationsgesellschaften, wie sie von vereinzelt Literaturstimmen<sup>17</sup> auch im direkten Anwendungsbereich des § 179a AktG befürwortet wird, nicht angezeigt ist.<sup>18</sup>

### b) Missbrauch der Vertretungsmacht

Im zweiten Teil der Entscheidung stellt der BGH fest, dass der Geschäftsführer der GmbH *im Innenverhältnis* verpflich-

10 BeckOGK/Schreindorfer, Stand: 1.6.2019, § 311b BGB Rdnr. 352 (mit weiteren Beispielen).

11 Ob es sich tatsächlich um das gesamte Gesellschaftsvermögen i. S. d. § 179a AktG handelt, wird ausdrücklich offengelassen, vgl. Rdnr. 11 der besprochenen Entscheidung.

12 BGH, Urteil vom 9.1.1995, II ZR 24/94, DNotZ 1995, 961.

13 Vgl. vor allem Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 303; vgl. auch Decker, NZG 2018, 447; Bredthauer, NZG 2008, 816, 817.

14 Vgl. MünchKomm-AktG/Stein, § 179a Rdnr. 40; Grigoleit/Ehmann, AktG, 2013, § 179a Rdnr. 2; Henssler/Strohn/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 179a AktG Rdnr. 2; MünchKomm-GmbHG/Harbarth, § 53 Rdnr. 229.

15 Vgl. dazu umfassend Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 307 ff.

16 Vgl. Bayer/Lieder/Hoffmann, AG 2017, 717, 718; Spindler/Stilz/Holzborn, AktG, § 179a Rdnr. 11; Grigoleit/Ehmann, AktG, § 179a Rdnr. 2; Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, 3. Aufl. 2015, § 179a Rdnr. 3.

17 Weber, DNotZ 2018, 96, 114 ff.; ähnlich für sog. Projektgesellschaften, deren Zweck von vornherein auf den Erwerb und die anschließende Veräußerung eines bestimmten Vermögensgegenstandes beschränkt ist, Zintl/Singbartl, GWR 2015, 37.

18 Vgl. Wachter, BB 2019, 1078, 1079.

tet ist, bei besonders bedeutsamen Geschäften, wie der Verpflichtung zur Übertragung wesentlicher Vermögensbestandteile, eine Entscheidung der Gesellschafterversammlung einzuholen (§ 49 Abs. 2 GmbHG). Die Geschäftsführungsbefugnis ist insoweit beschränkt und zwar auch ohne entsprechende Satzungsregelung. Anders als bei § 179a AktG bleibt die Vertretungsmacht grundsätzlich unberührt. Die Kompetenzbeschränkung im Innenverhältnis kann allerdings – auch unterhalb der Schwelle des kollusiven Zusammenwirkens – nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht auf das Außenverhältnis durchschlagen. Voraussetzung ist, dass der Vertragspartner die Pflichtwidrigkeit im Innenverhältnis kennt oder sich diesem ein evidenten Pflichtverstoß „geradezu aufdrängen muss“. Das Berufungsgericht hat den Missbrauchstatbestand aus Sicht des BGH zu sehr auf die Kenntnis des Vertragspartners verengt und keine hinreichenden Feststellungen zur Variante des „Sichaufdrängens“ getroffen.<sup>19</sup> Es kommt daher zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Die Ausführungen des BGH zum Missbrauch der Vertretungsmacht überzeugen weder in allgemeiner Hinsicht (aa) noch in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall (bb)).

aa) Die richterrechtlich entwickelte Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht schränkt den durch die unbeschränkte Außenvertretungsmacht (§ 37 Abs. 2 GmbHG) gewährleisteten Verkehrsschutz erheblich ein. Neben der objektiven Kompetenzüberschreitung des Vertreters im Innenverhältnis setzt ein Missbrauch in subjektiver Hinsicht voraus, dass der Vertragspartner die Schranken im Innenverhältnis *und* deren Überschreitung kennt oder sich Letzteres „geradezu aufdrängen musste“, die Berufung auf die fehlende Kenntnis also völlig unglaubwürdig ist.<sup>20</sup> In subjektiver Hinsicht ist die Fallvariante des „Sichaufdrängens“ mit der groben Fahrlässigkeit zumindest vergleichbar.<sup>21</sup> Zusätzlich ist objektiv ein besonders gravierender Pflichtverstoß erforderlich, der für jedermann klar und sofort erkennbar auf der Hand liegen muss („Evidenz“).<sup>22</sup> Nachforschungspflichten oder -obliegenheiten werden zumindest dort abgelehnt, wo die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht gesetzlich garantiert ist, namentlich im Bereich der organschaftlichen Vertretungsmacht des Handels- und Gesellschafts-

rechts.<sup>23</sup> Ein Herabsinken der subjektiven Voraussetzungen, etwa auf das Niveau der einfachen Fahrlässigkeit, stünde mit dem Wortlaut des § 37 Abs. 2 GmbHG ebenso in Widerspruch wie mit den Wertungen aus Art. 9 der EU-Gesellschaftsrechtsrichtlinie.<sup>24</sup> Für Handlungen, die den Unternehmensgegenstand überschreiten, kann nach Art. 9 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie einzelstaatlich die Unwirksamkeit des Handelns des Geschäftsführers vorgesehen werden, wenn „dem Dritten bekannt war, dass die Handlung den Unternehmensgegenstand überschritt, oder dass er darüber nach den Umständen nicht in Unkenntnis sein konnte“.<sup>25</sup> Der BGH scheint sich bedenklich dem Niveau der einfachen Fahrlässigkeit anzunähern, indem er postuliert, den Vertragspartner könne eine Erkundigungsobliegenheit treffen, „etwa“ wenn das „Unternehmen als Ganzes“ veräußert wird oder er erfährt, dass ein „maßgebender“ Gesellschafter mit dem Geschäft nicht einverstanden ist.<sup>26</sup> Wann ein Gesellschafter in diesem Sinne „maßgebend“ ist und wie dessen fehlendes Einverständnis zum Ausdruck kommen muss, bleibt offen. Eine Kenntnis vom Widerspruch des Mitgesellschafters hatte bereits das Berufungsgericht nach umfassender Beweiswürdigung abgelehnt – darauf kann es dem BGH also nicht ankommen. Auch die Maßstäbe für eine Veräußerung des „Unternehmens als Ganzes“, die in diesem Kontext eine Erkundigungsobliegenheit auslösen soll, werden nicht geklärt. Dies irritiert umso mehr, als der BGH die Frage, inwieweit das Betriebsgrundstück das Vermögen der Gesellschaft tatsächlich erschöpft, ausdrücklich dahinstehen lässt.

bb) Im konkreten Fall berücksichtigt der BGH die Besonderheiten des Liquidationsverfahrens nicht in der gebotenen Weise. Mit dem Auflösungsbeschluss (§ 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) wandelt sich die Gesellschaft in eine Abwicklungsgesellschaft um. Wesentliche Aufgabe der Liquidatoren ist es, das Vermögen der Gesellschaft zu versilbern (vgl. § 70 Satz 1 Hs. 1 GmbHG).<sup>27</sup> Dieser „Paradigmenwechsel“ sollte bereits bei der Prüfung der Pflichtwidrigkeit im Innenverhältnis, also der objektiven (Grund-)Voraussetzung für einen Missbrauch der Vertretungsmacht, zumindest aber bei der Prüfung der subjektiven Voraussetzung des „Sichaufdrängens“, berücksichtigt werden.

19 Anders als es die Formulierung in den Entscheidungsgründen des BGH vermuten lässt, hat das Berufungsgericht durchaus erkannt, dass ein Missbrauch der Vertretungsmacht auch bei einem „Sichaufdrängen“ der Pflichtwidrigkeit vorliegen kann (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 29.3.2018, 5 U 18/16, BeckRS 2018, 32334 Rdnr. 24), aus Sicht des BGH aber wohl die anschließende Beweiswürdigung zu sehr auf die positive Kenntnis beschränkt.

20 MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves, 3. Aufl. 2019, § 37 Rdnr. 182.

21 Vgl. BGH, Urteil vom 5.11.2003, VIII ZR 218/01, DStR 2004, 148; MünchKomm-BGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 164 Rdnr. 225; Henssler/Strohn/Oetker, Gesellschaftsrecht, § 37 GmbHG Rdnr. 22; nach a. A. ist allein die objektive Evidenz der Pflichtwidrigkeit entscheidend, vgl. Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 37 Rdnr. 43.

22 OLG Stuttgart, Urteil vom 2.6.1999, 9 U 246/98, NZG 1999, 1009, 1010.

23 BGH, Urteil vom 8.3.1989, IV a ZR 353/87, NJW-RR 1989, 642; OLG Zweibrücken, Urteil vom 13.3.2001, 8 U 91/00, NZG 2001, 763, BeckOK-GmbHG/Wisskirchen/Kuhn, Stand: 1.2.2019, § 37 Rdnr. 5; Henssler/Strohn/Oetker, Gesellschaftsrecht, § 37 GmbHG Rdnr. 22.

24 Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, Abl. EU Nr. L 46 vom 30.6.2017.

25 Vgl. MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves, § 37 Rdnr. 183, wonach die Wertungen aus Art. 9 Abs. 1 UAbs. 2 der EU-Gesellschaftsrechtsrichtlinie über die dort genannten „Überschreitungen des Unternehmensgegenstandes“ auch auf die weiteren Beschränkungen im Binnenverhältnis zu übertragen sind.

26 Vgl. Götze, NZG 2019, 695, 697.

27 Weber, DNotZ 2018, 96, 114; MünchKomm-GmbHG/Berner, 3. Aufl. 2018, § 60 Rdnr. 17.

Anders als bei § 179a AktG, der das Zustimmungserfordernis an den objektiven Umstand der Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens knüpft, besteht eine Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 49 Abs. 2 GmbHG nur, „wenn es im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint“. Bei der werbenden Gesellschaft sind dies insbesondere solche Maßnahmen, die über den statutarischen Unternehmensgegenstand hinausgehen.<sup>28</sup> Zwar bleibt, wie der BGH noch zutreffend feststellt, auch in der aufgelösten Gesellschaft die hierarchische Organisation der GmbH bestehen. Die Gesellschafterversammlung kann Verwertungsvorgaben in einem Liquidationsplan beschließen oder eine Verwertungsanweisung für den Einzelfall erteilen.<sup>29</sup> Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob der Liquidator, sofern derartige Vorgaben fehlen, vor einzelnen Verwertungsmaßnahmen von sich aus verpflichtet ist, eine vorherige Zustimmung der Gesellschafter einzuholen. Dies lehnt die h. M. im Grundsatz ab.<sup>30</sup> Die – auch im Innenverhältnis – selbstständige Veräußerung des Gesellschaftsvermögens durch die Liquidatoren entspricht der Wertung des § 70 Satz 1 Halbsatz 1 GmbHG; sie verwirklicht den Liquidationszweck. Nach wohl überwiegender Meinung im Schrifttum soll dies sogar dann gelten, wenn im Zuge der Abwicklung das Unternehmen als Ganzes veräußert wird.<sup>31</sup> Anders als bei der werbenden Gesellschaft soll ein Zustimmungserfordernis nur noch im Einzelfall bestehen, etwa dann, wenn die Art der Veräußerung von einem ursprünglich gefassten Liquidationsplan abweicht oder aus anderen Gründen Interessen der Gesellschafter offensichtlich berührt sind.<sup>32</sup>

Selbst wenn man der vorgenannten Meinung nicht folgt und eine Zustimmungspflicht bei der Veräußerung wesentlicher Vermögensgegenstände auch im Liquidationsstadium generell bejaht bzw. eine solche zumindest im konkreten Fall aufgrund des für den handelnden Liquidator offenkundigen Widerspruchs des Mitgesellschafters annimmt, hätte der BGH den Umstand, dass die Veräußerung grundsätzlich dem Liquidationszweck entspricht, erkennen und der weiteren Prüfung als Maßstab zugrunde legen müssen. Die Qualität des Befugnismissbrauchs im Innenverhältnis ist nämlich für die Frage der Erkennbarkeit im Außenverhältnis und da-

mit für die subjektive Komponente des Missbrauchs der Vertretungsmacht entscheidend. Dies gilt zumindest für die Fallvariante des „Sichaufdrängens“, für die ein objektiv evidenter und ohne Weiteres erkennbarer Pflichtverstoß gefordert wird.<sup>33</sup> Entspricht hingegen eine Maßnahme dem objektiv erkennbaren Zweck der Gesellschaft, wie hier die Veräußerung von Vermögensgegenständen im Rahmen der Liquidation, wird ein Dritter in aller Regel davon ausgehen dürfen, dass die vertretungsberechtigten Organe auch im Innenverhältnis entsprechend befugt sind.

### 3. Fazit und Praxisfolgen

a) Auch in Zukunft ist ein Gesellschafterbeschluss erforderlich, wenn eine GmbH einen Vermögensgegenstand veräußert, der nahezu ihr gesamtes Vermögen ausmacht. Grundlage ist nicht mehr § 179a AktG analog, sondern § 49 Abs. 2 GmbHG.

b) Für den Beschluss der GmbH nach § 179a AktG analog entsprach es der h. M., dass dieser wie bei der AG beurkundungspflichtig sei.<sup>34</sup> Zur Frage, ob von einer Beurkundung des Beschlusses künftig abgesehen werden kann,<sup>35</sup> äußert sich der BGH nicht explizit. Als verbleibende Grundlage für ein Beurkundungserfordernis wird vereinzelt eine entsprechende Heranziehung von § 53 Abs. 2 GmbHG diskutiert. Dahinter steht die Erwägung, dass die Entscheidung über die Veräußerung wesentlicher Vermögensbestandteile unabhängig von einer Anwendung des § 179a AktG als satzungsdurchbrechende Grundlagenentscheidung einzustufen sei, auf welche die Regelungen über Satzungsänderungen entsprechend anzuwenden seien.<sup>36</sup> Bei der Veräußerung eines Einzelgegenstandes ist eine solche satzungsdurchbrechende Wirkung jedoch zumindest dann abzulehnen, wenn die Veräußerung vom Unternehmensgegenstand noch gedeckt ist oder nur der Vermögensumschichtung dient.<sup>37</sup> Die Tatsache, dass der BGH die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung allein mit der Vorlagepflicht aus § 49 Abs. 2 GmbHG begründet und § 53 Abs. 2 GmbHG mit keinem Wort erwähnt, spricht dafür, dass der BGH im Grundsatz nicht von einer Beurkundungspflicht ausgeht.<sup>38</sup>

c) Für den Beschluss genügt grundsätzlich die einfache Stimmenmehrheit (§ 47 Abs. 1 GmbHG). Erste Äußerungen

28 Vgl. BeckOK-GmbHG/Schindler, § 49 Rdnr. 41.

29 MünchKomm-GmbHG/H.-F. Müller, 3. Aufl. 2018, § 70 Rdnr. 8 m. w. N.

30 MünchKomm-GmbHG/H.-F. Müller, § 70 Rdnr. 16; BeckOK-GmbHG/Lorscheider, § 70 Rdnr. 13; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 70 Rdnr. 8; Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Nerlich, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 70 Rdnr. 27; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Gesell, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 70 Rdnr. 16; Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3/Weitbrecht, 5. Aufl. 2018, § 63 Rdnr. 29.

31 Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 70 Rdnr. 8; ebenso BeckOK-GmbHG/Lorscheider, § 70 Rdnr. 13; und Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3/Weitbrecht, § 63 Rdnr. 29, die jedoch die Einholung eines Zustimmungsbeschlusses zur „Absicherung“ empfehlen; für ein Zustimmungserfordernis im Innenverhältnis dagegen Scholz/Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 70 Rdnr. 12.

32 Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Nerlich, GmbHG, § 70 Rdnr. 27.

33 OLG Stuttgart, Urteil vom 2.6.1999, 9 U 246/98, NZG 1999, 1009, 1010; Roth/Altmeyden/Altmeyden, GmbHG, § 37 Rdnr. 43.

34 Zwar statuiert § 179a AktG kein eigenes Formerfordernis, aufgrund des Verweises auf die Satzungsänderungsvorschriften folgte die h. M. die Beurkundungspflicht für die GmbH jedoch aus § 53 Abs. 2 GmbHG, vgl. Weber, DNotZ 2018, 96, 109 m. w. N.

35 So Vossius, notar 2019, 161, 162; Wachter, BB 2019, 1078, 1079; Götz, NZG 2019, 695, 697; Breschendorf, GWR 2019, 145.

36 So im Zusammenhang mit der besprochenen Entscheidung: Pfeiffer, BB 2019, 1107; ähnlich bereits zuvor Decker, NZG 2018, 447, 448; zu Begriff und Arten der Satzungsdurchbrechung vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 53 Rdnr. 40 ff.

37 von Prittwitz, DStR 2019, 1265, 1268.

38 von Prittwitz, DStR 2019, 1265, 1268; Schulze/Schlütter-Lückel, jurisPR-HaGesR 4/2019, Anm. 1.

in der Literatur machen sich jedoch, in Anlehnung an die für die Aktiengesellschaft geltenden *Holz Müller/Gelatine*-Grundsätze sowie der gesetzgeberischen Wertung aus § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, für eine Dreiviertelmehrheit stark.<sup>39</sup> Hier bleibt abzuwarten, in welche Richtung sich Rechtsprechung und Literatur im Lichte der neuen Entscheidung entwickeln. Besondere Auslegungs-, Veröffentlichungs- und Erläuterungspflichten (wie bei § 179a Abs. 2 AktG) gelten für den Beschluss nicht.

d) Die Missachtung eines nach § 49 Abs. 2 GmbHG erforderlichen Zustimmungsbeschlusses hat keine unmittelbare Außenwirkung. Dennoch sollte das Beschlusserfordernis nicht auf die leichte Schulter genommen werden. Die Schwelle zu einem Missbrauch der Vertretungsmacht scheint nach BGH schnell überschritten, wenn eine Gesellschaft einen Vermögensgegenstand veräußert, der ihr Vermögen im Wesentlichen erschöpft, und nicht alle maßgebenden Gesellschafter an der Veräußerung mitwirken. Ob es sich um eine werbende oder aufgelöste Gesellschaft handelt, spielt dabei aus Sicht des BGH keine Rolle. Bestehen Anhaltspunkte für ein entsprechendes Gesamtvermögensgeschäft, wird der Notar einen – vorsichtshalber mit Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen gefassten – Zustimmungsbeschluss anfordern. Ein bereits vor der Beurkundung privatschriftlich gefasster Beschluss kann als Anlage zur Urkunde genommen werden.<sup>40</sup>

#### 4. Ausblick: Gesamtvermögensgeschäfte von Personengesellschaften

Die Entscheidung gibt Anlass, die vom BGH im Jahr 1995 ausdrücklich bejahte Erstreckung des § 179a AktG auf das Personengesellschaftsrecht kritisch zu hinterfragen. Die seinerzeit vom Gericht gegebene Begründung beschränkt sich auf den allgemeinen „Rechtsgedanken“, der durch die Norm angeblich verkörpert werde.<sup>41</sup> In seiner neuen Entscheidung verpasst der BGH die Gelegenheit, sich obiter dictum von seiner alten Rechtsauffassung loszusagen. Dabei erscheint ein Festhalten an der analogen Anwendung von § 179a AktG auf Personengesellschaften im Lichte der aktuellen Entscheidung nahezu widersprüchlich. Die Argumente, die der Senat gegen eine Anwendung des § 179a AktG auf die GmbH anführt, lassen sich weitgehend uneingeschränkt, in Teilen sogar „erst recht“, auf Personengesellschaften übertragen. Personengesellschaften sind im Vergleich zur GmbH noch personalistischer strukturiert. Angesichts des zwingenden Prinzips der Selbstorganschaft bestimmen von vornherein die Gesellschafter die Geschicke der Gesellschaft; eine Fremdgeschäftsführung ist ausgeschlossen.<sup>42</sup> Eine zu den Aktionären vergleichbare Schutzbedürftigkeit

ließe sich allenfalls für die von der Geschäftsleitung ausgeschlossenen Kommanditisten (§§ 164, 170 HGB) vertreten. Andererseits sehen die §§ 164, 161 Abs. 2, §§ 114 ff. HGB ein nach der Bedeutung des Geschäfts abgestuftes System der Geschäftsführungszuständigkeiten vor, welches bei außergewöhnlichen (§ 164 Hs. 2, § 116 Abs. 2 HGB) oder gar Grundlagengeschäften einen auch die nichtgeschäftsführenden Gesellschafter einschließenden Gesellschafterbeschluss erfordert.<sup>43</sup> Auch ist zu berücksichtigen, dass die Kompetenzverteilung im Personengesellschaftsrecht weitgehend der Vertragsfreiheit unterliegt, wohingegen im Aktienrecht Satzungsstrenge gilt.<sup>44</sup>

Solange die höchstrichterliche Klärung aussteht, wird die Gestaltungspraxis weiter von der Anwendbarkeit des § 179a AktG auf Personengesellschaften ausgehen müssen.<sup>45</sup> Da § 179a AktG für die AG auf die Satzungsänderungsvorschriften verweist, ist bei einer Personengesellschaft sinngemäß das Verfahren einer Änderung des Gesellschaftsvertrages einzuhalten, namentlich ein einstimmiger Beschluss zu fassen (§ 119 Abs. 1, § 164 Satz 1 Hs. 2 HGB), sofern der Gesellschaftsvertrag kein abweichendes Mehrheitserfordernis festlegt. Da Änderungen des Gesellschaftsvertrages formfrei möglich sind, entspricht es einhelliger Meinung, dass der Zustimmungsbeschluss bei der Personengesellschaft nicht beurkundungsbedürftig ist.<sup>46</sup> Dies hat das OLG Düsseldorf mittlerweile bestätigt.<sup>47</sup>

43 Götze, NZG 2019, 695, 696.

44 Vgl. Vossius, notar 2019, 161, 162, mit dem Hinweis, dass die Kontrollrechte der Kommanditisten gesellschaftsvertraglich nicht selten durch Verweisung auf § 51a GmbHG ausgestaltet sind.

45 So auch die bisher h. M., vgl. Weber, DNotZ 2018, 96, 114; Fink/Chilevych, NZG 2017, 1254; Hüren, RNotZ 2014, 77, 88 f.; Krauß, notar 2017, 312, 313; K. Schmidt, ZGR 1995, 675, 679 ff.; MünchKomm-AktG/Stein, § 179a Rdnr. 14.

46 OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.11.2017, I-6 U 225/16, RNotZ 2018, 191, 203; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 313; Burmeister/Schmidt-Hern, NZG 2016, 580, 581 f.; Fink/Chilevych, NZG 2017, 1254, 1255; Hölter/Haberstock/Greitemann, AktG, 3. Aufl. 2017, § 179a Rdnr. 3b; Hüren, RNotZ 2014, 77, 90; Krauß, notar 2017, 312, 313; Leitzen, NZG 2012, 491, 494; Stellmann/Stoockle, WM 2011, 1983, 1987; soweit hinsichtlich des Beurkundungserfordernisses auf eine abweichende Auffassung von Hermanns, DNotZ 2013, 9, 12 verwiesen wird, geht dieser Verweis ins Leere, da Hermanns keine eigene Auffassung vertritt, sondern seinerseits auf eine – für Personengesellschaften – nicht existierende „überwiegende Meinung“ verweist, vgl. dazu Weber, DNotZ 2018, 96, 124.

47 OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.11.2017, I-6 U 225/16, RNotZ 2018, 191, 203; nach kostenrechtlicher Rechtsprechung stellt die notarielle Beurkundung mangels höchstrichterlicher Klärung jedoch keine unrichtige Sachbehandlung i.S.d. § 21 Abs. 1 GNotKG dar, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.2015, I-10 W 120/15, NZG 2016, 589; LG Düsseldorf, Beschluss vom 4.4.2016 – 25 T 697/14, BeckRS 2016, 06653.

39 Heinze, NJW 2019, 1995, 1996; von Prittwitz, DStR 2019, 1265, 1269.

40 Vgl. Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 315.

41 BGH, Urteil vom 9.1.1995, II ZR 24/94, DNotZ 1995, 961; daran anschließend, Urteil vom 16.12.2004, III ZR 119/04, NJW 2005, 753; LG Düsseldorf, Urteil vom 11.11.2016, 39 O 3/16, NZG 2017, 1260, 1262; OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.11.2017, I-6 U 225/16, RNotZ 2018, 191, 199.

42 Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 304.

## 20. Legitimationswirkung der Gesellschafterliste nach Einziehung eines Geschäftsanteils

BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17 (Vorinstanz: OLG Köln, Urteil vom 15.12.2016, 18 U 58/16)

*GmbHG § 16 Abs. 1 Satz 1, § 47 Abs. 4, § 48*

### LEITSÄTZE:

1. Die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG greift auch bei eingezogenen Geschäftsanteilen.
2. Allein die unberechtigte, weil nicht satzungsgemäße Übernahme der Versammlungsleitung als solche stellt bei der GmbH keinen relevanten Verfahrensmangel dar, der zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit sämtlicher unter dieser Versammlungsleitung gefassten Beschlüsse führt. Vielmehr bedarf es hierfür auch in diesem Fall eines für die Beschlussfassung ursächlichen oder relevanten Durchführungsfehlers bei der Versammlungsleitung.

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 541.

## 21. Widerspruch und Treupflichtwidrigkeit eines geschäftsführenden Gesellschafters

BGH, Urteil vom 11.9.2018, II ZR 307/16 (Vorinstanz: OLG Celle, Urteil vom 9.11.2016, 9 U 38/16)

*BGB §§ 34, 712 Abs. 1, §§ 715, 737 Satz 2 GmbH § 47 Abs. 4 Satz 1 HGB §§ 109, 161 Abs. 2, § 163*

### LEITSATZ:

Eine im Gesellschaftsvertrag einer Publikumspersonengesellschaft vereinbarte Mehrheitsklausel, die unter dem Vorbehalt abweichender gesetzlicher Bestimmungen steht, ist typischerweise dahin auszulegen, dass die Mehrheitsklausel dispositiven gesetzlichen Regelungen vorgeht.

### SACHVERHALT:

1 Die Klägerin ist Kommanditistin der beklagten Publikumskommanditgesellschaft mit einer Einlage von 20.000 DM. Ihr Ehemann, Prof. Dr. H, und J bilden den Beirat der Beklagten. Zugunsten von Prof. Dr. H und J bestehen Stimmrechtsvollmachten weiterer Kommanditisten, die insgesamt mehr als 50 % der Stimmen in der Gesellschafterversammlung ausmachen.

2 Der Gesellschaftsvertrag (nachfolgend: GV) der Beklagten enthält für Gesellschafterbeschlüsse in § 8 u. a. folgende Regelungen:

„(1) Die Gesellschafter fassen ihre Beschlüsse in der Gesellschafterversammlung oder auf schriftlichem Wege.“

(...)

(3) Die Gesellschafterversammlung beschließt nach Maßgabe dieses Vertrages über alle Angelegenheiten der Gesellschaft. Sie beschließt insbesondere über: (...)

c) Maßnahmen der Geschäftsführung gemäß § 6 (4); (...)

(9) Die Gesellschafterversammlung fasst ihre Beschlüsse mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen, sofern nicht gesetzliche Regelungen oder dieser Gesellschaftsvertrag andere Mehrheitserfordernisse vorsehen. Die Beschlussfassung über die Änderung des Gesellschaftsvertrages oder die Auflösung der Gesellschaft bedarf einer Mehrheit von 75 % der Stimmen.“

3 § 6 des Gesellschaftsvertrags regelt die Geschäftsführung und Vertretung der Beklagten; Abs. 4 hat auszugsweise folgenden Wortlaut:

„Die persönlich haftende Gesellschafterin bedarf zu folgenden Rechtsgeschäften und Maßnahmen der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung:

(...)

c) Rechtshandlungen und Maßnahmen, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft erheblich hinausgehen und für die Gesellschaft von besonderer Bedeutung sind. (...).“

4 Im Jahr 2010 betrieb der Beirat den Austausch der Komplementärin der Beklagten durch die W R GmbH, der im Ergebnis scheiterte. Am 17.9.2010 beschloss die Gesellschafterversammlung, der W R GmbH ihre im Zusammenhang mit dieser Gesellschafterversammlung entstandenen und noch entstehenden Rechtsberatungs- und Gerichtskosten gegen Nachweis bis zur Höhe von 10.000 € zu erstatten. Eine entsprechende Zahlung erhielt die W R GmbH am 23.5.2011.

5 Am 30.9.2011 beschloss die Gesellschafterversammlung, gegen Nachweis die Hälfte der 10.000 € übersteigenden Kosten der W R GmbH (Rechtsanwalts- und Gerichtskosten sowie Kostenerstattungsansprüche der Gegenseite) im Zusammenhang mit den Gesellschafterversammlungen vom 17.9.2010 und 28.4.2011 zu tragen. Da sich die Komplementärin der Beklagten weigerte, die von der W R GmbH auch gerichtlich geltend gemachten 62.083,24 € zu zahlen, wurde in einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung vom 26.3.2015 unter TOP 2 über folgende Anträge abgestimmt:

„1. Die Gesellschafterversammlung beschließt, der WR GmbH die Hälfte der ihr entstandenen Vorbereitungs- und Prozesskosten (Anwalts- und Gerichtskosten sowie Kostenerstattungsansprüche der Gegenseite) im Zusammenhang mit den Beschlussfassungen der Gesellschafterversammlungen vom 17.9.2010 und vom 28.4.2011 zu erstatten, soweit sie 10.000 Euro übersteigen.

2. Die Gesellschafterversammlung beschließt, den Widerspruch gegen den auf Antrag W R GmbH ergangenen Mahnbescheid des AG Hagen vom 6.1.2015 über 62.477,37 Euro einschließlich Kosten und Zinsen zurückzunehmen und keinen Prozess mit der W R GmbH über die Kostenerstattung zu führen.

3. Die Gesellschafterversammlung beschließt, der W R GmbH den von ihr geltend gemachten Betrag in Höhe von 62.477,37 Euro auszuführen.“

6 Der Geschäftsführer der Komplementärin stellte als Versammlungsleiter fest, dass diese Beschlüsse bei 241 Ja-Stimmen, 435 Nein-Stimmen und 531 Enthaltungen nicht zustande gekommen seien. Diese Feststellung beruhte auf einer Stimmzählung, die die von Prof. Dr. H und J abgegebenen Stimmen unberücksichtigt ließ. Das Protokoll weist weiter aus, dass sich mit den über den Beirat abgegebenen Stimmen 769 Ja-Stimmen, 435 Nein-Stimmen und 3 Enthaltungen ergeben würden.

7 Die Klägerin ficht die Ablehnung der Beschlussanträge an und begehrt die Feststellung, dass ein Beschluss antragsgemäß gefasst worden sei. Darüber hinaus erstrebt sie die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 62.083,24 € nebst Zinsen an die W R GmbH. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

**AUS DEN GRÜNDEN:**

**8** Die Revision hat teilweise Erfolg. Insoweit führt sie zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

**9 I.** Das Berufungsgericht (OLG Celle, NZG 2017, 418) hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Für den Beschluss über die Anweisung der Geschäftsführung zu einer (weiteren) Auszahlung an die W R GmbH habe es der Zustimmung aller Kommanditisten bedurft, die bei außergewöhnlichen Geschäften zur Mitwirkung an der Geschäftsführung berechtigt seien. Ein außergewöhnliches Geschäft liege vor, weil aus den Mitteln der Gesellschaft Leistungen in erheblicher Höhe hätten erbracht werden sollen, die mit dem Geschäftsbetrieb nicht in Zusammenhang stünden und der Gesellschaft auch keinen Vorteil gebracht hätten. Der Gesellschaftsvertrag enthalte keine von § 116 Abs. 2 HGB abweichende Regelung. Der Wortlaut der Satzung biete für eine solche Auslegung keinen Anhaltspunkt; diese sei auch nicht interessengerecht. Überdies habe das LG zu Recht ein Stimmverbot der Klägerin und der Beiratsmitglieder – auch soweit diese als Vertreter weiterer Kommanditisten gehandelt hätten – angenommen. Ein Teil der von der W R GmbH geltend gemachten Aufwendungen seien solche, die von dieser der Klägerin bzw. der Ehegattin von J für die verlorenen Prozesse im Zusammenhang mit dem gescheiterten Komplementärwechsel erstattet oder direkt an die jeweiligen Gläubiger gezahlt worden seien. Der Ausschluss vom Stimmrecht erstreckte sich auch auf die Ehemänner der Begünstigten. Insoweit genüge zwar nicht jedweder Interessenkonflikt, so dass die Verfolgung eigener Interessen bzw. die Interessen der Ehefrau ggf. noch nicht genügend sei. Es komme aber hinzu, dass die vom Beirat favorisierte großzügige Bereitstellung von Mitteln der Gesellschaft zugunsten der W R GmbH die Kooperation über den seinerzeit angestrebten Führungswechsel hinaus hätte möglich machen sollen, wodurch sich der Beirat die eigenen Interessen folgenden Bestrebungen der W R GmbH letztlich zu eigen gemacht habe. Die Beiratsmitglieder seien ferner deshalb vom Stimmrecht ausgeschlossen, weil im Innenverhältnis tatsächlich die Ehemänner die Klageaufträge für ihre Frauen erteilt hätten und deswegen hinsichtlich der verlorenen Prozesse unmittelbar selbst betroffen seien.

**10** Die Zahlungsklage sei schon deswegen unbegründet, weil der Erstattungsbeschluss nicht wirksam gefasst worden sei.

**11 II.** Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht in allen Punkten stand.

**12 1.** Nach den Feststellungen des LG, auf die sich das Berufungsgericht bezieht, gilt für die Beklagte das kapitalgesellschaftsrechtliche System, nach dem Beschlussmängelstreitigkeiten zwischen dem eine Beschlussfassung beanstandenden Gesellschafter und der Gesellschaft auszutragen sind (vgl. BGH, Urteil vom 24.3.2003, II ZR 4/01, ZIP 2003, 843, 844; Urteil vom 1.3.2011, II ZR 83/09, ZIP 2011, 806 Rdnr. 19). Hiervon ist das Berufungsgericht unausgesprochen ausgegangen, ohne dass die Revisionsbeklagte hiergegen etwas erinnert.

**13 2.** Die Annahme des Berufungsgerichts, der Versammlungsleiter habe zu Recht die Ablehnung der Anträge zu TOP

2 festgestellt, weil eine positive Beschlussfassung der Zustimmung aller Gesellschafter bedurft hätte, ist rechtsfehlerhaft.

**14 a)** Das Berufungsgericht hat im Ausgangspunkt zutreffend erkannt, dass die gesetzlichen Vorschriften über die Beteiligung der Kommanditisten an Maßnahmen der Geschäftsführung nach §§ 164, 161 Abs. 1, § 116 HGB, wie sich aus §§ 109, 161 Abs. 2, § 163 HGB ergibt, durch den Gesellschaftsvertrag geändert werden können (BGH, Urteil vom 13.1.1954, II ZR 6/53, BB 1954, 143; Beschluss vom 24.7.2012, II ZR 185/10, ZIP 2013, 366 Rdnr. 3).

**15 b)** Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen indes schon die Annahme eines zustimmungsbedürftigen Geschäfts nicht. Es hat die Frage, ob die Zustimmung aller Gesellschafter für eine Beschlussfassung erforderlich ist, unzutreffend an § 161 Abs. 2, § 116 Abs. 2 HGB gemessen. Das Berufungsgericht hat dabei übersehen, dass § 8 Abs. 3 c) und § 6 Abs. 4 c) GV eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Bestimmung über das Zustimmungserfordernis der Gesellschafter für Maßnahmen der Geschäftsführung enthält. Nach dieser Bestimmung bedürfen nur Rechtshandlungen und Maßnahmen, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft erheblich hinausgehen und für die Gesellschaft von besonderer Bedeutung sind, der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Die gesellschaftsvertragliche Regelung sieht damit von §§ 164, 161 Abs. 1, § 116 HGB abweichende Voraussetzungen für die Mitwirkung an Geschäftsleitungsmaßnahmen vor, die das Berufungsgericht seiner Prüfung indes nicht zugrunde gelegt hat. Es hat weder geprüft, ob das betreffende Geschäft erheblich über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgeht noch, ob es für die Gesellschaft von besonderer Bedeutung war.

**16 c)** Einer rechtlichen Prüfung ebenfalls nicht stand hält die Annahme des Berufungsgerichts, ein einer Geschäftsleitungsmaßnahme zustimmender Beschluss bedürfe nicht einer einfachen Mehrheit gemäß § 8 Abs. 9 Satz 1 GV, sondern eine Zustimmung müsse gemäß § 161 Abs. 2, § 116 Abs. 2 HGB durch alle Gesellschafter erfolgen. Das Berufungsgericht hat die Reichweite einer im Gesellschaftsvertrag einer Publikumsgesellschaft vereinbarten Mehrheitsklausel verkannt.

**17 aa)** Der Gesellschaftsvertrag einer Publikumsgesellschaft ist objektiv auszulegen. Diese Auslegung kann der Senat selbstständig vornehmen (BGH, Urteil vom 19.3.2007, II ZR 73/06, ZIP 2007, 812 Rdnr. 8; Urteil vom 11.1.2011, II ZR 187/09, ZIP 2011, 322 Rdnr. 12; Urteil vom 15.11.2011, II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rdnr. 17). Bei einer von dem – grundsätzlich dispositiven – gesetzlichen Einstimmigkeitsprinzip (§ 709 Abs. 1 BGB, § 119 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB) abweichenden Verankerung der Mehrheitsmacht im Gesellschaftsvertrag ist zunächst, ggf. durch Auslegung des Gesellschaftsvertrags, zu prüfen, ob der betreffende Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen ist (BGH, Urteil vom 15.1.2007, II ZR 245/05, BGHZ 170, 283 Rdnr. 10 – Otto). Bei dieser Prüfung geht es nur um die formelle Legitimation für Mehrheitsentscheidungen auf der Grundlage einer Mehrheitsklausel, die als solche eine wertneutrale Verfahrensregel ist, deren Vor- und Nachteile allen Gesellschaftern von Fall zu Fall zugutekommen können (BGH, Urteil vom 24.11.2008, II ZR 116/08, BGHZ 179, 13 Rdnr. 16 – Schutzgemeinschaftsvertrag II;

Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, BGHZ 203, 77 Rdnr. 12). Bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags ist der frühere Bestimmtheitsgrundsatz auch nicht in Gestalt einer Auslegungsregel des Inhalts zu berücksichtigen, dass allgemeine Mehrheitsklauseln restriktiv auszulegen sind oder Beschlussgegenstände, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen oder ungewöhnliche Geschäfte beinhalten, jedenfalls von allgemeinen Mehrheitsklauseln, die außerhalb eines konkreten Anlasses vereinbart wurden, regelmäßig nicht erfasst werden. Eine solche Auslegungsregel findet im Gesetz keine Stütze (BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, BGHZ 203, 77 Rdnr. 14). Diese Grundsätze gelten entsprechend für die Frage, ob das Zustimmungserfordernis sämtlicher Gesellschafter gemäß § 161 Abs. 2, § 116 Abs. 2 HGB durch eine allgemeine Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag abgedungen wurde (vgl. Oetker/Oetker, HGB, 5. Aufl., § 164 Rdnr. 23). Für Publikumspersonengesellschaften hat der Senat bereits früher angenommen, dass der Bestimmtheitsgrundsatz keine Anwendung findet und in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass bei solchen Gesellschaften offensichtlich die Notwendigkeit besteht, den Gesellschaftsvertrag durch Mehrheitsbeschluss ändern zu können (BGH, Urteil vom 13.3.1978, II ZR 63/77, BGHZ 71, 53, 58).

**18 bb)** Die Auslegung von § 8 Abs. 9 Satz 1 GV durch das Berufungsgericht ist hiervon ausgehend rechtsfehlerhaft. Sie haftet zu eng am Wortlaut der Vertragsbestimmung, ohne ihren gesamten Regelungsgehalt, Kontext sowie ihren Sinn und Zweck in den Blick zu nehmen. Überdies berücksichtigt das Berufungsgericht bei seiner Auslegung in einer mit den oben beschriebenen Grundsätzen nicht in Einklang stehenden Weise die materielle Bedeutung des Beschlussgegenstands für die Bestimmung der Reichweite der Mehrheitsklausel.

**19 (1)** Mit der Formulierung, eine einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen genüge für eine Beschlussfassung, „sofern nicht gesetzliche Regelungen (...) andere Mehrheitserfordernisse vorsehen“, würde, wie die Revision mit Recht erinnert, die Klausel bei einer wörtlichen Auslegung, die auch dispositive gesetzliche Regelungen als der gesellschaftsvertraglichen Mehrheitsklausel vorrangig behandelt, keinen sinnvollen Anwendungsbereich haben, weil § 119 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB als dispositive Regelung allgemein ein Einstimmigkeitserfordernis für Gesellschafterbeschlüsse vorsieht. Nach allgemeiner Lebenserfahrung ist aber davon auszugehen, dass eine vertragliche Bestimmung nach dem Willen der Parteien einen bestimmten, rechtserheblichen Inhalt haben soll. Deshalb ist einer Auslegung der Vorzug zu geben, bei welcher der Vertragsbestimmung eine tatsächliche Bedeutung zukommt, wenn sich diese Regelung ansonsten als ganz oder teilweise sinnlos erweisen würde (BGH, Urteil vom 23.4.2002, XI ZR 136/01, ZIP 2002, 1155, 1157; Urteil vom 7.3.2005, II ZR 194/03, ZIP 2005, 1068, 1070). Schon dieser Gesichtspunkt legt nahe, die Mehrheitsklausel dahin auszulegen, dass lediglich zwingende gesetzliche Regelungen unberührt bleiben sollten.

**20 (2)** Die Verhältnisse der Gesellschafter untereinander richten sich in der Kommanditgesellschaft gemäß §§ 109, 161 Abs. 2, § 163 HGB in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag. Dieser Vorrang gilt für das in § 119 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB vorgesehene Einstimmigkeitsprinzip ebenso wie für ein

Zustimmungserfordernis nach § 116 Abs. 2, § 161 Abs. 2 HGB. Die dispositive gesetzliche Regelung kommt entsprechend nur dann zur Anwendung, wenn sich im Wege der Auslegung eine abweichende Vereinbarung der Gesellschafter nicht feststellen lässt (BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, BGHZ 203, 77 Rdnr. 15). Hieran anknüpfend hat der Senat eine unter dem Vorbehalt abweichender gesetzlicher Bestimmungen stehende allgemeine Mehrheitsklausel so verstanden, dass diese den dispositiven gesetzlichen Regelungen vorgeht (BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, BGHZ 203, 77 Rdnr. 3, 20).

**21 (3)** Die Regelung in § 8 Abs. 9 Satz 2 GV spricht ebenfalls gegen die Auslegung des Berufungsgerichts. Es wäre widersprüchlich, wenn – wie es diese Bestimmung vorsieht – eine Beschlussfassung über die Änderung des Gesellschaftsvertrags oder die Auflösung der Gesellschaft mit 75 % der Stimmen erfolgen müsste, die Vornahme eines einzelnen (bedeutenden) Geschäfts, oder gar sämtliche Beschlussfassungen im Übrigen, dagegen von einem einzelnen Gesellschafter verhindert werden könnten.

**22** Eine Abweichung vom Einstimmigkeitserfordernis gemäß § 116 Abs. 2 HGB legt auch § 6 Abs. 4 GV nahe. Die Bestimmung sieht die Zustimmung der Gesellschafterversammlung für die dort genannten Rechtsgeschäfte und Maßnahmen vor, die nach den für diese geltenden Regelungen zur Willensbildung (Beschlussfähigkeit und Mehrheitserfordernis) zu erteilen ist.

**23 (4)** Die Revision weist auch zu Recht darauf hin, dass das Mehrheitsprinzip bei der Publikumsgesellschaft interessengerecht ist, weil bei ihr eine geschlossene Beteiligung an der Gesellschafterversammlung praktisch nicht erreicht werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 12.5.1977, II ZR 89/75, BGHZ 69, 160, 166 f.; Urteil vom 13.3.1978, II ZR 63/77, BGHZ 71, 53, 58; Urteil vom 15.11.1982, II ZR 62/82, BGHZ 85, 350, 356; Urteil vom 19.11.1984, II ZR 102/84, WM 1985, 256, 257). Soweit das Berufungsgericht demgegenüber meint, eine solche Auslegung sei nicht interessengerecht, weil sie bei geringster Beteiligung an einer Versammlung größtmögliche Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen erlaube, verkennt es bereits, dass die Mehrheitsklausel für sich genommen als Verfahrensregel wertneutral ist. Die Erwägung ist überdies sachlich unrichtig, weil die Mehrheitsklausel für sich betrachtet keine Eingriffsmöglichkeiten bei geringster Beteiligung an einer Versammlung ermöglicht. Die Mindestbeteiligung an der Willensbildung der Gesellschafter ist vielmehr in erster Linie eine Frage der Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung. Schließlich bezieht das Berufungsgericht mit seiner Argumentation in unzulässiger Weise die materielle Bedeutung des Beschlussgegenstands in die Auslegung ein.

**24 3.** Die Entscheidung kann auch nicht mit der weiteren vom Berufungsgericht gegebenen Begründung aufrecht erhalten werden, dass der angefochtene Beschluss nicht mit der erforderlichen Mehrheit gefasst worden sei, weil die Beiratsmitglieder als Vertreter von Kommanditisten einem Stimmverbot unterlegen hätten.

**25 a)** Das Berufungsgericht nimmt rechtsfehlerhaft an, die Mitglieder des Beirats hätten einem Stimmverbot unterlegen, weil ein Teil der von der W R GmbH geforderten Aufwendungen

solche seien, die der Klägerin bzw. der Ehefrau J für die verlorenen Prozesse im Zusammenhang mit dem gescheiterten Komplementärwechsel erstattet bzw. an deren Gläubiger entrichtet worden seien.

**26 aa)** Bei Beschlussfassungen der Gesellschafter über die Entlastung eines Gesellschafters, die Einleitung eines Rechtsstreits oder die außergerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen gegen einen Gesellschafter sowie die Befreiung eines Gesellschafters von einer Verbindlichkeit unterliegt der betroffene Gesellschafter auch im Personengesellschaftsrecht einem Stimmverbot. Dem liegt der allgemein geltende Grundsatz (vgl. § 712 Abs. 1, §§ 715, 737 Satz 2, § 34 BGB, § 47 Abs. 4 Satz 1 Alt. 1 und Satz 2 Alt. 2 GmbHG, § 43 Abs. 6 GenG, § 136 Abs. 1 Satz 1 AktG) zugrunde, dass niemand Richter in eigener Sache sein darf (BGH, Urteil vom 7.2.2012, II ZR 230/09, ZIP 2012, 917 Rdnr. 16 m. w. N.). Ein irgendwie gearteter Konflikt zwischen den außergesellschaftlichen Interessen des Gesellschafters und denen der Gesellschaft genügt für die Annahme eines Stimmverbots nicht (für § 47 Abs. 4 GmbHG: BGH, Urteil vom 20.6.1986, II ZR 73/85, BGHZ 97, 28, 33).

**27** Ein Stimmverbot, dem ein Gesellschafter unterliegt, erstreckt sich nicht ohne Weiteres auf seinen Ehegatten (BGH, Urteil vom 16.2.1981, II ZR 168/79, BGHZ 80, 69, 71; Urteil vom 13.1.2003, II ZR 227/00, BGHZ 153, 285, 291 f.). Ebenso kann ein Stimmverbot für einen Gesellschafter nicht allein aus dem Näheverhältnis zu seinem Ehegatten hergeleitet werden, da nicht typischerweise davon ausgegangen werden kann, dass Ehegatten den Interessen des jeweils anderen oder ggf. dadurch vermittelten eigenen (privaten) Interessen stets den Vorzug vor den Interessen der Gesellschaft geben (BGH, Urteil vom 7.2.2012, II ZR 230/09, ZIP 2012, 917 Rdnr. 34).

**28 bb)** Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht im Streitfall nicht im vollen Umfang berücksichtigt. Es nimmt allerdings im Ausgangspunkt zutreffend an, dass ein Verfolgen eigener Interessen bzw. derjenigen der Ehefrau, auch wenn dies mit Nachdruck geschieht, einen Stimmrechtsausschluss im Hinblick auf dessen einschneidende Wirkungen nicht zu rechtfertigen vermag. Die weitere Erwägung, die Beiratsmitglieder hätten sich die „eigenen Interessen folgenden Bestrebungen“ der von der Beschlussfassung unmittelbar betroffenen W R GmbH „zu eigen gemacht“, beschreibt keinen Sachverhalt, aus dem sich ein Stimmverbot ableiten lässt. Sie lässt sich nicht mit dem vom Berufungsgericht herangezogenen Argument konkretisieren, die Bereitstellung von Mitteln zugunsten der W R GmbH habe eine Kooperation über den seinerzeit erstrebten Führungswechsel hinaus möglich machen sollen. Dieses Argument zielt letztlich ebenfalls nur auf die Gleichrichtung der Interessen, was für ein Richter in eigener Sache jedoch nicht genügt und einem solchen auch nicht gleichzustellen ist, zumal das Berufungsgericht festgestellt hat, dass zum Zeitpunkt der Beschlussfassung im Jahr 2015 nichts mehr dafür ersichtlich gewesen sei, dass die W R GmbH tatsächlich noch Geschäftsführerin hätte werden können.

**29 b)** Das Berufungsurteil hält auch mit der Begründung einer rechtlichen Überprüfung nicht stand, die Beiratsmitglieder seien deswegen (auch für Dritte) vom Stimmrecht ausgeschlossen gewesen, weil sie im Hinblick darauf, dass sie den

Klageauftrag im Innenverhältnis erteilt hätten, nicht besser stünden als ihre Ehefrauen.

(...)

**31 bb)** Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen indes nicht seine Schlussfolgerung, die Beiratsmitglieder seien von der Beschlussfassung unmittelbar betroffen, weil diese sie von einer Verbindlichkeit befreie. Ein Stimmverbot entsprechend § 47 Abs. 4 Satz 1 Fall 2 GmbHG greift nur, wenn Schuldner der Verbindlichkeit, von der befreit werden soll, der Gesellschafter oder eine mit diesem verbundene Gesellschaft ist (MünchKomm-GmbHG/Drescher, 2. Aufl., § 47 Rdnr. 151). Danach kann – ungeachtet der Frage, ob eine mittelbare Befreiung überhaupt unter das Stimmverbot fällt (verneinend MünchKomm-GmbHG/Drescher, § 47 Rdnr. 149; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl., § 47 Rdnr. 79; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl., § 47 Rdnr. 46) – ein Stimmverbot nicht unabhängig davon angenommen werden, ob eine Verbindlichkeit der Beiratsmitglieder wegfällt, wenn die Forderung der W R GmbH erfüllt wird. Hierzu hat das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht geltend macht, keine Feststellungen getroffen. Diesen lässt sich nicht entnehmen, dass die Beiratsmitglieder mit der Erstattung der Aufwendungen an die W R GmbH von einer Verbindlichkeit befreit würden.

**32 4.** Den Zahlungsantrag der Klägerin hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Im Hinblick auf die dargestellten Rechtsfehler hat zwar die Abweisung des Zahlungsantrags mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung keinen Bestand, weil es diese darauf gestützt hat, dass ein Erstattungsbeschluss nicht wirksam gefasst worden sei. Die Entscheidung erweist sich in diesem Punkt jedoch aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Die Klägerin kann auch für den Fall, dass ein wirksamer Gesellschafterbeschluss über die Erstattung von Aufwendungen an die W R GmbH gefasst worden sein sollte, hieraus keinen gegen die Gesellschaft gerichteten Zahlungsanspruch zugunsten der W R GmbH herleiten. Die Ausführung eines außergewöhnlichen Geschäfts, dem die Gesellschafter zugestimmt haben, obliegt dem geschäftsführenden Gesellschafter (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Drescher, HGB, 3. Aufl., § 116 Rdnr. 15; Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl., § 116 Rdnr. 23; MünchKomm-HGB/Jickeli, 4. Aufl., § 116 Rdnr. 43). Der Kommanditist kann den geschäftsführenden Gesellschafter im Wege der actio pro socio zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung seiner Geschäftsführungspflichten anhalten (Oetker/Oetker, HGB, § 164 Rdnr. 61; Staub/Casper, HGB, § 164 Rdnr. 52). Hieraus folgt aber nicht, dass der Gesellschafter im Wege der Klage gegen die Gesellschaft einen Titel zugunsten eines von einem Gesellschafterbeschluss begünstigten Dritten schaffen kann.

**33 III.** Das Berufungsurteil ist daher in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO), damit es die zur Beurteilung der Begründetheit der Klage erforderlichen Feststellungen treffen kann. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

**34 1.** Der Gesellschafterversammlung kommt im Streitfall nach dem Gesellschaftsvertrag ungeachtet der Frage, ob von einem

außergewöhnlichen Geschäft nach § 6 Abs. 4 c) des Gesellschaftsvertrags auszugehen ist, eine Beschlusskompetenz zu. Die Gesellschafterversammlung beschließt nach § 8 Abs. 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags über alle Angelegenheiten der Gesellschaft. Damit ist es ihr nach der konkreten Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags auch eröffnet, der Geschäftsführung Weisungen in Angelegenheiten der Geschäftsführung zu erteilen (vgl. BGH, Urteil vom 9.12.1968, II ZR 33/67, BGHZ 51, 198, 201 f.; Oetker/Oetker, HGB, § 164 Rdnr. 45 f.; Staub/Casper, HGB, § 164 Rdnr. 44 f.). Soweit durch § 8 Abs. 3 Satz 2 c), § 6 Abs. 4 c) GV bestimmte Maßnahmen der Geschäftsführung einem Zustimmungserfordernis unterliegen, werden damit nur diejenigen Maßnahmen benannt, bei denen die Geschäftsführung eine Entscheidung der Gesellschaft über die Zustimmung herbeiführen muss.

**35 2.** Sollte das Berufungsgericht im wiedereröffneten Verfahren feststellen, dass nach den vorstehend dargestellten Grundsätzen nicht davon auszugehen ist, dass die Mitglieder des Beirats einem Stimmverbot unterlegen haben, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob die Stimmabgabe der Mitglieder des Beirats bezogen auf den Einzelfall treupflichtwidrig war (BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, BGHZ 203, 77 Rdnr. 12 f.; Urteil vom 7.2.2012, II ZR 230/09, ZIP 2012, 917 Rdnr. 34). Die Gesellschafter unterliegen bei einer die Ausübung des Weisungsrechts gegenüber dem geschäftsführenden Gesellschafter betreffenden Beschluss einer gesteigerten Treupflicht, nach der das Stimmrecht unter Wahrung der Interessen der Gesellschaft uneigennützig zu erfolgen hat (*Konzen*, NJW 1989, 2977, 2983; Oetker/Oetker, HGB, § 164 Rdnr. 46; Staub/Casper, HGB, § 164 Rdnr. 45; Staub/Schäfer, HGB, § 105 Rdnr. 230).

**36** Ob ein darüber hinausgehendes Widerspruchsrecht des geschäftsführenden Gesellschafters bei außergewöhnlichen Geschäften entsprechend § 116 Abs. 2 BGB anzuerkennen ist, bedarf im vorliegenden Fall keiner grundsätzlichen Entscheidung (für die Möglichkeit einer umfassenden Beschränkungsmöglichkeit der Geschäftsführungsbefugnisse: BGH, Urteil vom 27.6.1955, II ZR 232/54, BGHZ 17, 392, 394; Urteil vom 9.12.1968, II ZR 33/67, BGHZ 51, 198, 201; Urteil vom 25.4.1983, II ZR 170/82, ZIP 1983, 1066; a. A. Staub/Casper, HGB, § 164 Rdnr. 45; Oetker/Oetker, HGB, § 164 Rdnr. 46; Horn/Heymann – HGB, 2. Aufl., § 164 Rdnr. 10; MünchKomm-HGB/*Grunewald*, 3. Aufl., § 164 Rdnr. 23; Koller/Roth/Morck/*Kindler*, HGB, 8. Aufl., § 164 Rdnr. 3; Baumbach/Hopt/*Roth*, HGB, 38. Aufl., § 164 Rdnr. 7; Röhrich/Graf von Westphalen/*Haas/Haas/Mock*, HGB, 4. Aufl., § 164 Rdnr. 14; BeckOK-HGB/*Häublein*, Stand: 15.7.2018, § 164 Rdnr. 42.1), weil ein solches allenfalls im Falle einer schwerwiegenden Bedrohung der Interessen des geschäftsführenden Gesellschafters anzuerkennen wäre (Horn, Heymann-HGB, § 164 Rdnr. 10; Koller/Roth/Morck/*Kindler*, HGB, § 164 Rdnr. 3; MünchKomm-HGB/*Grunewald*, § 164 Rdnr. 23). Für eine solche Bedrohung ist vorliegend nichts ersichtlich.

**37 3.** Die Treupflichtwidrigkeit der Stimmrechtsausübung durch die Beiratsmitglieder wird vom Berufungsgericht, das diesbezüglich noch keine ausreichenden Feststellungen getroffen hat, unter dem Gesichtspunkt der Verfolgung ausschließlich eigennütziger Zwecke zu prüfen sein, wenn die

Mehrheitsmacht zur Erlangung ungerechtfertigter Sondervorteile eingesetzt worden sein sollte (BGH, Urteil vom 12.4.2016, II ZR 275/14, ZIP 2016, 1220 Rdnr. 23). Dies könnte der Fall sein, wenn die Erstattung von Aufwendungen an die W. R. GmbH zumindest mittelbar dazu führen würde, dass von den Beiratsmitgliedern oder ihren Ehefrauen persönlich zu tragende Kosten aus dem Gesellschaftsvermögen aufzubringen wären.

**38** Die Treupflichtwidrigkeit wäre schließlich zu verneinen, wenn die geschäftsführende Gesellschafterin schon im Hinblick auf den Gesellschafterbeschluss vom 30.9.2011 verpflichtet gewesen wäre, der W R GmbH ihre 10.000 € übersteigenden Aufwendungen im Zusammenhang mit den Gesellschafterversammlungen vom 17.9.2010 und 28.4.2011 hälftig zu erstatten und der vorliegend angefochtene Beschluss diese Entscheidung lediglich bestätigt. Ein wirksam gefasster Beschluss über die Durchführung einer Geschäftsführungsmaßnahme wäre nämlich für die geschäftsführenden Gesellschafter grundsätzlich bindend (vgl. Ebenroth/ Boujong/ Joost/Strohn/*Drescher*, HGB, § 116 Rdnr. 15; Staub/*Schäfer*, HGB, § 116 Rdnr. 18, 23; MünchKomm-HGB/*Jickeli*, § 116 Rdnr. 43).

## 22. Führung einer Veränderungsspalte zur Gesellschafterliste

KG, Beschluss vom 21.3.2019, 22 W 81/18

*FamFG § 61 Abs. 1, § 63 Abs. 1*

*GesLV § 2*

*GmbHG § 40*

*HRV § 9 Abs. 1*

### LEITSATZ:

**Außerhalb des Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 GesLV ist einer Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG nicht zwingend eine Veränderungsspalte beizufügen.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Die Beteiligte zu 1, eine GmbH, ist seit dem 26.7.2013 in Abteilung B des Handelsregisters des AG Charlottenburg eingetragen. Am 18.9.2018 hat der Beteiligte zu 2, ein Notar, eine von ihm gefertigte Gesellschafterliste vom gleichen Tag mit der Bescheinigung elektronisch an das Registergericht übermittelt, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die Eintragungen im Übrigen mit den Eintragungen der letzten in den Registerordner aufgenommenen Liste übereinstimmen. In der Liste werden vier Gesellschafter mit ihrem Sitz, dem Registergericht und der Registernummer, den Geschäftsanteilen, den laufenden Nummern und der prozentualen Beteiligung aufgeführt.

**2** Diese Liste hat das AG mit einem Schreiben vom 20.9.2018 beanstandet, weil eine Veränderungsspalte fehle. Nachdem der Beteiligte zu 2 die Auffassung vertreten hat, dass es keine Pflicht zur Aufnahme einer Veränderungsspalte gebe und auch

bei anderen Gesellschaften bei einer entsprechenden Gestaltung der Liste keine Beanstandung erfolgt sei, hat das AG mit Schreiben vom 28.9.2018 die Liste nochmals wegen einer fehlenden Veränderungsspalte beanstandet und zur Einreichung einer korrigierten Liste eine Frist von drei Wochen gesetzt. Der Beteiligte zu 2 hat aber an seiner Auffassung festgehalten, sodass der Antrag auf Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner mit einem Beschluss vom 8.10.2018 zurückgewiesen worden ist. Gegen diesen ihm am 10.10.2018 zugegangenen Beschluss hat der Beteiligte zu 2 mit einem am 18.10.2018 eingegangenen Schreiben vom 16.10.2018 Beschwerde eingelegt. Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat mit einem Beschluss vom 24.10.2018 zur Entscheidung vorgelegt. Mittlerweile ist eine notariell erstellte Gesellschafterliste vom 15.10.2018 in den Registerordner aufgenommen worden, die neben einer Veränderung auf der letzten in den Ordner aufgenommenen Gesellschafterliste vom 22 März 2018 beruht.

**3** II. 1. Die Beschwerde vom 16.10.2018 ist als im Namen des Beteiligten zu 2 eingelegt anzusehen, weil er sich ausdrücklich gegen die Zurückweisung „seines“ Antrags wendet. Sie ist auch nach § 58 Abs. 1 FamFG statthaft. Denn mit dem Beschluss vom 8.10.2018 hat das AG die Übernahme der Gesellschafterliste vom 18.9.2018 endgültig abgelehnt. Darüber hinaus sind die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben. Die Beschwerde ist mit dem Schriftsatz vom 16.10.2018 formgerecht und innerhalb der Frist nach § 63 Abs. 1 FamFG eingelegt worden. Die Beschwerde nach § 61 Abs. 1 FamFG ist gegeben. Es geht um den Gesellschafterbestand in einer GmbH mit Mindeststammkapital. Die Voraussetzungen des § 59 FamFG sind ebenfalls erfüllt. Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten zu 2 ergibt sich aus seiner Stellung als der zur Erstellung und Einreichung verpflichtete Notar (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 1.3.2011, II ZB 6/10, juris Rdnr. 9).

**4** Die Beschwerde hat sich auch nicht dadurch erledigt, dass mit dem 15.10.2018 bereits eine zeitlich spätere Liste in den Registerordner aufgenommen worden ist. Davon abgesehen, dass diese Liste, die aus der Liste vom 18.9.2018 ersichtliche Veränderung nicht berücksichtigt, besteht eine Verpflichtung, über jede Veränderung eine Liste zu erstellen und diese in das Register einzureichen. Dies dient dazu, auch die historische Entwicklung bezüglich der Gesellschafterstruktur transparent zu machen (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 38; Baumbach/Hueck/Noack, GmbHG, 21. Aufl., § 40 Rdnr. 34; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, GmbHG, 6. Aufl., § 40 Rdnr. 14). Die Regelung in § 9 Abs. 1 HRV steht dem nicht entgegen. Die Regelung legt nur fest, dass die Aufnahme der Unterlagen in der zeitlichen Reihenfolge ihrer Einreichung erfolgen muss. Die Einreichung bezieht sich aber auf den Eingang beim Registergericht.

**5** 2. Die Beschwerde ist auch erfolgreich. Das AG hat die Aufnahme der Liste in den Registerordner zu Unrecht abgelehnt.

**6** Auch nach der auf der Ermächtigung in § 40 Abs. 4 GmbHG beruhenden Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste (Gesellschafterlistenverordnung – GesLV) vom 20.6.2018, die am 1.7.2018 inkraft getreten und damit im vorliegenden Fall auch anzuwenden ist, besteht außerhalb der Regelung des § 2 Abs. 2 GesLV keine Verpflichtung, eine Ver-

änderungsspalte zu führen. Allerdings schließt der Wortlaut der Verordnung die Annahme nicht aus, dass stets eine Veränderungsspalte einzurichten ist. Der Hinweis des Beteiligten zu 2 auf den Wortlaut der Regelung in § 2 Abs. 3 GesLV, wonach die Teilung, Zusammenlegung und Einziehung von Geschäftsanteilen in der Veränderungsspalte eingetragen werden „sollten“, steht dem nicht entgegen. Denn die Frage der Aufnahme einer Veränderungsspalte und die Frage, ob eine Eintragung zu machen ist, sind voneinander zu trennen. Allerdings ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der Verordnung, dass die Listen außerhalb des Falles nach § 2 Abs. 2 GesLV nicht zwingend mit einer Veränderungsspalte zu versehen sind. So heißt es in § 2 Abs. 1 des Referentenentwurfs, dass die Gesellschafterliste eine Veränderungsspalte enthalten soll. Der deutsche Notarverein hat in seiner Stellungnahme vom 30.10.2017 insoweit dahin Stellung genommen, dass die Vorschrift als Kann-Regelung ausgestaltet werden sollte. Dass im Zusammenhang mit dieser Entstehungsgeschichte trotz des veränderten Wortlauts die notwendige Aufnahme einer Veränderungsspalte nicht gewollt war, ergibt sich dann aber aus der Verordnungsbegründung, in der ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass keine Veränderungsspalte notwendig sei, wenn Veränderungen nicht eingetragen werden sollen (vgl. BR-Drucks. 105/18, S. 9). Diesem Auslegungsergebnis stehen auch nicht Sinn und Zweck der Regelung entgegen. Denn die Spalte hat über den Bereich des § 2 Abs. 2 GesLV hinaus lediglich informatorischen Charakter und erspart damit lediglich die Einsichtnahme in vorhergehende Listen. Dass die Regelung jedenfalls nicht zu einer Vereinheitlichung in der Handhabung führt (so zu Recht kritisch: *Miller*, NJW 2018, 2518, 2521), spielt insoweit keine Rolle.

**7** Soweit das AG abschließend die Auffassung vertritt, die Art der Veränderung müsse sich jedenfalls aus einem Veränderungsvermerk oder der Notarbescheinigung ergeben, trifft dies nicht zu. Weder § 40 GmbHG noch die GesLV sehen derartiges vor. Aus der GesLV ergibt sich vielmehr, dass eine Mitteilung über die Veränderung, wenn sie denn erfolgt, nur in einer Veränderungsspalte erfolgen kann.

(...)

## 23. Eintragung eines Formwechsels einer KG in eine GmbH im Handelsregister

KG, Beschluss vom 19.12.2018, 22 W 85/18

HGB § 161

UmwG § 194 Abs. 1, § 202 Abs. 1

### LEITSATZ:

**Beim Formwechsel einer KG in eine GmbH ist das Ausscheiden des persönlich haftenden Gesellschafters mit Wirksamwerden des Formwechsels möglich.**

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 384.

## 24. Anforderungen an die Aussetzung des Eintragsverfahrens durch das Registergericht

OLG München, Beschluss vom 10.4.2018,  
31 Wx 72 bis 74/18

FamFG §§ 21, 26

### LEITSÄTZE:

1. **Die Aussetzung des Eintragsverfahrens setzt nach § 21 Abs. 1 Satz 1 FamFG zunächst das Vorliegen eines wichtigen Grundes voraus. Dies hat das Registergericht in eigener Zuständigkeit ggf. unter eigenen weiteren Ermittlungen (§ 26 FamFG) zu prüfen. Eine Aussetzung des Verfahrens kommt nur dann in Betracht, wenn besonders triftige, sachliche und im einzelnen vom Registergericht darzulegende Gründe eine Aussetzung nahelegen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Insbesondere bei Eintragungen, die keinen Aufschub dulden, ist eine Aussetzung nur angezeigt, wenn eine Entscheidung nicht ohne schwierige, zeitraubende und umfangreiche Ermittlungen getroffen werden kann oder sie von zweifelhaften, in Rechtsprechung und Rechtslehre unterschiedlich beantworteten Rechtsfragen abhängt. Dabei hat das Registergericht darzulegen, welche Ermittlungen konkret erforderlich bzw. welche komplexen Rechtsfragen für die Entscheidung im Registerverfahren bedeutsam sind. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Auch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von § 21 Abs. 1 Satz 1 FamFG steht die Entscheidung über die Aussetzung im pflichtgemäßen Ermessen des Registergerichts. Hierbei bedarf es einer Prüfung der Gewichtigkeit der Bedenken, die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen gegen das Bestehen oder Nichtbestehen des streitigen Rechtsverhältnisses bestehen oder vorgebracht werden. Bei berechtigten Zweifeln ist zu erwägen, ob eine alsbaldige Entscheidung geboten oder eine Zurückstellung bis zur Klärung im Prozesswege vertretbar ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
4. **Kommt das Registergericht aufgrund seiner Prüfung zum Ergebnis, dass eine beantragte Eintragung zurückzuweisen ist, ist für eine Aussetzung des Verfahrens nach § 21 FamFG kein Raum. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. 1. a) Am 7.9.2017 meldete der eingetragene Vorstand O G S der Beschwerdeführerin zur Eintragung im Handelsregister an, dass er zum Vorstandsvorsitzenden der Beschwerdeführerin bestellt wurde und F K als Vorstandsvorsitzender der AG ausgeschieden sei (Fall 104).

2 b) Am 21.9.2017 meldeten der eingetragene Vorstand O G S und Dr. M K zur Eintragung ins Handelsregister an, dass

Dr. P B nicht mehr Mitglied des Vorstands der AG sei, Dr. M K zum Vorstand bestellt wurde und die Prokura Y P B mit sofortiger Wirkung widerrufen wurde (Fall 105).

3 c) Am 18.10.2017 meldeten der eingetragene Vorstand O G S und Dr. M K die Eintragung einer Gesamtprokura gemeinsam mit dem weiteren Vorstandsmitglied Dr. A B zum Handelsregister an, Fall 106).

4 2. Das Registergericht hat bezüglich der drei Anmeldungen zur Eintragung ins Handelsregister das Verfahren jeweils mit Beschluss vom 1.2.2018 gemäß § 21 FamFG ausgesetzt. Es führt zur Begründung jeweils aus, gegen die Wahl sämtlicher Aufsichtsratsmitglieder in der Hauptversammlung vom 23.8.2017 sei Nichtigkeits- und Anfechtungsklage beim LG München I erhoben worden. Wegen der äußerst komplexen und schwierigen Sach- und Rechtslage könne das Registergericht die Wahl der neuen Aufsichtsratsmitglieder nicht beurteilen. Die Verfahren bezüglich der vorgenannten Anmeldungen zum Handelsregister seien daher auszusetzen.

5 II. Die sofortigen Beschwerden haben einen vorläufigen Erfolg. Denn aus den angefochtenen Beschlüssen des Registergerichts sind die zwingenden Voraussetzungen des § 21 FamFG nicht ersichtlich.

6 1. a) Die Aussetzung des Verfahrens setzt nach § 21 Abs. 1 Satz 1 FamFG zunächst das Vorliegen eines wichtigen Grundes voraus. Als Regelbeispiel für einen wichtigen Grund nennt § 21 Abs. 1 Satz 1 FamFG die Vorgreiflichkeit eines anderen Verfahrens (Keidel/Sternal, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 21 Rdnr.9). Ob ein wichtiger Grund vorliegt, hat das Registergericht dabei in eigener Zuständigkeit zu prüfen. Es hat die Sach- und Rechtslage selbst eingehend zu prüfen und gegebenenfalls eigene weitere Ermittlungen (§ 26 FamFG) anzustellen. Eine Aussetzung des Verfahrens kommt indes nur dann in Betracht, wenn besonders triftige, sachliche und im einzelnen vom Registergericht darzulegende Gründe eine Aussetzung nahelegen. Insbesondere bei Eintragungen, die keinen Aufschub dulden, ist eine Aussetzung nur angezeigt, wenn eine Entscheidung nicht ohne schwierige, zeitraubende und umfangreiche Ermittlungen getroffen werden kann oder sie von zweifelhaften, in Rechtsprechung und Rechtslehre unterschiedlich beantworteten Rechtsfragen abhängt (Keidel/Heinemann, FamFG, § 381 Rdnr.10; Krafa/Kühn, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Rdnr. 170a; OLG München, ZIP 2011, 2057, 2058). Allerdings ist auch insoweit das Registergericht verpflichtet, im einzelnen darzulegen, welche schwierigen, umfangreichen und zeitraubenden Ermittlungen konkret erforderlich sind bzw. welche zwischen Rechtsprechung und Rechtslehre im Streit stehende Rechtsfragen aus seiner Sicht für die Entscheidung im Registerverfahren von Bedeutung sind. Der bloße Hinweis auf eine schwierige und komplexe Rechtslage genügt diesen Anforderungen nicht.

7 b) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze werden die angefochtenen Beschlüsse (Fall 104, Fall, 105, Fall 106) diesen Anforderungen nicht gerecht. So ist aus der Beschlussbegründung jeweils schon nicht nachvollziehbar, worin ein wichtiger Grund, der die Aussetzung rechtfertigen könnte, zu sehen sein soll. Dass der BGH Beschlüsse eines nichtig gewählten Aufsichtsrats für nichtig erachtet, stellt für sich be-

trachtet keinen wichtigen Grund dar, zumal ein Zusammenhang zwischen zitierter BGH-Rechtsprechung und den konkreten, vom Registergericht rechtlich selbst zu beurteilenden Vorgängen nicht dargetan ist. Dass ein Sachverhalt komplex und schwierig ist und bereits dem Prozessgericht zur Prüfung in einem Klageverfahren vorliegt, stellt für sich alleine keinen wichtigen Grund dar, zumal das Registergericht in eigener Zuständigkeit die Sach- und Rechtslage hätte prüfen müssen, wobei der Senat im Hinblick auf die substanzlosen und inhaltlosen Formularbeschlüsse des Registergerichts davon ausgehen muss, dass eine solche Prüfung bislang vollständig unterblieben ist. Dieses Versäumnis wird daher vom Registergericht nachzuholen sein, wobei es dem Registergericht auch zumutbar ist, zur Beurteilung der Sach- und Rechtslage gegebenenfalls auch die Prozessakte (...) beizuziehen.

**8 2. a)** Selbst wenn aber ein wichtiger Grund im Sinne von § 21 Abs. 1 Satz 1 FamFG vorläge, stünde die Entscheidung über die Aussetzung des Verfahrens im pflichtgemäßen Ermessen des Registergerichts. Bei der Entscheidung über die Aussetzung hat das Registergericht im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens die sachlichen Gründe abzuwägen, die für oder gegen die Zurückstellung der Verfügung bis zu einer Entscheidung des Prozessgerichts sprechen. Hierbei bedarf es einer Prüfung der Gewichtigkeit der Bedenken, die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen gegen das Bestehen oder Nichtbestehen des streitigen Rechtsverhältnisses bestehen oder vorgebracht werden. Soweit berechtigte Zweifel bestehen, ist zu erwägen, ob eine alsbaldige Entscheidung geboten oder eine Zurückstellung bis zur Klärung im Prozesswege vertretbar ist (OLG München, ZIP 2011, 2057, 2059. Dass das Registergericht sein Ermessen überhaupt ausgeübt hat und welche Ermessenserwägungen das Registergericht zur Aussetzung des Verfahrens bewogen haben, muss aus der Begründung des Beschlusses ersichtlich sein. Denn nur so ist es dem Beschwerdegericht möglich, die Entscheidung des Registergerichts auf Ermessensfehler hin zu überprüfen.

**9 b)** Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze halten die Beschlüsse einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Es ist schon nicht ersichtlich, ob das Registergericht überhaupt von seinem Ermessen Gebrauch gemacht hat. Auch die angestellten Ermessenserwägungen, soweit es überhaupt welche gab, sind aus den Beschlussgründen nicht ersichtlich, sodass sich der Senat außerstande sieht, in eine Prüfung auf Ermessensfehler hin einzutreten. Die angefochtenen Beschlüsse erwecken vielmehr den Eindruck, dass sich das Registergericht im Hinblick auf die beim Prozessgericht anhängige Klage außer Stande oder nicht Willens sah, sich inhaltlich mit den Eintragungsanträgen auseinanderzusetzen und sein Ermessen pflichtgemäß auszuüben.

3. Zum weiteren Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

**10 a)** Im Rahmen der weiteren Prüfung wird das Registergericht zu prüfen haben, ob die geltend gemachten aktienrechtlichen Nichtigkeitsgründe offensichtlich sind bzw. sich die behauptete Nichtigkeit der angefochtenen Beschlüsse der Hauptversammlung geradezu aufdrängt. Kommt das Registergericht aufgrund seiner eigenständigen Prüfung zu diesem Ergebnis, wird es in eigener Zuständigkeit weiter zu prüfen haben, ob und inwieweit sich daraus Eintragungshindernisse

ergeben, die den beantragten Eintragungen entgegenstehen und daher ggf. zur Zurückweisung der Eintragungsanträge führen. Kommt das Registergericht aufgrund seiner Prüfung zum Ergebnis, dass eine beantragte Eintragung zurückzuweisen ist, ist für eine Aussetzung des Verfahrens nach § 21 FamFG kein Raum.

**11 b)** Ist eine Nichtigkeit fernliegend oder kommt nur eine Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen in Betracht, kann eine Aussetzung des Verfahrens in Betracht kommen, wenn die nach den vorgenannten Grundsätze erfolgte Prüfung der Sach- und Rechtslage ergibt, dass eine Entscheidung des Prozessgerichts tatsächlich vorgreiflich sein und somit ein wichtiger Grund vorliegen könnte, und das Registergericht im Rahmen seiner Ermessensausübung zum Ergebnis gelangt, dass eine Zurückstellung einer Entscheidung vertretbar ist. Ist jedoch ein wichtiger Grund als erste Voraussetzung für eine Aussetzung des Verfahrens nicht ersichtlich, muss das Registergericht prüfen, ob die beantragte Eintragung vorzunehmen ist. Der Senat verkennt dabei nicht, dass es in einem solchen Falle auch zu divergierenden Entscheidungen des Registergerichts und des Prozessgerichts kommen kann. Im Hinblick darauf, dass die Gestaltungswirkung im Rahmen einer Anfechtungsklage zwar rückwirkend, aber erst mit Rechtskraft des Urteils des Prozessgerichts eintritt und für diesen Fall das Aktiengesetz besondere Regelungen zur Richtigstellung der Registereintragungen enthält und unter Berücksichtigung der Funktion des Handelsregisters ist das aber hinzunehmen. Das Handelsregister soll in erster Linie über Unternehmensformen, ihre jeweilige konkrete Ausgestaltung wie Vertretungs- und Haftungsverhältnisse Auskunft geben. Interessierte Dritte sollen sich daraus über wesentliche Tatsachen, die für den Rechtsverkehr mit Einzelkaufleuten und Handelsgesellschaften von Bedeutung sind, informieren können (Fleischhauer/Preuß, Handelsregisterrecht, 3. Aufl. 2013, Rdnr. 4; MünchKommFamFG/Krafka, 2. Aufl. 2013, § 374 FamFG Rdnr. 8). Das Handelsregister hat insbesondere die Aufgabe, wesentliche und aktuelle Rechtsverhältnisse der Unternehmer und Unternehmen zu offenbaren und über im Handelsverkehr rechtserhebliche Tatsachen zutreffend Auskunft zu geben (Publizitätsfunktion Ebenroth/Schaub, HGB, 3. Aufl., § 8 Rdnr. 44). Daher ist für eine Aussetzung des Verfahrens nach § 21 FamFG auch hier nur Raum, wenn besonders triftige, sachliche und im einzelnen vom Registergericht darzulegende Gründe eine Aussetzung nahelegen.

(...)

## INTERNATIONALES PRIVATRECHT

### 25. Erbfall türkischer Staatsbürger – anwendbares Recht und Erbquote der Ehefrau bei türkischem Güterrecht

OLG Hamm, Beschluss vom 21.3.2019, 10 W 31/17

BGB § 1371 Abs. 1, § 1924 Abs. 4

EGBGB Art. 4 Abs. 1 Satz 1, Art. 14 Abs. 1 Nr. 1, Art. 15 Abs. 1

#### LEITSÄTZE:

1. **Die Erbfolge eines türkischen Staatsangehörigen bestimmt sich hinsichtlich des zum Nachlass gehörenden, in Deutschland gelegenen unbeweglichen Vermögens nach deutschem Recht. Insoweit kommt es zur Nachlassspaltung.**
2. **Die Erbquote der Ehefrau ist nicht gemäß § 1371 Abs. 1 BGB zu erhöhen, wenn der Anwendungsbereich der Vorschrift nicht eröffnet ist. Die in Rechtsprechung und Schrifttum umstrittene Frage, ob die Vorschrift erb- oder güterrechtlich zu qualifizieren ist, kann offen bleiben.**

#### SACHVERHALT:

1 A. Die Beteiligten streiten über die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Teil-Erbscheins nach dem am 12.2.2016 verstorbenen J.

2 Der Erblasser war türkischer Staatsangehöriger. Sein gewöhnlicher Aufenthalt war zuletzt in T. Er war in erster Ehe mit Frau H verheiratet. Die Ehe wurde 1977 rechtskräftig geschieden. Bei den Beteiligten zu 1 bis 5 handelt es sich um die leiblichen Kinder aus dieser Ehe. Seit dem (...).12.1977 war der Erblasser mit der Beteiligten zu 6, die ebenfalls türkische Staatsangehörige ist, verheiratet. Einen Ehevertrag haben die Eheleute nicht geschlossen. Die Beteiligten zu 7 bis 10 sind die gemeinsamen Kinder aus dieser Ehe.

3 Der Erblasser hat keine Verfügung von Todes wegen errichtet. Zum Nachlass gehört unter anderem ein Grundstück in T, C-Straße (...), eingetragen im Grundbuch von T, Blatt (...). Der Erblasser ist seit dem 11.11.1981 als Eigentümer dieses Grundstücks im Grundbuch eingetragen.

4 Mit ihrem Antrag vom 11.5.2016 haben die Beteiligten zu 1 bis 5 für sich die Erteilung eines Teil-Erbscheins mit einer Quote von jeweils 1/12, beschränkt auf den inländischen unbeweglichen Nachlass, beantragt. Zur Begründung haben sie ausgeführt, für den in Deutschland befindlichen Nachlass komme deutsches Erbrecht zur Anwendung. Die Ehefrau des Erblassers sei demnach Erbin zu 1/4, die Kinder des Erblassers Erben zu je 1/12. Eine Erhöhung des Ehegattenanteils nach Maßgabe des § 1371 Abs. 1 BGB finde nicht statt, da es sich insoweit um eine güterrechtliche Regelung handele, die keine Anwendung finde. Zwar weise Artikel 15 Abs. 2 des türkischen IPRG für die Auseinandersetzung des unbeweglichen ehelichen Vermögens auf das deutsche Recht zurück; diese Rückverweisung erfasse aber nicht die Regelung des § 1371 BGB. Zudem fehle es am Tatbestandsmerkmal der Zugewinnngemeinschaft nach deutschem Recht, da die Eheleute zum Zeitpunkt des Erwerbs des Grundstücks im Güterstand der Gütertrennung nach türkischem Recht gelebt hätten.

5 Die Beteiligten zu 6 bis 10 haben gegen die Erteilung des beantragten Erbscheins Einwendungen erhoben. Sie haben die Ansicht vertreten, der Erbteil der Ehefrau betrage 1/2, weshalb die Kinder des

Erblassers nur zu einer Quote von je 1/18 Miterben seien. Die Vorschrift des § 1371 BGB sei erbrechtlich zu qualifizieren und müsse zur Anwendung gebracht werden, um Widersprüche zwischen dem Erb- und dem Güterrecht zu vermeiden. Zudem hätten die Eheleute zum Zeitpunkt des Erbfalls im gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft nach türkischem Recht gelebt, der mit dem gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft nach deutschem Recht vergleichbar sei.

6 Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Nachlassgericht die Tatsachen, die zur Begründung des Antrags der Antragsteller zu 1 bis 5 erforderlich sind, für festgestellt erachtet. Es hat ausgeführt, für das in Deutschland gelegene Grundstück komme deutsches Erbrecht zur Anwendung. Die Ehefrau sei neben den Abkömmlingen des Erblassers gemäß § 1931 Abs. 1 Satz 1 BGB Erbin zu 1/4, die Abkömmlinge seien Erben zu gleichen Teilen, was zu der beantragten Quote von 1/12 je Kind des Erblassers führe. Eine Erhöhung des Erbteils der Ehefrau gemäß § 1371 Abs. 1 BGB finde nicht statt, da diese Vorschrift nicht zur Anwendung komme. Die Regelung sei güterrechtlich zu qualifizieren. Anwendbar sei insoweit gemäß Artikel 14 Abs. 1 Nr. 1, 15 Abs. 1 EGBGB das türkische Recht. Hiernach hätten die Eheleute zum Zeitpunkt des Erwerbs des Grundstücks im Jahr 1981 im gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung gelebt. Der zum Jahr 2002 neu eingeführte gesetzliche Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft gelte für das vor diesem Zeitpunkt erworbene Vermögen nicht, da die Eheleute eine Rückwirkung des neuen gesetzlichen Güterstandes nicht vereinbart hätten. Die Norm des § 1371 Abs. 1 BGB, die der Auseinandersetzung einer Zugewinnngemeinschaft diene, könne demnach unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zur Anwendung kommen.

7 Hiergegen wenden sich die Beteiligten zu 6 bis 10 mit der Beschwerde. Sie machen geltend, das Nachlassgericht habe zu Unrecht die Erhöhung des Erbanteils der Beteiligten zu 6 als Ehefrau des Erblassers verneint. § 1371 BGB komme zur Anwendung, da Art. 15 Abs. 2 des türkischen IPRG eine Rückverweisung auf das deutsche Recht und damit eine Anweisung zur Anwendung des § 1371 BGB enthalte. Zudem sei das Nachlassgericht zu Unrecht vom gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft ausgegangen. Der neue gesetzliche Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft, der mit der deutschen Zugewinnngemeinschaft vergleichbar sei, gelte rückwirkend auch für die vor der Reform des türkischen Rechts erworbenen Vermögensgegenstände. Soweit man gleichwohl eine rein güterrechtliche Lösung ohne Erhöhung des Erbteils befürworten wollte, dürfe der Erbschein zumindest so lange nicht erteilt werden, bis die güterrechtliche Auseinandersetzung abgeschlossen sei, um eine Benachteiligung des Ehegatten zu verhindern.

8 Die Beschwerdeführer beantragen,

den angefochtenen Beschluss des AG Bielefeld vom 14.11.2016 aufzuheben.

9 Die Beteiligten zu 1 bis 5 beantragten,

die Beschwerde zurückzuweisen.

10 Sie verteidigen den angefochtenen Beschluss unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Insbesondere machen sie geltend, auch die Rückverweisung in Art. 15 Abs. 2 des türkischen IPRG eröffne nicht den Anwendungsbereich des § 1371 BGB. Zudem kenne das türkische Recht auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft keine pauschale Erhöhung der Erbquote. Etwaige güterrechtliche Ausgleichsansprüche nach türkischem Recht könnten ggf. als Nachlassverbindlichkeit gegenüber den Erben geltend gemacht werden, hinderten aber nicht die Erteilung des Erbscheins nach den beantragten Quoten. Das Das Nachlassgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

11 B. Die Beschwerde hat insgesamt keinen Erfolg. Die Beteiligten zu 7 bis 10 sind durch die angefochtene Entscheidung

nicht in ihren Rechten beeinträchtigt, weshalb ihr Rechtsmittel bereits unzulässig ist. Die Beschwerde der Beteiligten zu 6 ist zwar zulässig, in der Sache jedoch unbegründet.

**12 I.** Die Beschwerde der Beteiligten zu 7 bis 10 ist unzulässig. Sie sind nicht beschwerdeberechtigt.

**13** Gemäß § 59 Abs. 1 FamFG steht die Beschwerde nur demjenigen zu, der durch den Beschluss in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Eine Beeinträchtigung in diesem Sinne liegt nur vor, soweit der angefochtene Beschluss unmittelbar in ein dem Beschwerdeführer zustehendes subjektives Recht eingreift, die Ausübung des Rechts also gefährdet, erschwert, verschlechtert oder sonst ungünstig beeinflusst. Durch einen Feststellungsbeschluss im Erbscheinsverfahren gemäß § 352e FamFG wird nur derjenige in seinen Rechten beeinträchtigt, der geltend macht, dass seine erbrechtliche Stellung in dem Beschluss zu seinem Nachteil nicht richtig ausgewiesen wird; er muss also das für einen anderen bezeugte Erbrecht ganz oder teilweise für sich selbst in Anspruch nehmen (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2014, 9, juris Rdnr. 4 m. w. N.).

**14** Diese Voraussetzung ist hier in Bezug auf die Beteiligten zu 7 bis 10 nicht erfüllt. Sie machen nicht etwa geltend, dass mit dem beantragten Teilerbschein ihr eigener Erbteil nicht ausreichend berücksichtigt wäre. Vielmehr monieren sie, dass der Erbteil der Beteiligten zu 6 statt mit einer Quote von  $\frac{1}{2}$  statt  $\frac{1}{4}$  zu berücksichtigen sei. Hierdurch würde sich ihr eigener Erbteil jedoch nicht vergrößern, sondern verkleinern.

**15 II.** Die Beschwerde der Beteiligten zu 6 ist zulässig. Sie ist gemäß §§ 58, 61 FamFG statthaft und nach Maßgabe der §§ 63 ff. FamFG form- und fristgerecht eingelegt. Die Beteiligte zu 6 ist auch beschwerdeberechtigt im Sinne des § 59 Abs. 1 FamFG, da sie für sich ein Erbrecht mit einer Quote von  $\frac{1}{2}$  statt  $\frac{1}{4}$  in Anspruch nimmt, was eine Reduzierung der Erbquote der Antragsteller von  $\frac{1}{12}$  auf  $\frac{1}{18}$  zur Folge hätte.

**16** Die Beschwerde ist jedoch unbegründet. Das Nachlassgericht hat die Voraussetzungen für die Erteilung des beantragten gegenständlich beschränkten Teilerbscheins mit einer Erbquote der Antragssteller von jeweils  $\frac{1}{12}$  im Ergebnis zu Recht als erfüllt angesehen. Die Beteiligte zu 6 ist insoweit nur mit einer Quote von  $\frac{1}{4}$  beteiligt. Auch das Beschwerdevorbringen rechtfertigt keine andere Entscheidung.

**17 1.** Die Erbfolge nach dem am 12.2.2016 verstorbenen Erblasser J bestimmt sich bezüglich des zum Nachlass gehörenden in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens nach deutschem Recht.

**18** Maßgeblich für die Bestimmung des anwendbaren Erbrechts ist § 14 der Anlage zu Artikel 20 des Konsularvertrages zwischen dem Deutschen Reich und der Türkischen Republik vom 28.5.1929 (im Folgenden: Nachlassabkommen). Der Anwendungsbereich des Nachlassabkommens ist eröffnet, da der Erblasser türkischer Staatsangehöriger mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland war. Gemäß Art. 75 Abs. 1 EuErbVO findet das Nachlassabkommen auch nach Inkrafttreten dieser Verordnung weiterhin Anwendung.

**19** Gemäß § 14 des Nachlassabkommens kommt es zur Nachlassspaltung. Während sich die erbrechtlichen Verhältnisse bezüglich des beweglichen Vermögens nach den Geset-

zen des Landes, dem der Erblasser zum Zeitpunkt des Erbfalls angehörte, hier also der Türkei, richten, verweist § 14 Satz 2 des Nachlassabkommens bezüglich des unbeweglichen Vermögens auf das Recht des Belegenheitsortes. Insoweit handelt es sich wegen des staatsvertraglichen Ursprungs um eine Sachnormverweisung, sodass für den inländischen unbeweglichen Nachlass deutsches Erbrecht Anwendung findet.

**20 2.** Da der Erblasser keine Verfügung von Todes wegen hinterlassen hat, greift die gesetzliche Erbfolge. Der Erblasser war zum Todeszeitpunkt verheiratet und hatte neun Kinder. Nach § 1931 Abs. 1 Satz 1 BGB erbt die Beteiligte zu 6 als Ehefrau des Erblassers neben Verwandten der ersten Ordnung ein Viertel. Die Beteiligten zu 1 bis 5 sowie die Beteiligten zu 7 bis 10 sind als Abkömmlinge des Erblassers Verwandte erster Ordnung. Die Ehefrau erhält daher ein Viertel des Nachlasses und die neun Kinder drei Viertel des Nachlasses gemäß § 1924 Abs. 4 BGB zu gleichen Teilen, also jedes Kind ein Zwölftel des Nachlasses.

**21 3.** Die Erbquote der Beteiligten zu 6 ist nicht gemäß § 1371 Abs. 1 BGB zu erhöhen, da der Anwendungsbereich dieser Vorschrift nicht eröffnet ist. Hierbei kann die in Rechtsprechung und Schrifttum umstrittene Frage, ob die Vorschrift erb- oder güterrechtlich zu qualifizieren ist, offen bleiben (zum Streitstand vgl. etwa Münch-Komm-BGB/Looschelders, 7. Aufl. 2018, Art. 15 EGBGB Rdnr.61; BGH, NJW 2015, 2185; neu angefacht durch die Entscheidung „Mahnkopf“, EuGH, NJW 2018, 1377; vgl. hierzu etwa Weber, NJW 2018, 1356). Denn nach den hier maßgeblichen Umständen sind die Voraussetzungen für eine Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB oder eine Erhöhung des Erbteils in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift sowohl bei einer erb- als auch bei einer güterrechtlichen Qualifikation nicht erfüllt.

**22 a)** Bei güterrechtlicher Qualifikation wird die Teilfrage des anwendbaren Güterrechts selbständig angeknüpft.

**23** Art. 15 Abs. 1 EGBGB knüpft insoweit akzessorisch an das zum Zeitpunkt der Eheschließung für die allgemeinen Ehwirkungen maßgebliche Recht an. Eine Rechtswahl im Sinne des Art. 15 Abs. 2 EGBGB ist von den Eheleuten nicht getroffen worden. Nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB i. V. m. Art. 15 Abs. 1 EGBGB ist somit das Recht des Staates der gemeinsamen Staatsangehörigkeit der Ehegatten maßgeblich. Der Erblasser und die Beteiligte zu 6 waren bei Eheschließung und während der Ehe beide durchgehend türkische Staatsangehörige. Somit findet für das Güterrecht türkisches Recht Anwendung.

**24** Das nach Maßgabe des Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB zu berücksichtigende türkische Internationale Privatrecht nimmt die Verweisung auf das türkische Sachrecht auch an. Der insoweit einschlägige Art. 15 des türkischen IPR-Gesetzes (im Folgenden: IPRG) lautet:

„(1) Die Ehegatten können hinsichtlich ihres ehelichen Vermögens ausdrücklich das Recht ihres Aufenthalts im Zeitpunkt der Eheschließung oder eines ihrer Heimatrechte im Zeitpunkt der Eheschließung wählen; falls eine solche Wahl nicht getroffen wird, wird hinsichtlich des ehelichen Vermögens das gemeinsame Heimatrecht im Zeitpunkt der Eheschließung und falls ein solches nicht vorhanden ist, das Recht des gemeinsamen gewöhnli-

chen Aufenthalts zur Zeit der Eheschließung und falls auch ein solches fehlt, türkisches Recht angewandt.

(2) Auf die Auseinandersetzung des Vermögens hinsichtlich unbeweglicher Sachen wird das Recht des Landes, in dem sie belegen sind, angewandt.“

**25** Da die Ehegatten keine Rechtswahl getroffen haben und gemeinsames Heimatrecht im Zeitpunkt der Eheschließung das türkische Recht war, ist nach Art. 15 Abs. 1 IPRG türkisches Sachrecht anzuwenden.

**26** Etwas anderes folgt auch nicht aus Art. 15 Abs. 2 IPRG. In dieser Regelung ist nämlich nicht etwa eine Rückverweisung auf das deutsche Güterrecht zu sehen. Nach dem für die Auslegung der Norm maßgeblichen Normverständnis der türkischen Rechtslehre und Rechtsprechung ist vielmehr das Güterrechtsstatut sowohl für das bewegliche als auch für das unbewegliche Vermögen einheitlich in Art. 15 Abs. 1 IPRG geregelt, während Art. 15 Abs. 2 IPRG lediglich eine Bestimmung des anwendbaren Rechts für den dinglichen Vollzug der Auseinandersetzung nach Beendigung des Güterstandes trifft und damit nur eine Bestätigung des insoweit geltenden Grundsatzes der „lex rei sitae“ darstellt (vgl. hierzu: OLG Karlsruhe, NJW-RR 2018, 713, juris Rdnr. 24 unter Bezugnahme auf das Ergebnis des dort eingeholten Gutachtens zum türkischen Recht; zustimmend: *Gebauer*, IPrax 2018, 345, 349; vgl. auch *Bergmann/Ferid/Henrich/Rumpf/Odendahl*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht Türkei, Stand: Mai 2017, S. 23; *Rumpf*, Einführung in das türkische Recht, 2. Aufl. 2016, § 8 Rdnr. 46).

**27** Das somit anzuwendende türkische Güterrecht sieht eine Erhöhung des Erbteils bei der Beendigung der Ehe durch den Tod eines Ehepartners nicht vor. Dies gilt unabhängig von der zwischen den Parteien streitigen Frage, ob vorliegend auf den gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft nach altem Recht (Art. 170 des türkischen ZGB a. F.) oder auf den gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft nach neuem Recht (Art. 236 des türkischen ZGB n. F.) abzustellen ist. Auch diese Frage braucht daher hier nicht entschieden zu werden. Denn auch der gesetzliche Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft nach neuem Recht sieht keine erbrechtliche Lösung in Form einer Erhöhung des Erbteils des Ehepartners vor, sondern lediglich schuldrechtliche Ausgleichsansprüche (vgl. hierzu etwa *Yarayan*, NZFam 2016, 1147, 1148, 1151). Hierbei handelt es sich um Nachlassverbindlichkeiten, die keinen Einfluss auf die Erbquote haben. Vor diesem Hintergrund geht auch die Auffassung der Beschwerdeführer fehl, das mögliche Bestehen einer Ausgleichsforderung hindere die Erteilung eines Erbscheins unter Ausweisung bestimmter Erbquoten.

**28** b) Qualifiziert man § 1371 Abs. 1 BGB hingegen erbrechtlich, kommt die Vorschrift zwar unmittelbar zur Anwendung. Jedoch sind die Voraussetzungen für eine Erhöhung des Erbteils nach dieser Vorschrift nicht erfüllt.

**29** § 1371 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass die Ehegatten zum Zeitpunkt des Erbfalls im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft lebten. Das Vorliegen einer Zugewinnsgemeinschaft ist damit eine Vorfrage. Ob diese selbstständig oder unselbstständig anzuknüpfen ist, kann offen bleiben, da sowohl nach

der lex fori als auch nach der lex causae deutsches Recht anzuwenden ist.

**30** Wie gezeigt, verweisen die Art. 14 Abs. 1 Nr. 1, Art. 15 Abs. 1 EGBGB auf türkisches Recht, das die Verweisung annimmt. Das türkische Sachrecht kennt den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft nicht. Nach dem Gesagten können die nach türkischem Recht in Betracht kommenden Güterstände auch nicht im Wege der Substitution dem Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gleichgestellt werden.

**31** Nach dem Grundsatz der Substitution können Erscheinungen unter einem fremden Recht den Figuren deutschen Rechts nur dann gleichgestellt werden, wenn sie funktional gleichwertig sind (vgl. etwa Palandt/*Thorn*, 78. Aufl., Vor Art. 3 EGBGB Rdnr. 31; BGH, NJW 2015, 2185, 2187 Rdnr. 33). Dabei wird zwar keine Normidentität verlangt, Voraussetzung ist aber eine Übereinstimmung in den wesentlichen normprägenden Merkmalen.

**32** An einer solchen Übereinstimmung in den wesentlichen normprägenden Merkmalen fehlt es hier. Denn wie gezeigt, fehlt es sowohl bei dem gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft nach türkischem Recht alter Fassung als auch bei dem gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft nach türkischem Recht neuer Fassung an einer erbrechtlichen Lösung für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehepartners. Dies ist aber nach zutreffender herrschender Meinung ein normprägendes Merkmal der Zugewinnsgemeinschaft deutschen Rechts (so überzeugend *Weber*, NJW 2018, 1356, 1358; in diese Richtung auch *Fornasier*, FamRZ 2018, 860, 861; BGH, NJW 2015, 2185, 2187 Rdnr. 33).

**33** III. Nach alledem war die Beschwerde insgesamt zurückzuweisen.

(...)

## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 26. Recht des Miteigentümers zur Beantragung eines Erbscheins über den Nachlass eines Miteigentümers auch ohne anhängiges Teilungsversteigerungsverfahren

KG, Beschluss vom 6.3.2018, 19 W 25/18

ZPO § 792

ZVG §§ 16 Abs. 2, § 17 Abs. 1 und 3, § 180 Abs. 1, § 181 Abs. 1

#### LEITSATZ:

**Wer als Miteigentümer die Teilungsversteigerung eines Grundstücks betreiben will und dabei wegen einer bei den übrigen Miteigentümern eingetretenen Erbfolge einen Erbschein benötigt, kann diesen entsprechend § 792 ZPO bereits ohne laufendes Teilungsversteigerungsverfahren beantragen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

**SACHVERHALT:**

**1** I. Die Erblasserin verstarb zwischen dem 4.12.1998 und dem 8.12.1998. Sie war Miterbin nach dem am 4.2.1985 verstorbenen (...), dieser war Miterbe nach dem am 4.7.1939 verstorbenen (...), diesbezügliche Erbscheine liegen vor.

**2** Der Antragsteller ist Miteigentümer des im Grundbuch des AG Mitte von Prenzlauer Berg (...) gebuchten Grundstücks L(...) Berlin. Als weitere Miteigentümerin des Grundstücks ist im Grundbuch unter anderen die verstorbene (...) eingetragen. Der Antragsteller beantragte am 30.9.2016 beim AG Mitte – Az. (...) – die Durchführung der Teilungsversteigerung des Grundstücks L(...) zum Zwecke der Aufhebung der Miteigentümergeinschaft. Das AG wies den Antragsteller darauf hin, dass der Antrag unzulässig sei, weil nicht alle Antragsgegner im Grundbuch eingetragen oder durch Erbschein nachgewiesene Erben der eingetragenen Miteigentümer seien. (...) Der Antragsteller nahm daraufhin seinen Antrag zurück.

**3** Der Antragsteller hat nunmehr einen Erbschein hinsichtlich des Nachlasses nach der Erblasserin beantragt. Das AG Mitte – Nachlassgericht – hat den Antrag mit Beschluss vom 5.1.2018 (abgesandt am 8.1.2018, ein Zustellungsnachweis liegt nicht vor) mit der Begründung zurückgewiesen, dem Antragsteller stehe als Miteigentümer eines Grundstücks kein Antragsrecht zu. Ein Antragsrecht von Grundstücksmiteigentümern analog § 792 ZPO bestehe nur während eines laufenden Zwangsversteigerungsverfahrens, was vorliegend nach Rücknahme des Antrags auf Durchführung der Teilungsversteigerung nicht der Fall sei.

**4** Gegen den Beschluss hat der Antragsteller beim AG Beschwerde eingelegt, mit der er seinen Antrag weiter verfolgt. Er trägt vor, es sei ihm nicht zumutbar, einen unzulässigen Antrag auf Teilungsversteigerung zu stellen, um einen hierfür erforderlichen Erbschein beantragen zu können. Er habe die Absicht, erneut die Teilungsversteigerung zu beantragen, sobald er in die Lage versetzt sei, einen zulässigen Antrag zu stellen.

**AUS DEN GRÜNDEN:**

**5** II. Die Beschwerde ist gemäß §§ 58 ff. FamFG zulässig (...). Sie ist auch in der Sache begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Nachlassgericht.

**6** 1. Der Antragsteller ist in entsprechender Anwendung des § 792 ZPO befugt, auch ohne laufendes Teilungsversteigerungsverfahren die Erteilung eines Erbscheins über den Nachlass der Erblasserin zu beantragen.

**7** a) Nach § 792 ZPO kann ein Gläubiger, der zum Zwecke der Zwangsvollstreckung eines Erbscheins bedarf, die Erteilung des Erbscheins anstelle des Schuldners beantragen. Voraussetzung ist, dass der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel gegen den Gläubiger besitzt (Zöller/*Geimer*, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 792 ZPO Rdnr. 1; MünchKomm-BGB/*Grziwotz*, 7. Aufl. 2017, § 2353 Rdnr. 96). Nach zutreffender und einhelliger Ansicht der Rechtsprechung und der Literatur kann der Miteigentümer eines Grundstücks in entsprechender Anwendung der Vorschrift den Erlass eines Erbscheins zum Nachweis der Erben eines anderen eingetragenen Miteigentümers beantragen (OLG Hamm, MDR 1960, 1018; LG Essen, Rpfleger 1986, 387, BayObLG, NJW-RR 1995, 272, 273; Zöller/*Geimer*, ZPO, a. a. O.; MünchKomm-BGB/*Grziwotz*, a. a. O., Stöber, ZVG, 21. Aufl. 2016, § 181 Rdnr. 5; Dassler/Schiffhauer/Hintzen/*Engels/Rellermeier/Hintzen*, ZVG, 15. Aufl. 2016, § 181 Rdnr. 11). Zwar ist § 792 ZPO nicht unmittelbar anwendbar, weil es bei der Teilungsversteigerung keinen Gläubiger und keinen Schuldner gibt und gemäß § 181 Abs. 1 ZVG für die

Zwangsversteigerung auch kein vollstreckbarer Titel erforderlich ist. Jedoch liegt eine vergleichbare Interessenlage vor, denn der Antragsteller übernimmt bei der Zwangsversteigerung eines Grundstückes die Rolle des Gläubigers und die Antragsgegner haben eine vergleichbare Position wie ein Vollstreckungsschuldner aus der Vollstreckungsversteigerung inne, gleichzeitig verlangen §§ 180 Abs. 1 i. Vm. § 17 Abs. 1, 3 ZVG für die Zulässigkeit des Antrags auf Teilungsversteigerung den Nachweis der Miteigentümerstellung der Antragsgegner durch Vorlage von Urkunden, wenn sich die Miteigentümerstellung nicht aus dem Grundbuch ergibt (Stöber, ZVG, § 181 ZVG Rdnr. 4; OLG Hamm, a. a. O., S. 1019). Der entsprechenden Anwendung des § 792 ZPO steht auch nicht entgegen, dass die Teilungsversteigerung gemäß § 181 Abs. 1 ZVG ohne Vollstreckungstitel erfolgt. Hierbei handelt es sich lediglich um eine Erleichterung für die Miteigentümer, weil die Frage, ob eine Teilung erfolgen soll, regelmäßig nicht streitig und daher ein Duldungstitel gegen die Miteigentümer nicht erforderlich ist (Dassler/Schiffhauer/Hintzen/*Engels/Rellermeier/Hintzen*, ZVG, § 181 Rdnr. 2). Wenn ein Miteigentümer danach aber das Teilungsversteigerungsverfahren durch bloßen Antrag einleiten kann, muss er entsprechend auch befugt sein, die erforderlichen Schuldner nachweise ohne Vollstreckungstitel zu beantragen (OLG Hamm, a. a. O.).

**8** b) Für die entsprechende Anwendung des § 792 ZPO ist nicht erforderlich, dass das Vollstreckungsverfahren bereits eingeleitet ist. Im unmittelbaren Anwendungsbereich der Vorschrift hat der Gläubiger für die Beantragung eines Erbscheins lediglich einen Vollstreckungstitel vorzulegen, einen Vollstreckungsantrag muss er noch nicht gestellt haben. Dadurch soll dem Gläubiger ermöglicht werden, die für die Vollstreckung erforderlichen Voraussetzungen vor Einleitung des Vollstreckungsverfahrens zu schaffen. Dementsprechend ist auch im Rahmen der entsprechenden Anwendung des § 792 ZPO für die Beantragung eines Erbscheins nicht die vorherige Einleitung eines Teilungsversteigerungsverfahrens erforderlich, zumal § 16 Abs. 2 ZVG verlangt, dass die für den Beginn der Versteigerung erforderlichen Urkunden bereits dem Antrag beizufügen sind (ebenso im Fall des OLG Hamm, a. a. O.; LG Essen, a. a. O.). Der Antragsteller kann nicht darauf verwiesen werden, zunächst einen unzulässigen Antrag zu stellen und sogleich die Aussetzung des Zwangsversteigerungsverfahrens zum Zwecke der Durchführung des Erbscheinsverfahrens zu beantragen. Etwas anderes ist entgegen der Auffassung des AG auch der Entscheidung des BayObLG (NJW-RR 1995, 272, 273) nicht zu entnehmen. In diesem Verfahren war zwar ein Teilungsversteigerungsverfahren bereits anhängig, auch das BayObLG sprach aber davon, dass § 792 ZPO entsprechend anwendbar sei, wenn der Miteigentümer die Zwangsversteigerung betreiben „will“.

**9** c) Im Ergebnis muss der Antragsteller für die Beantragung eines Erbscheins nach § 792 ZPO analog lediglich nachweisen, dass er Miteigentümer eines Grundstückes ist, an dem auch der Erblasser Miteigentum hatte. Dies hat der Antragsteller hier durch Vorlage eines Grundbuchauszugs und der Erbscheine, welche die Erbfolge nach der im Grundbuch eingetragenen verstorbenen (...) bis zur Erblasserin nachweisen, getan. Die Vorlage eines Vollstreckungstitels ist nicht erforder-

lich, da dies nach § 181 Abs. 1 ZVG auch für den Antrag auf Durchführung der Teilungsversteigerung nicht erforderlich ist.

**10 2.** Der Beschluss des AG ist daher aufzuheben und gemäß § 69 Abs. 1 Satz 2 FamFG zurückzuverweisen, da das AG in der Sache noch nicht über den Erbscheinsantrag entschieden hat.

(...)

**12** Die Rechtsbeschwerde ist nicht gemäß § 70 Abs. 2 FamFG zuzulassen, weil die Entscheidung keine grundsätzliche Bedeutung hat und im Einklang mit der obergerichtlichen Rechtsprechung steht.

## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 27. Beurkundungsverfahren bei Errichtung einer zweisprachigen Urkunde; Gesamtnichtigkeit eines Ehevertrags

BGH, Beschluss vom 20.3.2019, XII ZB 310/18 (Vorinstanz: OLG Hamm, Beschluss vom 18.6.2018, 4 UF 86/17)

*BeurkG § 5 Abs. 2 Satz 1, § 9 Abs. 1, § 13 Abs. 1 Satz 1, § 16 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2, § 44  
BGB §§ 125, 138, 155, 1410*

#### LEITSÄTZE:

- 1. Zur Abgrenzung der Konstellation einer (ausnahmsweisen) notariellen Niederschrift in zwei gleichwertigen Sprachfassungen von der Konstellation, in der ausschließlich die deutsche Sprachfassung für die notarielle Niederschrift verbindlich ist, während der fremdsprachige Text eine – fakultative oder im Fall des § 16 Abs. 2 Satz 2 BeurkG obligatorische – schriftliche Übersetzung darstellt, die der Niederschrift lediglich zu Beweis Zwecken beigefügt wird.**
- 2. Werden solche Passagen einer notariellen Niederschrift, die nicht gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 BeurkG deren zwingender Bestandteil sind, sondern bloße Sollvorschriften des notariellen Verfahrensrechts umsetzen, gegenüber einem sprachkundigen Beteiligten nicht verlesen und gegenüber nicht sprachkundigen Beteiligten nicht mündlich übersetzt, führt dies zwar zu einem Verfahrensfehler im Beurkundungsverfahren, nicht aber zur Unwirksamkeit des Beurkundungsakts.**

#### SACHVERHALT:

**1 A.** Die Beteiligten streiten im Scheidungsverbund um einen Stufenantrag zum Zugewinnausgleich und die Wirksamkeit eines Ehevertrags.

**2** Der 1968 geborene Antragsteller (im Folgenden: Ehemann) und die 1965 geborene Antragsgegnerin (im Folgenden: Ehefrau) schlossen im Oktober 1995 die Ehe. Aus ihrer Verbindung sind vier gemeinsame Kinder hervorgegangen, ein bereits vor der Eheschließung im März 1995 geborener Sohn und drei in den Jahren 1997, 1998 und 2002 geborene Töchter. Der Ehemann hat die deutsche Staatsange-

hörigkeit. Er ist Geschäftsführer und Gesellschafter eines aus einem Familienbetrieb hervorgegangenen mittelständischen Unternehmens. Die Ehefrau ist britische Staatsangehörige. Sie hatte in England als ungelernete Buchhalterin im Unternehmen ihres Vaters gearbeitet und lebte nach ihrer Übersiedlung in die Bundesrepublik mit dem Ehemann zunächst in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen. Seit der Geburt des ersten Kindes und während der gesamten Ehezeit war die Ehefrau nicht erwerbstätig, sondern kümmerte sich um die Haushaltsführung und Kinderbetreuung.

**3** Im Vorfeld ihrer Eheschließung hatten die Beteiligten am 25.9.1995 einen notariell beurkundeten Ehevertrag geschlossen. In den Eingangsbemerkungen auf dem zweiten Blatt der deutschsprachigen Niederschrift finden sich die folgenden Feststellungen:

„Die Erschienene zu 2. erklärte, sie sei der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig. Die Erschienenen erklärten, sie seien damit einverstanden, dass der Notar den nachfolgenden Ehevertrag übersetze. Eine vorliegende schriftliche Übersetzung des Ehevertrages wurde den Beteiligten zur Durchsicht vorgelegt. Diese Übersetzung in englischer Sprache ist dieser Niederschrift als Anlage beigefügt. Der Notar wies darauf hin, dass auch ein Dolmetscher hinzugezogen werden könne oder eine gesonderte schriftliche Übersetzung verlangt werden könne. Die Vertragsschließenden erklärten, sie seien mit der Übersetzung durch den Notar einverstanden.“

Der Notar verlas sodann den nachfolgenden Ehevertrag und die als Anlage dieser Niederschrift beigefügte englische Übersetzung, die beide von den Vertragsschließenden genehmigt und unter der deutschen Fassung unterschrieben wurden.“

**4** In den danach folgenden ehevertraglichen Vereinbarungen war festgehalten, dass der gewöhnliche Aufenthalt und der Schwerpunkt der ehelichen Lebensverhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland liegen und für die allgemeinen – insbesondere güterrechtlichen – Wirkungen der Ehe deutsches Recht gelten solle. In § 2 des Ehevertrags hoben die Beteiligten den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft auf und vereinbarten Gütertrennung. Nach § 3 des Ehevertrags sollten Zuwendungen eines Ehegatten an den anderen Ehegatten bei Scheidung der Ehe nur bei ausdrücklicher Vereinbarung zurückgefordert werden können. Die Bestimmung enthielt am Ende den folgenden Passus:

„Soweit wir im Laufe unserer Ehe aus unseren Einkünften Rücklagen bilden, sind wir darüber einig, dass dieses so gebildete Vermögen zu gleichen Anteilen jedem der Ehepartner (also je zur Hälfte) zusteht.“

**5** In der englischsprachigen Übersetzung des Ehevertrags, welcher der notariellen Niederschrift als Anlage beigefügt wurde, war dieser Satz wie folgt übersetzt:

„New property we get in our marriage belongs us half.“

**6** Durch § 4 des Ehevertrags wurde der Versorgungsausgleich ausgeschlossen; es sollten „für die Ehefrau (...) Beiträge zur Deutschen Rentenversicherung während der Ehe eingezahlt“ werden. § 5 des Ehevertrags enthielt einen wechselseitigen Verzicht auf naheheleichen Unterhalt einschließlich des Notunterhalts. Ausgenommen hiervon war der Fall, dass ein Ehegatte nach den gesetzlichen Vorschriften Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes verlangen könnte. Mit der Beendigung der Kindesbetreuung sollte der Unterhaltsverzicht wieder in Kraft treten; im Anschluss an die Kindesbetreuung sollte Unterhalt aus anderen gesetzlichen Gründen nicht mehr verlangt werden können.

**7** Die Eheleute trennten sich im Juni 2014.

**8** Der Scheidungsantrag des Ehemanns ist der Ehefrau am 14.4.2016 zugestellt worden. Die Ehefrau hat die Durchführung des Versorgungsausgleichs beantragt und als Folgesache mit Stufenantrag einen Antrag auf Zugewinnausgleich anhängig gemacht. Vor dem AG hat die Ehefrau in der ersten Stufe auf Erteilung von Auskünften zum gesamten Vermögen des Ehemanns zu den güterrechtlich relevanten Stichtagen (Anfangs-, Trennungs- und Endvermögen) angetragen.

Hilfsweise hat sie Auskünfte über das gesamte vom Ehemann „in der Ehezeit neu erworbene Vermögen“ und weiter hilfsweise Auskünfte über das vom Ehemann in der Ehezeit „ganz oder teilweise aus eigenen Einkünften erworbene Vermögen“ begehrt. Noch weiter hilfsweise hat die Ehefrau beantragt, die Nichtigkeit des Ehevertrags vom 25.9.1995 festzustellen. Das AG hat die Auskunftsanträge der Ehefrau als unzulässig und den Feststellungsantrag als unbegründet zurückgewiesen. Mit ihrer Beschwerde hat die Ehefrau ihren Auskunftsantrag zum Güterrecht und den zuvor hilfsweise gestellten Feststellungsantrag als Hauptanträge weiterverfolgt. Das Beschwerdegericht hat der Beschwerde stattgegeben und die amtsgerichtliche Entscheidung abgeändert. Es hat festgestellt, dass der zwischen den Beteiligten am 25.9.1995 geschlossene Ehevertrag nichtig ist. Weiter hat es den Ehemann verpflichtet, der Ehefrau Auskunft über sein gesamtes Vermögen mit allen Aktiva und Passiva zum 2.10.1995 (Eheschließung), zum 28.6.2014 (Trennungstag) sowie zum 14.4.2016 (Zustellung Scheidungsantrag) zu erteilen und die wertbildenden Faktoren der zum Vermögen gehörenden Sachen, Sachgesamtheiten und Rechte, insbesondere Gesellschaftsanteile mitzuteilen.

**9** Mit seiner zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt der Ehemann eine Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung.

### AUS DEN GRÜNDEN:

**10 B.** Die Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

**11 I.** Das Beschwerdegericht meint, der Ehevertrag sei insgesamt nicht zustande gekommen, weil bezüglich der güterrechtlichen Folgen der Eheschließung ein versteckter Einigungsmangel (§ 155 BGB) vorgelegen habe und nicht angenommen werden könne, dass der Ehevertrag ohne die güterrechtlichen Bestimmungen geschlossen worden wäre. Diese Auffassung hat das Beschwerdegericht wie folgt begründet:

**12** Es habe sich um eine zweisprachige Urkunde gehandelt, in der sowohl die deutsche als auch die englische Version des Vertragstextes beurkundet worden seien. Denn der Notar habe ausweislich der Einleitung der Verhandlungsniederschrift sowohl die deutschsprachige Version des Ehevertrags als auch die englische Übersetzung verlesen und es seien beide Fassungen von den Beteiligten genehmigt worden. Zwar sei die englische Fassung von den Beteiligten und dem Notar nicht unterschrieben worden; allerdings enthielten die einleitenden Bemerkungen des Notars die Formulierung, dass die von beiden Beteiligten genehmigten Fassungen unter der deutschen Fassung unterschrieben worden seien. Daraus ergebe sich mit hinreichender Deutlichkeit, dass die Beteiligten einschließlich des Notars beide Fassungen des Ehevertrags durch ihre Unterschrift billigen wollten, zumal auch beide Fassungen verlesen und genehmigt worden seien. Hätte es dem Willen der Beteiligten und des Notars entsprochen, lediglich die deutschsprachige Fassung zu beurkunden, hätte es aus Sicht des sachkundigen Notars nahegelegen und ausgereicht, lediglich diese Fassung von den Beteiligten genehmigen und unterschreiben zu lassen. Da der Notar aber ausdrücklich hervorgehoben habe, dass beide Fassungen von den Beteiligten genehmigt und – wenn auch nur unter der deutschen Fassung – unterschrieben worden seien, spreche ausgehend von der Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der notariellen Urkunde alles dafür, dass die Beteiligten sowohl die deutschsprachige als auch die englischsprachige Fassung beurkun-

den und zum Gegenstand der ehevertraglichen Vereinbarung machen wollten.

**13** Unter diesen Voraussetzungen sei es unzweifelhaft, dass die Erklärungen in § 3 des Ehevertrags in der deutschen und in der englischen Version in einem wesentlichen Punkt nicht übereinstimmten. Während in der englischsprachigen Version ohne weitere Einschränkungen davon die Rede sei, dass neu erworbenes Vermögen beiden Beteiligten jeweils zur Hälfte zustehen solle, finde sich in der deutschsprachigen Version die erhebliche Einschränkung, dass nur jenes Vermögen beiden Eheleuten zu gleichen Teilen zustehen solle, welches aus Einkommensrücklagen gebildet worden sei. Nach dem unstreitigen Erklärungswillen des Ehemanns sollte damit ausgedrückt werden, dass nur private Vermögenszuwächse hälftig geteilt werden sollten, nicht aber Zuwächse des Firmen- und Geschäftsvermögens. Diese Einschränkung finde in der englischsprachigen Version des Vertragstextes auch nicht ansatzweise Anklang. Während in der englischen Fassung hinsichtlich des gemeinsamen Vermögenserwerbs ein Automatismus festgelegt gewesen sei, habe es sich in der deutschen Fassung lediglich um eine Option gehandelt, die einen weiteren Willensakt – nämlich der gemeinsamen Entscheidung zur Bildung von Rücklagen aus dem Einkommen – erfordert habe. Auch bei der persönlichen Anhörung der Beteiligten seien die unterschiedlichen Vorstellungen deutlich geworden. Denn während der Ehemann geäußert habe, dass die streitige Bestimmung in § 3 des Ehevertrags nur private Rücklagen wie Bargeld, Kontenstände und Immobilien, nicht aber das Unternehmensvermögen habe erfassen sollen, habe die Ehefrau erklärt, dass nach ihrer Vorstellung der gesamte Vermögenszuwachs den Eheleuten nach der Hochzeit zur Hälfte zustehen würde, weil in England eine solche Regelung normal sei und der Ehemann nur das Unternehmen gehabt und alles immer in das Unternehmen zurückgeführt habe.

**14** Der vorliegende versteckte Einigungsmangel führe dazu, dass der Vertrag nicht zustande gekommen sei. Der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Ehemann habe nichts dafür vorgetragen, dass der Vertrag auch ohne eine Bestimmung zum Güterrecht geschlossen worden wäre. Es sei davon auszugehen, dass jedenfalls die Ehefrau den Vertrag nicht geschlossen hätte, wenn sie neben dem weitgehenden Unterhaltsausschluss und dem Ausschluss des Versorgungsausgleichs auch von den Vermögenszuwächsen des Ehemanns in der Ehezeit weitgehend ausgeschlossen worden wäre.

**15** Auf die Frage der Sittenwidrigkeit des Ehevertrags nach § 138 BGB komme es daher nicht mehr an.

**16 II.** Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht stand.

**17 1.** Noch zutreffend – und von der Rechtsbeschwerde unbeanstandet – hat das Beschwerdegericht allerdings den Feststellungsantrag der Ehefrau für zulässig erachtet.

**18** Zwar können Ehesachen nach § 126 Abs. 2 Satz 1 FamFG nur mit anderen Ehesachen verbunden werden, welche die gleiche Ehe betreffen. Die Möglichkeit, im Verbund Folgesachen geltend zu machen, bleibt jedoch nach § 126 Abs. 2 Satz 2 FamFG i. V. m. § 137 FamFG unberührt. Dies schließt

grundsätzlich die Befugnis ein, im Zusammenhang mit dem Scheidungsverfahren einen Zwischenfeststellungsantrag zu stellen, sofern die Voraussetzungen nach § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG i. V. m. § 256 Abs. 2 ZPO dafür erfüllt sind. Das ist hier der Fall. Die Ehefrau hat im Scheidungsverbund im Wege des Stufenantrags einen Antrag auf Zugewinnausgleich geltend gemacht, dem der Ehemann die ehevertraglich vereinbarte Gütertrennung entgegenhält. Darüber hinaus ist im Scheidungsverbund von Amts wegen eine Entscheidung über den Versorgungsausgleich zu treffen, dessen Durchführung nach den ehevertraglichen Bestimmungen ausgeschlossen ist. An einer wirksamen Vereinbarung der Gütertrennung und an einem wirksamen Ausschluss des Versorgungsausgleichs fehlt es, wenn – wie die Ehefrau festzustellen begehrt – der von den Beteiligten geschlossene Ehevertrag nichtig ist. Die geltend gemachte Nichtigkeit des Ehevertrags betrifft damit einerseits ein Rechtsverhältnis, das für die Entscheidung in den Folgesachen Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich vorgeflich ist. Andererseits regeln die Entscheidungen zum Versorgungsausgleich und zum Güterrecht die Rechtsbeziehungen der Beteiligten im Hinblick auf den Ehevertrag nicht erschöpfend, weil dessen Wirksamkeit auch für etwaige Ansprüche auf nahehelichen Unterhalt von Bedeutung ist. Der Umstand, dass solche Unterhaltsansprüche im vorliegenden Scheidungsverfahren noch nicht als Folgesache geltend gemacht worden sind, hindert die Zulässigkeit der Zwischenfeststellungswiderklage insoweit nicht, weil nur durch die Überprüfung des Ehevertrags auf seine Gesamtnichtigkeit eine abschließende und einheitliche Befriedung der Beteiligten in dieser Streitfrage erreicht werden kann (vgl. Senatsurteil vom 12.1.2005, XII ZR 238/03, FamRZ 2005, 691).

**19** 2. Zu Unrecht hat das Beschwerdegericht demgegenüber angenommen, dass der Ehevertrag der Beteiligten wegen eines versteckten Einigungsmangels im Sinne von § 155 BGB insgesamt nicht zustande gekommen sei. Diese Beurteilung kann nicht aus einer zwischen der deutschen und der englischen Sprachfassung bestehenden Divergenz der Erklärungen zum ehezeitlichen Vermögenserwerb hergeleitet werden.

**20** Zwar ist es nach mittlerweile ganz herrschender Auffassung unter deutschem Beurkundungsrecht zulässig, eine Beurkundung in zwei gleichwertigen verbindlichen Sprachfassungen vorzunehmen (vgl. BeckOGK-BeurkG/*Seebach/Rachlitz*, Stand: Oktober 2018, § 16 Rdnr. 59; Armbrüster/*Preuß/Renner/Preuß*, BeurkG und DONot, 7. Aufl., § 5 BeurkG Rdnr. 8; Grziwotz/*Heinemann/Heinemann*, BeurkG, 2. Aufl., § 16 Rdnr. 8; *Ott*, RNotZ 2015, 189, 194; *Hertel* in FS Wolfsteiner, 2008, S. 51, 61 f.). Haben im Beurkundungsverfahren eine deutschsprachige und eine fremdsprachige Fassung vorgelegen, muss die Konstellation einer Niederschrift in zwei gleichwertigen Sprachfassungen unterschieden werden von der Konstellation, in der ausschließlich die deutsche Sprachfassung für die Niederschrift verbindlich ist, während der fremdsprachige Text eine – fakultative oder im Fall des § 16 Abs. 2 Satz 2 BeurkG obligatorische – schriftliche Übersetzung darstellt, die der Niederschrift zu Beweis Zwecken in einem gesonderten Schriftstück (lediglich) beigefügt wird. Gemessen daran ergeben sich entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Ehevertrag

im vorliegenden Fall zweisprachig beurkundet worden ist.

**21** a) Das Beschwerdegericht stützt seine Annahme, dass eine zweisprachige Urkunde errichtet worden sei, auf die in den Eingangsbemerkungen enthaltene Feststellung, wonach der Notar den „Ehevertrag und die als Anlage dieser Niederschrift beigefügte englische Übersetzung“ verlesen habe und „beide“ von den Vertragsschließenden genehmigt worden seien. Schon dieser Schluss ist nicht zwingend. Zwar ist es im Ausgangspunkt zutreffend, dass nur bei der Errichtung einer zweisprachigen Urkunde beide gleichwertige Sprachfassungen nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG verlesen werden müssen, weil erst beide Sprachfassungen zusammen die Niederschrift bilden (vgl. *Hertel* in FS Wolfsteiner, 2008, S. 51, 61). Indessen wird auch in der vom Beschwerdegericht für maßgeblich gehaltenen Passage der Eingangsbemerkungen nur die deutsche Sprachfassung des zu beurkundenden Textes als „Ehevertrag“ angesprochen, während das Schriftstück mit der englischen Sprachfassung selbst im Zusammenhang mit seiner Verlesung und Genehmigung weiterhin als „Übersetzung“ bezeichnet wird. Wird ein fremdsprachiger Text aber ausdrücklich als „Übersetzung“ bezeichnet, spricht dies gerade gegen die Annahme, dass die fremde Sprache eine verbindliche Urkundssprache sein soll (vgl. *Ott*, RNotZ 2015, 189, 191 f.). Vor diesem Hintergrund lässt sich die Passage, wonach (auch) die englische Übersetzung von dem Notar verlesen und von den Beteiligten genehmigt worden sei, durchaus auch dahin gehend interpretieren, dass der Notar seiner Pflicht zur mündlichen Übersetzung der Niederschrift (§ 16 Abs. 2 Satz 1 BeurkG) durch das Vorlesen der zuvor angefertigten – eigentlich nicht verlesbaren – schriftlichen Übersetzung nachkommen wollte und die Beteiligten mit dieser Vorgehensweise einverstanden waren.

**22** b) Aus den sonstigen Umständen der Beurkundung ergeben sich keine durchgreifenden Anhaltspunkte dafür, dass im vorliegenden Fall – ausnahmsweise – eine Urkunde mit zwei gleichwertigen Sprachfassungen errichtet werden sollte und errichtet worden ist.

**23** aa) Nach § 5 Abs. 2 Satz 1 BeurkG darf der Notar eine fremdsprachige Urkunde nur auf das übereinstimmende Verlangen sämtlicher am Beurkundungsverfahren formell Beteiligter errichten. Bereits zur Zeit der Beurkundung des hier verfahrensgegenständlichen Ehevertrags wurde der notariellen Praxis empfohlen, das erforderliche Einvernehmen aller Beteiligten in der Urkunde zu dokumentieren (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, 12. Aufl., Teil B § 5 BeurkG Rdnr. 6; vgl. nunmehr auch *Eylmann/Vaasen/Eylmann*, BNotO/BeurkG, 4. Aufl., § 5 BeurkG Rdnr. 2; BeckOGK-BeurkG/*Schaller*, Stand: November 2018, § 5 Rdnr. 7). Der Niederschrift ist ein solcher Hinweis auf ein übereinstimmendes Verlangen nach Errichtung der Urkunde in zwei gleichwertigen Sprachfassungen nicht zu entnehmen. Vor allem aber sind keine nachvollziehbaren Gründe ersichtlich, welche die Beteiligten – namentlich den Ehemann – zu dem Verlangen veranlasst haben könnten, den Ehevertrag in zwei gleichwertig verbindlichen Urkundssprachen beurkunden zu lassen. Insbesondere ist nicht festgestellt, dass die Beteiligten mit einer Verwendung der Urkunde im Ausland gerechnet hätten. Im Übrigen haben die Beteiligten in § 1 des Ehevertrags wegen der allgemeinen

Wirkungen der Ehe und insbesondere wegen der güterrechtlichen Wirkungen der Ehe deutsches Recht gewählt. Haben sich die Urkundsbeteiligten in einer privatrechtlichen Vereinbarung aber darauf geeinigt, ihr Rechtsverhältnis einem bestimmten Recht zu unterstellen, erscheint es von vornherein naheliegend, dass sie zur Vermeidung von Unschärfen bei der Übersetzung von juristischen Fachbegriffen dem angewendeten Recht auch die verwendete Urkundssprache folgen lassen wollen (vgl. *Hertel* in FS Wolfsteiner, 2008, S. 51, 61).

**24** bb) Darüber hinaus macht die Rechtsbeschwerde hinsichtlich der äußeren Form der Urkunde unwidersprochen geltend, dass der Notar die englischsprachige Textfassung nicht gemäß § 44 BeurkG durch Schnur und Prägiesiegel mit der deutschsprachigen Niederschrift verbunden hat. Auch wenn § 44 BeurkG eine bloße Ordnungsvorschrift darstellt, kann die fehlende Verbindung zumindest als Indiz dafür gewertet werden, dass es sich bei der englischen Sprachfassung lediglich um eine für die nicht sprachkundige Ehefrau angefertigte schriftliche Übersetzung und nicht um einen Teil der Niederschrift handelt. Denn für die Beifügung der schriftlichen Übersetzung nach § 16 Abs. 2 Satz 2 BeurkG ist – anders als für die Beifügung der zur Niederschrift gehörenden Anlagen (§ 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG) – eine Verbindung mit Schnur und Siegel nach allgemeiner Auffassung nicht erforderlich (vgl. *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl., § 16 Rdnr. 17; *Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa*, BeurkG und DONot, 7. Aufl., § 16 BeurkG Rdnr. 22; *Grziwotz/Heinemann/Heinemann*, BeurkG, 2. Aufl., § 16 Rdnr. 24; *BeckOGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz*, § 16 Rdnr. 53; *BeckOGK-BeurkG/Regler*, Stand: Februar 2018, § 44 Rdnr. 9; *Lerch*, BeurkG, 5. Aufl., § 16 Rdnr. 12; *Staudinger/Hertel*, Beurkundungsgesetz, Rdnr. 545).

**25** 3. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeerwiderung ist der Ehevertrag der Beteiligten – wie bereits das Beschwerdegericht zutreffend erkannt hat – nicht wegen eines Formmangels gemäß § 125 BGB i. V. m. § 1410 BGB nichtig.

**26** a) Eine Unwirksamkeit des Beurkundungsakts und damit eine Formnichtigkeit des Ehevertrags kann sich nicht daraus ergeben, dass der beurkundende Notar – was allerdings zwischen den Beteiligten streitig ist – die auf dem zweiten Blatt der Urkunde niedergelegten Feststellungen nicht ins Englische übersetzt haben soll.

**27** aa) Hat der Notar – wie im vorliegenden Fall – in der Niederschrift eine Feststellung nach § 16 Abs. 1 BeurkG getroffen, ist die Niederschrift gegenüber dem sprachunkundigen Beteiligten nicht nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG zu verlesen, sondern nach § 16 Abs. 2 Satz 1 BeurkG mündlich zu übersetzen. Da die mündliche Übersetzung für den sprachunkundigen Beteiligten an die Stelle des Vorlesens tritt, muss sich die Übersetzung auf alle – gegenüber einem sprachkundigen Beteiligten vorzulesenden – Teile der Niederschrift beziehen. Zu übersetzen sind deshalb nicht nur die sachlichen Erklärungen der Beteiligten, sondern es ist die gesamte Niederschrift einschließlich aller tatsächlichen Feststellungen und Vermerke des Notars in dem gleichen Umfang zu übersetzen, in dem sie gegenüber einem sprachkundigen Beteiligten nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG zu verlesen wären (vgl. *Winkler*, BeurkG, § 16 Rdnr. 12; *Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa*, BeurkG und DONot, 7. Aufl., § 16 BeurkG Rdnr. 18; *Grziwotz/Heinemann/*

*Heinemann*, BeurkG, § 16 Rdnr. 18). In diesem Umfang ist die Niederschrift vollständig und nicht lediglich bedarfsorientiert zu übersetzen; es sind deshalb selbst solche Teile der Niederschrift zu übersetzen, die der sprachunkundige Beteiligte aufgrund seiner Verständnismöglichkeiten auch in der Urkundssprache zu verstehen vermag (vgl. LG Bonn, Beschluss vom 5.2.2015, 4 T 417/14, juris Rdnr. 14; DNotl-Report 2013, 129, 130).

**28** bb) Im Zusammenhang mit der Verlesung der Niederschrift nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG ist es freilich anerkannt, dass nicht jeder Verstoß gegen die Verlesungspflicht zu einer Unwirksamkeit des gesamten Beurkundungsakts führt. Bezieht sich der Verlesungsmangel nur auf solche Passagen der Niederschrift, die nicht nach § 9 Abs. 1 Satz 1 BeurkG deren zwingender Bestandteil sind, sondern bloße Sollvorschriften des notariellen Verfahrensrechts – wie hier die Feststellungen nach § 16 BeurkG im Zusammenhang mit einem der Urkundssprache nicht mächtigen Beteiligten – umsetzen, führt dies zwar zu einem Verfahrensfehler im Beurkundungsverfahren, den der Notar im Rahmen seiner Amtspflichten zu vermeiden hat. Die Nichtverlesung von Sollbestandteilen der Niederschrift führt aber nicht zur Unwirksamkeit des Beurkundungsakts, weil die formelle Wirksamkeit der Urkunde selbst dann nicht beeinträchtigt worden wäre, wenn diese Sollbestandteile von vornherein keinen Eingang in den Text der Niederschrift gefunden hätten. Es ist keine andere Beurteilung gerechtfertigt, wenn diese Passagen lediglich nicht verlesen werden, obwohl sie in der Niederschrift vermerkt sind (vgl. *Winkler*, BeurkG, § 13 Rdnr. 25; *Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa*, BeurkG und DONot, 7. Aufl., § 13 BeurkG Rdnr. 16; *BeckOGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz*, § 13 Rdnr. 66 f.; *Staudinger/Hertel*, Beurkundungsgesetz, Rdnr. 361).

**29** cc) Weil die mündliche Übersetzung nach § 16 Abs. 2 Satz 1 BeurkG die Verlesung nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG ersetzt, kann ein Verstoß gegen die Übersetzungspflicht gegenüber einem sprachunkundigen Beteiligten grundsätzlich keine anderen Rechtsfolgen auslösen als ein Verstoß gegen die Verlesungspflicht gegenüber einem sprachkundigen Beteiligten. Die Nichtübersetzung von bloßen Sollbestandteilen der Urkunde, die in der Niederschrift nicht einmal enthalten sein müssten, führt daher nicht zu einer Unwirksamkeit des Beurkundungsakts und nicht zu einer materiellrechtlichen Nichtigkeit des zu beurkundenden formbedürftigen Rechtsgeschäfts.

**30** Dafür streitet auch die folgende Kontrollüberlegung: Es hat nach allgemeiner Ansicht auf die Wirksamkeit des Beurkundungsakts keinen Einfluss, wenn der Notar von der mangelnden Sprachkunde eines Beteiligten Kenntnis erlangt, eine entsprechende Feststellung in der Niederschrift (§ 16 Abs. 1 BeurkG) aber unterlässt und die Niederschrift auch nicht übersetzt (vgl. BGHSt 47, 39 = NJW 2001, 3135, 3137; OLG Köln, MittBayNot 1999, 59, 60; BayObLG, FamRZ 2000, 1124, 1125). Dann ist es aber wertungsmäßig nicht einzusehen, warum demgegenüber der Beurkundungsakt unwirksam sein sollte, wenn der Notar die Feststellung nach § 16 Abs. 1 BeurkG in der Niederschrift vermerkt und die dadurch nach § 16 Abs. 2 Satz 1 BeurkG ausgelöste Übersetzungspflicht nur wegen solcher Bestandteile der Niederschrift nicht erfüllt, die außerhalb des eigentlichen Beurkundungsgegenstands liegen.

**31** b) Eine Unwirksamkeit des Beurkundungsakts kann auch nicht daraus hergeleitet werden, dass der beurkundende Notar den Text des Ehevertrags nicht unmittelbar mündlich übersetzt, sondern stattdessen nur die vorliegende schriftliche Übersetzung vorgelesen haben soll.

**32** Eine solche Vorgehensweise zur Erfüllung der Pflichten nach § 16 Abs. 2 Satz 1 BeurkG bei einer Übersetzung durch den Notar wird überwiegend für zulässig erachtet (vgl. Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 16 Rdnr. 27; Lerch, BeurkG, § 16 Rdnr. 10; Kanzleiter, DNotZ 1997, 261, 268). Dem ist wegen der – gegenüber einer spontanen mündlichen Übersetzung – regelmäßig höheren Qualität einer vorbereiteten schriftlichen Übersetzung jedenfalls dann zuzustimmen, wenn das Vorlesen der schriftlichen Übersetzung nicht über die fehlende eigene Sprachkunde des Notars hinweghelfen soll (vgl. Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa, BeurkG und DNot, § 16 BeurkG Rdnr. 25; BeckOGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz, § 16 Rdnr. 37; Ott, RNotZ 2015, 189, 190, 191 f.). Ob der beurkundende Notar im vorliegenden Fall über hinreichende (aktive) englische Sprachkenntnisse verfügt hatte, die ihm eine über die bloße Wiedergabe der schriftlichen Übersetzung hinausgehende Auseinandersetzung mit dem Inhalt der Niederschrift in englischer Sprache ermöglicht hätten, ist zwischen den Beteiligten zwar umstritten. Es kommt darauf aber auch nicht an. Eine Nachprüfung, ob der Notar sich ausreichende Sprachkenntnisse zu Recht zugetraut hat, findet nicht statt; eine diesbezügliche Fehleinschätzung des Notars führt nicht zu einer Unwirksamkeit des Beurkundungsakts (vgl. Winkler, BeurkG, § 16 Rdnr. 20; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa, BeurkG und DNot, § 16 BeurkG Rdnr. 25; BeckOGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz, § 16 Rdnr. 71; Hertel in FS Wolfsteiner, 2008, S. 51, 53; Ott, RNotZ 2015, 189, 190).

**33** III. Die angefochtene Entscheidung kann daher keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG). Der Erfolg der Anträge der Ehefrau hängt davon ab, ob der verfahrensgegenständliche Ehevertrag einer Inhaltskontrolle standhält, was das Beschwerdegericht – aus seiner Sicht folgerichtig – offengelassen hat. Der Senat kann die Sache insoweit auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht selbst entscheiden. Für das weitere Verfahren sind die folgenden Hinweise veranlassend:

**34** 1. Das Beschwerdegericht wird sich insbesondere die Frage vorzulegen haben, ob sich der Ehevertrag im Rahmen einer Gesamtwürdigung am Maßstab des § 138 BGB als sittenwidrig erweist.

**35** a) Selbst wenn die ehevertraglichen Einzelregelungen zu den Scheidungsfolgen bei isolierter Betrachtungsweise den Vorwurf der Sittenwidrigkeit jeweils für sich genommen nicht zu rechtfertigen vermögen, kann sich ein Ehevertrag nach ständiger Rechtsprechung des Senats im Rahmen einer Gesamtwürdigung als insgesamt sittenwidrig erweisen, wenn das objektive Zusammenwirken aller in dem Vertrag enthaltenen Regelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt (vgl. Senatsbeschlüsse vom 17.1.2018, XII ZB 20/17, FamRZ 2018, 577 Rdnr. 16 und vom 15.3.2017, XII ZB 109/16, FamRZ 2017, 884 Rdnr. 38; Senatsurteile vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, FamRZ 2013, 195 Rdnr. 22 und vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, FamRZ 2013, 269 Rdnr. 26).

**36** In objektiver Hinsicht wird im vorliegenden Fall von einer solcherart einseitigen vertraglichen Lastenverteilung zum Nachteil der Ehefrau auszugehen sein.

**37** aa) Mit dem Alters- und Krankheitsunterhalt sind von der Senatsrechtsprechung dem Kernbereich der Scheidungsfolgen zugeordnete Unterhaltstatbestände ausgeschlossen worden. Insoweit war schon bei Vertragsschluss mit höherer Wahrscheinlichkeit auf Seiten der Ehefrau – als dem Ehegatten mit den potenziell geringeren Verdienstmöglichkeiten – eine spezifische Bedürfnislage absehbar.

**38** bb) Die Ehefrau betreute im Zeitpunkt der Eheschließung bereits ein aus der Beziehung hervorgegangenes Kleinkind; auch nach den Angaben des Ehemanns haben sich die Beteiligten seinerzeit zumindest die Geburt eines weiteren gemeinsamen Kindes vorstellen können. Das von den Beteiligten in der Folgezeit tatsächlich verwirklichte Ehemodell, in dem sich die Ehefrau unter vollständigem Verzicht auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit für längere Zeit allein der Kinderbetreuung und Haushaltsführung widmet, lag somit schon bei Abschluss des Ehevertrags jedenfalls im Bereich des Möglichen. Unter diesen Umständen war mit ehebedingten Versorgungsungleichheiten von vornherein allein auf Seiten der Ehefrau zu rechnen. Selbst wenn – was zwischen den Beteiligten bislang nicht streitig zu sein scheint, aber noch nicht anhand von Versorgungsauskünften festgestellt worden ist – der Ausschluss des Versorgungsausgleichs wegen einer aufseiten des Ehemanns ausschließlich auf Bildung von Privatvermögen gerichteten Altersvorsorgestrategie aus der maßgeblichen Sicht bei Vertragsschluss für die Ehefrau in beschränktem Ausmaß vorteilhaft gewesen sein mag, ändert dies nichts daran, dass durch die Übernahme der Familienarbeit vorhersehbare Versorgungsungleichheiten zu erwarten waren, denen wegen der vereinbarten Gütertrennung keine Teilhabe an dem vom Ehemann gebildeten und seiner Altersversorgung dienenden Vermögen gegenüberstehen würde.

**39** cc) Das Verdikt einer objektiv einseitigen Lastenverteilung wird in der Gesamtbetrachtung auch durch die im Vertrag enthaltenen Regelungen zur Einzahlung von Beiträgen in die gesetzliche Rentenversicherung und zur gemeinsamen Vermögensbildung aus Einkommensrücklagen nicht in Frage gestellt.

**40** (1) Sofern man § 4 des Ehevertrags entnehmen könnte, dass für die Ehefrau – was tatsächlich zu keinem Zeitpunkt erfolgt ist – durch Entrichtung freiwilliger Beiträge während der Ehezeit ein Anrecht in der gesetzlichen Rentenversicherung gebildet werden sollte, fehlt es bereits an jeder verbindlichen und konkreten Festlegung zur Höhe der Beitragszahlung. Insoweit hätte den vertraglichen Regelungen schon durch die Zahlung von Mindestbeiträgen Genüge getan werden können. Die Mindestbeitragsbemessungsgrundlage für die freiwillige Versicherung betrug nach der Rechtslage im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein Siebtel der monatlichen Bezugsgröße (§ 167 SGB VI in der seit dem 1.1.1992 geltenden Fassung). Nach den Rechengrößen für die Sozialversicherung im Jahr 1995 (vgl. FamRZ 1995, 208 f.) ergab sich bei einem Beitragssatz von 18,6 % und einer Bemessungsgrundlage von 580 DM ( $1/7 \cdot 4.060$  DM) ein monatlicher Mindestbeitrag i. H. v. 107,88 DM, was einer jährlichen Beitragszahlung von 1.294,56 DM entspricht. Mit dieser Beitragsleistung hätte im

Jahr 1995 ein Rentenrecht in Höhe von 0,1365 Entgeltpunkten erworben werden können (1.294,56 DM \* 001054764 Umrechnungsfaktor Beiträge in Entgeltpunkte). Es ist evident, dass ein Anrecht in dieser Größenordnung zur Kompensation von Versorgungsnachteilen aufgrund des Verzichts auf eine eigene versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit gänzlich unzureichend gewesen wäre.

**41** (2) Der Regelung in § 3 des Ehevertrags über die gemeinsame Vermögensbildung aufgrund von Rücklagen aus dem Einkommen lässt sich von vornherein keine Verpflichtung des Ehemanns zur Erbringung bestimmter Kompensationsleistungen entnehmen, zumal die Entscheidung, ob und ggf. welche Einkommensbestandteile während der Ehezeit zur gemeinsamen Vermögensbildung verwendet werden, einer späteren Beschlussfassung der Eheleute – und damit auch dem Mitbestimmungsrecht des Ehemanns – vorbehalten bleiben.

**42** b) Freilich kann aus dem objektiven Zusammenspiel einseitig belastender Regelungen nur dann auf die weiter erforderliche verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten geschlossen werden, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiegelt. Ein unausgewogener Vertragsinhalt mag zwar ein gewisses Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition des belasteten Ehegatten sein. Gleichwohl wird das Verdikt der Sittenwidrigkeit in der Regel nicht gerechtfertigt sein, wenn außerhalb der Vertragsurkunde keine verstärkenden Umstände zu erkennen sind, die auf eine subjektive Imparität, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit, hindeuten könnten (vgl. Senatsbeschlüsse vom 17.1.2018, XII ZB 20/17, FamRZ 2018, 577 Rdnr. 19 und vom 15.3.2017, XII ZB 109/16, FamRZ 2017, 884 Rdnr. 39; Senatsurteile vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, FamRZ 2013, 195 Rdnr. 24 und vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, FamRZ 2013, 269 Rdnr. 27).

**43** aa) Anhaltspunkte für eine unterlegene Verhandlungsposition bestehen nach der Rechtsprechung des Senats regelmäßig dann, wenn der mit dem Verlangen auf Abschluss eines Ehevertrags konfrontierte Ehegatte erkennbar ohne den ökonomischen Rückhalt der Ehe einer ungesicherten wirtschaftlichen Zukunft entgegensehen würde (vgl. Senatsbeschlüsse vom 29.1.2014, XII ZB 303/13, FamRZ 2014, 629 Rdnr. 41 und vom 18.3.2009, XII ZB 94/06, FamRZ 2009, 1041 Rdnr. 17; Senatsurteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, FamRZ 2013, 269 Rdnr. 28).

**44** Im vorliegenden Fall ist insbesondere zu berücksichtigen, dass sich die Ehefrau als ledige und nicht erwerbstätige Mutter eines knapp sieben Monate alten Kleinkindes angesichts der bei Vertragsschluss im September 1995 vergleichsweise schwach ausgestalteten Unterhaltsansprüche aus Anlass der Geburt (§ 1615I BGB) in einer Situation befand, in der ein betreuender Elternteil typischerweise aus ökonomischen Gründen in erhöhtem Maße auf die Eingehung der Ehe angewiesen ist. Unter den hier obwaltenden Umständen bedarf es allerdings weiterer Feststellungen dazu, ob die Ehefrau aufgrund ihres familiären Vermögenshintergrunds genügend finanzielle

Unabhängigkeit besaß, um dem Ansinnen des Ehemanns auf Abschluss eines Ehevertrags entgegenzutreten oder auf die Gestaltung des Ehevertrags maßgeblichen Einfluss nehmen zu können. Dabei wird auch von Bedeutung sein, ob die Ehefrau im Falle eines Scheiterns der Beziehung mit dem Kind nach England hätte zurückkehren und ihre vor der Übersiedlung nach Deutschland ausgeübte Berufstätigkeit im familiären Unternehmen neben der Kinderbetreuung hätte fortsetzen können.

**45** bb) Ferner wird zu erwägen sein, ob sich in dem objektiv unausgewogenen Vertragsinhalt auch eine sprachliche Unterlegenheit der Ehefrau widerspiegelt.

**46** Ist der mit dem Verlangen auf Abschluss eines Ehevertrags konfrontierte Ehegatte – wie im vorliegenden Fall die Ehefrau – der deutschen Urkundssprache nicht mächtig, ist sie zur Herstellung der Verhandlungsparität im Beurkundungsverfahren in besonderem Maße auf eine fachkundige Übersetzung angewiesen. Wenn das Beschwerdegericht – in anderem Zusammenhang – erkennbar davon ausgeht, dass die im Ehevertrag enthaltene Klausel über die mögliche Bildung gemeinsamen Vermögens aus Einkommensrücklagen bei der Beurkundung des Ehevertrags nur sinnenstehend („New property we get in our marriage belongs us half“) in die englische Sprache übersetzt worden ist und die Ehefrau wegen der dadurch hervorgerufenen falschen Vorstellungen über den zu erwartenden Vermögenserwerb in der Ehe die wirtschaftliche Tragweite des von ihr erklärten Verzichts auf die gesetzlichen Scheidungsfolgen nicht zutreffend einschätzen konnte, hält sich dies im Rahmen einer zulässigen tatrichterlichen Würdigung. Auf die Frage, ob der Ehemann aufgrund seiner eigenen Sprachkunde und seines rechtlichen Erkenntnisvermögens die Unzuträglichkeiten der vorliegenden englischen Übersetzung des Ehevertrags bemerken konnte, kommt es nicht entscheidend an. Maßgeblich ist insoweit allein, dass die konkrete Verhandlungssituation, in der sich die Ehefrau im Beurkundungsverfahren befunden hat, allein auf Veranlassung des Ehemanns entstanden ist.

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Julius Forschner**, LL.M. (Cambridge), Würzburg

Die zunehmende Internationalisierung des Rechtsverkehrs macht auch vor dem Familienrecht nicht halt. Im Jahr 2017 wurden in Deutschland 57.672 Ehen unter Beteiligung mindestens eines ausländischen Ehegatten geschlossen.<sup>1</sup> Das entsprach 14,2 % aller in Deutschland eingegangenen Ehen und damit etwa jeder 8. Eheschließung.<sup>2</sup> Für den Notar stellt sich bei der Gestaltung von Eheverträgen mit ausländischen Beteiligten neben der Berücksichtigung des internationalen Privatrechts vor allem die Herausforderung, das Beurkundungsverfahren so zu gestalten, dass auch Beteiligte, die der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig sind, der Beurkundung folgen können. Die vorliegende Entscheidung zeigt beispielhaft, welche Schwierigkeiten sich hierbei erge-

<sup>1</sup> <https://www.verband-binationaler.de/presse/zahlen-fakten/eheschliessungen/> (zuletzt abgerufen am 9.6.2019).

<sup>2</sup> Ebenda.

ben können und wie Beurkundungsrecht und materielles Recht ineinandergreifen.

## 1. Inhalt der Entscheidung

Die Entscheidung behandelt zwei größere Themenkomplexe: Zum einen wird die Übersetzung einer einsprachigen Urkunde von einer zweisprachigen Urkunde abgegrenzt. Zum anderen wird die bekannte Rechtsprechung des BGH zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen gemäß § 138 BGB präzisiert.

Die Entscheidung hatte einen Ehevertrag zwischen einem deutschen Unternehmer und seiner bis dahin ledigen und nicht erwerbstätigen, britischen Lebensgefährtin zum Gegenstand. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zog die Ehefrau bereits ein ca. sieben Monate altes Kind von ihrem Ehemann groß. Während der Ehe sollten noch weitere drei Kinder folgen, die die Ehefrau ebenfalls alleine betreute. Im Ehevertrag wurde Gütertrennung, ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs und ein Ausschluss des nahehelichen Unterhalts vereinbart. Als Kompensation für den Verzicht auf den Versorgungsausgleich sollte der Ehemann für die Ehefrau „Beiträge zur Deutschen Rentenversicherung“ einzahlen, wobei weder Höhe noch Zeitpunkt der Zahlungen bestimmt wurden. Tatsächlich erfolgte eine Einzahlung zu keinem Zeitpunkt. Bzgl. der Gütertrennung wurde folgende „Kompensation“ vereinbart:

„Soweit wir im Laufe unserer Ehe aus unseren Einkünften Rücklagen bilden, sind wir darüber einig, dass dieses so gebildete Vermögen zu gleichen Anteilen jedem Ehepartner (also je zur Hälfte) zusteht“.

Diese ausdifferenzierte Regelung wurde in der (ebenfalls verlesenen) englischen Fassung schlicht wie folgt übersetzt

„New property we get in our marriage belongs us half.“

Eine weitere Differenzierung wie in der deutschen Niederschrift wurde nicht vorgenommen. Die englische Version bezog sich also auf das gesamte während der Ehe erworbene Vermögen, die deutsche Version lediglich auf Rücklagen, die aus dem Einkommen gebildet werden.

Das wiederum warf die beurkundungsrechtliche Frage auf, wie die Divergenzen in den Sprachfassungen zu behandeln sind. Der Notar übersetzte die deutsche Niederschrift schriftlich ins Englische und verlas sowohl die deutsche Niederschrift als auch die englische Übersetzung. Die deutsche Fassung war mit „Niederschrift“, die englische Fassung mit „Übersetzung“ überschrieben. Der Vertrag enthielt unter anderem folgenden Vermerk:

„Der Notar verlas sodann den nachfolgenden Ehevertrag und die als Anlage dieser Niederschrift beigefügte englische Übersetzung, die beide von den Vertragsschließenden genehmigt und unter der deutschen Fassung unterschrieben wurden.“

Ob dieser Vermerk gleichfalls ins Englische übersetzt wurde, ist zwischen den Parteien streitig.

## 2. Übersetzung versus zweisprachige Urkunde

§ 16 Abs. 2 BeurkG sieht vor, dass eine Niederschrift einem Sprachkundigen gegenüber anstelle des Vorlesens zu übersetzen ist. Diese Übersetzung kann mündlich erfolgen, wobei der Beteiligte eine schriftliche Übersetzung verlangen kann. § 16 Abs. 3 BeurkG stellt klar, dass der Notar die Übersetzung selbst vornehmen oder einen Dolmetscher hinzuziehen kann. § 5 Abs. 2 BeurkG sieht darüber hinaus vor, dass der Notar eine Urkunde auch in einer anderen als der deutschen Sprache errichten darf. Über diese gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten der Errichtung in einer fremden Sprache und der Übersetzung hinaus ist anerkannt, dass der Notar auch eine Beurkundung in zwei gleichwertig verbindlichen Sprachfassungen vornehmen kann.<sup>3</sup> Im vorliegenden Fall wurde diese Unterscheidung relevant, da zwischen den Parteien streitig war, ob es sich bei der zweiten (englischen) Sprachfassung um eine Übersetzung handelte oder um eine Beurkundung in einer zweiten, gleichwertigen Sprache.<sup>4</sup> Da die Sprachfassungen derart weit voneinander abwichen, wäre man bei der Einordnung als gleichwertige Sprachfassungen wohl unweigerlich zu dem Ergebnis gelangt, dass zwischen den Parteien ein versteckter Einigungsmangel im Sinne des § 155 BGB vorgelegen hätte, sodass mindestens die entsprechende Klausel, im vorliegenden Fall wohl aber der gesamte Vertrag unwirksam gewesen wäre. Es ist nicht anzunehmen, dass die Ehefrau der Gütertrennung auch ohne eine entsprechende Kompensation zugestimmt hätte.

Der BGH leitet, meines Erachtens überzeugend, aus der Überschrift der englischen Sprachfassung mit „Übersetzung“ ab, dass es sich bei der englischen Version nicht um eine gleich verbindliche Niederschrift handle, sondern lediglich um eine überobligatorische Verlesung einer zuvor gefertigten schriftlichen Übersetzung.<sup>5</sup> Dem ist schon deshalb zuzustimmen, da es sich bei der Beurkundung in zwei gleichwertigen Sprachfassungen um eine – gesetzlich nicht vorgesehene – wenig praktizierte<sup>6</sup> Ausnahme handelt, sodass von einem entsprechenden Vorgehen beurkundungsrechtlich nur ausgegangen werden kann, wenn dies aus der Niederschrift ausdrücklich hervor geht.

Die zwischen den Parteien strittige Frage, ob der Notar die Urkunde vollständig – einschließlich seines Vermerks bzgl. der Sprachkundigkeit der Ehefrau – übersetzt hat, konnte der Senat offenlassen, da § 16 BeurkG zwar die vollständige und natürlich auch korrekte Übersetzung verlangt. Bei dem Vermerk bzgl. der Sprachkundigkeit handelt es sich je-

3 Würzburger Notarhandbuch/Limmer, 5. Aufl. 2018, Teil 1 Kap. 2 Rdnr. 107; BeckOGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz, Stand: 1.3.2019, § 16 Rdnr. 59; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, 3. Aufl. 2018, § 16 Rdnr. 8; Hertel in FS Wolfsteiner, 2007, S. 51, 61, der die Vornahme der Beurkundung in zwei gleichwertigen Sprachfassungen zurecht als „kaum sinnvoll“, aber i. E. zulässig erachtet; offen gelassen von S. Ott, RNotZ 2015, 189, 194.

4 Hiervon ging noch die Vorinstanz aus, OLG Hamm, Beschluss vom 18.6.2018, 4 UF 86/17 (unveröffentlicht).

5 Rdnr. 21 der besprochenen Entscheidung.

6 Hertel in FS Wolfsteiner, 2007, S. 51, 61.

doch lediglich um einen Soll-Bestandteil der Urkunde,<sup>7</sup> so dass nicht einmal ein Fehlen des gesamten Vermerks den Beurkundungsakt unwirksam werden ließe.<sup>8</sup> Wenn jedoch das Weglassen des Vermerks nicht zur Unwirksamkeit führt, kann auch die unterlassene Übersetzung nicht zur Unwirksamkeit führen.<sup>9</sup> Gleichfalls ist es für die Wirksamkeit der Beurkundung auch irrelevant, ob der Notar der Sprache, in die er übersetzt, tatsächlich hinreichend mächtig ist.<sup>10</sup>

### 3. Unwirksamkeitsgründe des Ehevertrags

Ein Ehevertrag ist bekanntlich nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG<sup>11</sup> und darauf aufbauend des BGH<sup>12</sup> gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nichtig, wenn eine Gesamtschau der im Vertrag enthaltenen Regelungen in objektiver Hinsicht auf eine evident einseitige Benachteiligung eines Ehegatten hindeutet, wobei in subjektiver Hinsicht zu berücksichtigen ist, was den benachteiligten Ehegatten bewogen hat, diesem Verlangen zu entsprechen.<sup>13</sup> Bei der vorliegenden Fallgestaltung (ausländische, nicht erwerbstätige Ehefrau, die bei Vertragsschluss ein sieben Monate altes Kind zu betreuen hat) dürfte jeder Notar in der Besprechung zusammenzucken, wenn der Wunsch nach einem – hier vorliegenden – „Totalausschluss“ geäußert wird.

Die zur Kompensation eingebauten Vertragsklauseln sind allerdings misslungen. Als Kompensation für die Vereinbarung der Gütertrennung wurde vorgesehen, dass etwaig gebildete „Rücklagen aus Einkünften“ jedem Ehepartner zur Hälfte zustehen sollen. Eine echte Kompensation kann für die Ehefrau darin nicht gesehen werden. Denn ist der Ehemann der Haupt- oder Alleinverdiener, dann ist es dem Einfluss der Ehefrau entzogen, ob überhaupt jemals solche Rücklagen gebildet werden. Ist der Ehemann Unternehmer und entnimmt er aus dem Unternehmen nur das Nötigste, so ist eine Rücklagenbildung ebenfalls nicht möglich und die Ehefrau geht leer aus. Beim Zugewinnausgleich ist es zwar dem Einfluss des nicht verdienenden Ehegatten ebenfalls entzogen, ob und welcher Zugewinn angehäuft wird. Dort würde aber wenigstens die Unternehmensbeteiligung beim Zugewinn wertmäßig berücksichtigt.

Statt des Versorgungsausgleichs sollten „Zahlungen in die gesetzliche Rentenversicherung“ geleistet werden. Die Regelung ist schon deshalb zu unkonkret, weil weder Höhe noch Zeitpunkt der Zahlungen festgelegt waren (und tat-

sächlich auch nie erfolgten). Der BGH rechnet vor, dass bei Einzahlung lediglich des Mindestbetrags (was der Vertragsregelung genüge getan hätte) eine Beitragszahlung von 1.294,56 DM jährlich (!) die Vertragspflicht bereits erfüllt hätte.<sup>14</sup> Dass diese Beitragszahlung zu einem Rentenanspruch deutlich unter Sozialhilfeniveau geführt hätte, liegt auf der Hand. Eine echte Kompensation für einen Verzicht auf den Versorgungsausgleich, kann darin nicht gesehen werden.

### 4. Folgen für die Praxis

Wird eine schriftliche Übersetzung der Urkunde gefertigt und mitverlesen, so sollte unbedingt klargestellt werden, dass es sich hierbei nicht um eine zweite verbindliche Fassung, sondern lediglich um eine Übersetzung handelt. Ist ausnahmsweise eine *zweisprachige Beurkundung* gewünscht, sollte eine Regelung aufgenommen werden, welche Sprachfassung im Falle von Abweichungen vorgeht.<sup>15</sup> Auch wenn der BGH betont, dass die tatsächliche Sprachkenntnis des Notars die Wirksamkeit unberührt lässt, zeigt die vorliegende Entscheidung, dass der Notar nur selbst übersetzen sollte, wenn er sich seiner Sprachkenntnis sicher ist. Bei (Selbst-)Zweifeln sollte ein Dolmetscher hinzugezogen werden.

Werden für einen Ausschluss des Versorgungsausgleichs Kompensationszahlungen vorgesehen, so genügt es nicht, lediglich pauschal zu formulieren, dass „Zahlungen in die gesetzliche Rentenversicherung“ zu erfolgen haben. Es muss vielmehr konkret geregelt werden, welche Zahlungen, wann und in welcher Höhe zu erfolgen haben.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Rdnr. 40 der besprochenen Entscheidung.

<sup>15</sup> Formulierungsvorschlag bei BeckOGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz, § 16 Rdnr. 61.1. Zu allen anderen Fallkonstellationen vgl. die zahlreichen Formulierungsvorschläge bei S. Ott, RNotZ 2015, 189 ff.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu bspw. das ausführliche Muster bei Münch, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2016, § 22 Rdnr. 15.

<sup>7</sup> Rdnr. 29 der besprochenen Entscheidung; vgl. außerdem schon BGH, Urteil vom 25.5.2001, 2 StR 88/01, NJW 2001, 3135, 3136.

<sup>8</sup> Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rdnr. 31.

<sup>9</sup> Rdnr. 30 der besprochenen Entscheidung.

<sup>10</sup> Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa, BeurkG/DONot, 7. Aufl. 2015, § 16 Rdnr. 25; Winkler, BeurkG, § 16 Rdnr. 20.

<sup>11</sup> BVerfG, Urteil vom 6.2.2001, 1 BvR 12/92, NJW 2001, 957; Beschluss vom 29.3.2001, 1 BvR 1766/92, NJW 2001, 2248.

<sup>12</sup> Grundlegend BGH, Urteil vom 11.2.2004, XII ZR 265/02, NJW 2004, 930; zuletzt Beschluss vom 17.1.2018, XII ZB 20/17, NJW 2018, 1015 m. w. N.

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, DNotZ 2013, 376, 378.

## KOSTENRECHT

### 28. Notarkosten bei vorzeitiger Beendigung des Beurkundungsverfahrens nach Übersendung eines Vertragsentwurfs

KG, Beschluss vom 14.9.2018, 9 W 46/18

*BeurkG § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2*

*GNotKG § 3 Abs. 2. § 29, KV 21302*

#### LEITSATZ:

**Auf den Gebührentatbestand der vorzeitigen Beendigung des Beurkundungsverfahrens gemäß KV 21302 ist ohne Einfluss der Umstand, dass der Notar gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG verpflichtet ist, dem Verbraucher den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts zur Verfügung zu stellen.**

#### SACHVERHALT:

1 I. Die Antragstellerin beabsichtigte den Erwerb einer von einer Maklerin vermittelten Eigentumswohnung in B (...). Antragstellerin und Verkäuferin bevollmächtigten die Maklerin, bei dem Notar eine Kaufvertragsurkunde vorbereiten zu lassen. Mit Schreiben vom 3.8.2015 bat die Maklerin den Antragsgegner um Vorbereitung eines notariellen Kaufvertrages und nannte mögliche Termine für eine Beurkundung.

2 Mit E-Mail vom 18.9.2016 übersandte der Antragsgegner der Antragstellerin wie auch der Verkäuferin einen nochmals überarbeiteten Vertragsentwurf. Und bestätigte den Beurkundungstermin für den 29.9.2016. Noch vor dem Termin nahm die Antragstellerin von dem Erwerb der Wohnung Abstand.

3 Mit der Notarkostenberechnung (...) erhob der Antragsgegner eine 2,0 Gebühr für die vorzeitige Beendigung des Beurkundungsverfahrens gemäß KV Nr. 21302 GNotKG nebst Auslagen.

4 Hiergegen wandte sich die Antragstellerin mit ihrem Antrag auf gerichtliche Entscheidung. Das LG hat den Antrag durch Beschluss vom 24.1.2018 – 80 OH 205/16 – zurückgewiesen. Mit ihrer Beschwerde, welcher das LG nicht abgeholfen hat, verfolgt die Antragstellerin ihren ursprünglichen Überprüfungsantrag weiter.

5 Sie ist der Ansicht: Da der Notar mit Übersendung des Vertragsentwurfes lediglich seiner gesetzlichen Pflicht aus § 17 Abs. 2a BeurkG genügt habe, habe dies auch kostenfrei zu erfolgen. Zudem seien die Gebühren zu hoch, der Notar habe nicht den vollen Rahmen ausschöpfen dürfen.

6 Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

7 den Beschluss des LG Berlin wie auch die Notarkostenberechnung des Antragsgegners aufzuheben.

8 Der Antragsgegner verteidigt seine Kostenberechnung und beantragt,

9 die Beschwerde zurückzuweisen.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

10 II. Die nach § 127 GNotKG statthafte und auch sonst gemäß § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG in Verbindung mit den §§ 63, 64 FamFG zulässige Beschwerde der Antragstellerin ist nicht begründet.

11 Mit den zutreffenden Erwägungen hat das LG festgestellt, dass dem Antragsgegner der in der Kostenberechnung vom 7.10.2016 festgesetzte Gebührenanspruch dem Grunde und

der Höhe nach zusteht. Insbesondere ist die Festsetzung der Gebühr von 2,0 gemäß KV Nr. 21302 für eine vorzeitige Beendigung des Beurkundungsverfahrens nicht zu beanstanden. Kosten für den der Antragstellerin übersandten Entwurf werden vom Antragsgegner nicht geltend gemacht.

12 1. Der Antragsgegner hat keine Gebühr für den der Antragstellerin übersandten Entwurf berechnet.

13 Das GNotKG kennt – soweit hier überhaupt in Betracht kommend – allein eine Entwurfsgebühr nach KV Nr. 24100, deren Gebührentatbestand vorliegend freilich nicht erfüllt ist, weil der Antragsgegner nicht außerhalb eines Beurkundungsverfahrens – sondern im Rahmen eines solchen – einen Entwurf gefertigt hat (Vorbemerkung 2.4.1). Eine Entwurfsgebühr nach KV Nr. 24100 macht der Antragsgegner gerade nicht geltend. Die Übersendung des Entwurfs selbst erfolgte mithin, ohne dass besondere Kosten berechnet worden sind.

14 2. Der Gebührentatbestand einer vorzeitigen Beendigung des Beurkundungsverfahrens gemäß KV Nr. 21302 ist vorliegend erfüllt.

15 Die Antragstellerin ist Kostenschuldnerin im Sinne des § 29 Nr. 1 GNotKG. Nach dieser Vorschrift schuldet die Notarkosten, wer den Auftrag (im vorliegenden Fall für das später vorzeitig beendete Beurkundungsverfahren) erteilt hat. Die Antragstellerin hat gemeinsam mit dem Verkäufer, vertreten durch die Maklerin, den Antragsgegner mit der Einleitung des Beurkundungsverfahrens beauftragt. Die Maklerin hat einen Beurkundungstermin vereinbart und einen Kaufvertragsentwurf angefordert. Dies wird von der Beschwerde auch nicht (mehr) in Frage gestellt.

16 Auch dass der Gebührentatbestand nach KV Nr. 21302 dem Grunde nach erfüllt ist, weil das Beurkundungsverfahren nach der Übermittlung eines vom Notar gefertigten Entwurfs per E-Mail an die Beteiligten, mithin nach dem in KV Nr. 21300 Ziffer 2 genannten Zeitpunkt vorzeitig beendet wurde, zieht die Antragstellerin nicht mehr in Zweifel.

17 3. Die Höhe der Gebühr für das vorzeitig beendete Beurkundungsverfahren ist nicht zu beanstanden.

18 a) Die Gebühren sind in 21302 als Gebührenrahmen von 0,5 bis 2,0 ausgestaltet. Wegen § 92 Abs. 1 GNotKG bestimmt der Notar bei Rahmengebühren die Gebühr im Einzelfall grundsätzlich unter Berücksichtigung des Umfangs der erbrachten Leistung nach billigem Ermessen. Dieses Ermessen reduziert § 92 Abs. 2 GNotKG jedoch dahin, dass bei den Gebühren für das Beurkundungsverfahren im Fall der vorzeitigen Beendigung für die vollständige Erstellung des Entwurfs die Höchstgebühr zu erheben sei. Ein solcher Fall liegt hier vor, da der Notar – zwischen den Beteiligten unstreitig – einen vollständigen Entwurf gefertigt hatte. In einem solchen Falle besteht das Ermessen also nicht mehr (Korintenberg/Diehn, GNotKG, 20. Aufl. 2017, KV Nr. 21302-21304 Rdnr. 16).

19 b) Ohne Einfluss auf die Gebührenhöhe ist der Umstand, dass der Antragsgegner gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG gehalten war, der Antragstellerin als Verbraucherin den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts zur Verfügung zu stellen.

**20** Die Vorschrift des § 17 Abs. 2a BeurkG gestaltet das Beurkundungsverfahren und will durch die besondere Gestaltung des Verfahrens den vom Gesetzgeber bezweckten Verbraucherschutz erreichen (BGH, Urteil vom 25.6.2015, III ZR 292/14, Rdnr. 19 juris; Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12, Rdnr. 20 juris). Allein der Umstand, dass der Antragsgegner hiernach mit der erfolgten Übersendung des Kaufvertragsentwurfes an die Antragstellerin eine gesetzliche Pflicht erfüllt hat, vermag allerdings – schon mangels Rechtsgrundlage – keine Kostenfreiheit zu begründen.

**21** Ein Notar hat im Laufe eines Beurkundungsverfahrens eine Vielzahl gesetzlicher Pflichten (vgl. nur die umfangreichen Regelungen des BeurkG) zu erfüllen. Dies ändert aber nichts daran, dass seine Tätigkeit, so sie – wie im vorliegenden Fall – Gebührentatbestände des GNotKG erfüllt, kostenpflichtig ist.

**22 c)** Zu einem anderen Ergebnis führt es auch nicht, dass der ursprüngliche Gesetzentwurf des Bundesrates vom 9.1.2013 (BT-Drucks. 17/12035) vorsah, dass der Notar den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäftes „kostenfrei“ zur Verfügung zu stellen habe.

**23** Diesem am Willen des historischen Gesetzgebers orientierten Argument kann zwar nicht allein unter Berufung darauf entgegen getreten werden, dass die Kostenfreiheit in den späteren Gesetzestext keinen Eingang gefunden habe. Dies geschah nämlich ausweislich der Gesetzesmaterialien (siehe Bericht der Abgeordneten *Andrea Astrid Vosshoff, Christoph Strässer, Mechthild Dyckmans, Jens Petermann* und *Ingrid Hönlinger* vom 17.4.2013 (BT-Drucks. 17/13137, IV Ziffer 1) allein wegen der Vorstellung, dass es ohnehin an einem entsprechenden Gebührentatbestand fehle.

**24** Diese Auffassung greift aber jedenfalls nach Inkrafttreten des GNotKG zu kurz, weil dieses in KV Nr. 24100 einerseits und KV Nr. 21302 andererseits zwischen dem gesondert beauftragten Entwurf außerhalb des Beurkundungsverfahrens und dem vorzeitig beendeten Beurkundungsverfahren streng unterscheidet. Auch die Gesetzesmaterialien lassen den Rückschluss zu, dass die Kostenfreiheit deshalb aus dem Entwurf des Gesetzestextes gestrichen wurde, weil nach der damaligen Rechtslage des § 145 KostO a. F. die Tatbestandsmerkmale der Entwurfsgebühr regelmäßig nicht erfüllt waren. Dafür, dass keine Kosten auch dann würden zu erheben sein, wenn – ausnahmsweise – die Tatbestandsmerkmale erfüllt wären, lassen weder der Wortlaut des Gesetzes noch die jeweiligen Begründungen Anhaltspunkte erkennen (vgl. hierzu *Brambring*, ZfR 2002, 597, 606). Somit steht auch die Begründung der Neufassung in keinem Widerspruch zu dem hier gefundenen Ergebnis, weil auch in dem Falle, da das Beurkundungsverfahren bereits mit Übersendung des beabsichtigten Textes im Sinne des § 17 Abs. 2a BeurkG im Gange war, die Kosten für die Amtstätigkeit des Notars nur dann anfallen, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des jeweiligen Gebührentatbestandes – hier allerdings regelmäßig KV 21302 – erfüllt sind.

**25** Unabhängig davon also, ob der historische Gesetzgeber die kostenrechtlichen Folgen der mit dem am 15.7.2013 verkündeten Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes

im notariellen Beurkundungsverfahren neu gefassten notariellen Pflicht bis in die letzte Konsequenz bedacht hat, wurde seine Auffassung jedenfalls durch die mit dem am 23.7.2013 verkündeten 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetz erfolgte Neufassung des Notarkostenrechts in dem GNotKG überholt. (...)

#### ANMERKUNG:

Von Notariatsoberrat **Thomas Strauß**, Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

In der Literatur wurden bisher unterschiedliche Auffassungen vertreten, in welchem Umfang bei Verbraucherverträgen sich aus den Verpflichtungen des Notars nach § 17 Abs. 2a) Satz 2 Nr. 2 BeurkG über die Zurverfügungstellung der Informationen über das beabsichtigte Geschäft eine Gebührenfreiheit entwickelt oder ableiten lässt.<sup>1</sup> Mit der vorliegenden Entscheidung des KG wird die Rechtsfrage im Zusammenhang mit einem beantragten Beurkundungsverfahren zu einem Verbrauchervertrag geklärt, bei dem abschließend die Beurkundung des beantragten Verfahrens unterblieben ist, nachdem ein Entwurf des beabsichtigten Vertragstextes durch den Notar an die Beteiligten übersandt worden war. Das KG hat hierbei alle Aspekte der Gebührenerhebung übersichtlich dargestellt.

#### 1. Entwurfsgebühr im Rahmen eines beantragten Beurkundungsverfahrens

Für die vorzeitige Beendigung des beantragten Beurkundungsverfahrens hat der Notar eine Gebühr nach KV-Nr. 21302 GNotKG erhoben. Die Kostenschuldnerin und Antragstellerin hat eingewendet, dass der Notar den Entwurf des vorgesehenen Vertrages aus der gesetzlichen Verpflichtung des § 17 Abs. 2a) Satz 2 Nr. 2 BeurkG kostenfrei zu erstellen gehabt hätte. Zutreffend hat hier das KG festgestellt, dass die Frage der Entwurfsgebühr nach KV-Nr. 24100 GNotKG unerheblich ist, da nach der Vorbem. 2.4.1 Abs. 1 KV-GNotKG Entwurfsgebühren nach KV-Nr. 24100 ff. GNotKG überhaupt nur entstehen, wenn außerhalb eines Beurkundungsverfahrens ein Entwurf für ein bestimmtes Rechtsgeschäft oder eine bestimmte Erklärung gefertigt worden ist. Der Gesetzgeber hat dort klar zum Ausdruck gebracht, dass Entwurfsgebühren nicht zur Abrechnung gebracht werden können, wenn für das betroffene Rechtsgeschäft die Einleitung eines Beurkundungsverfahrens beauftragt worden ist. Folglich hat der Notar deshalb Gebühren für die vorzeitige Beendigung des Beurkundungsverfahrens nach KV-Nr. 21300 ff. erhoben.

#### 2. Gebührenhöhe, Gebührensatz

Nach den Feststellungen des Gerichts hat die Antragstellerin als vorgesehene Käuferin gemeinsam mit dem Verkäufer

<sup>1</sup> Korintenberg/*Diehn*, 20. Aufl. 2017, Vorbem. 2.4.1 Rdnr. 12, Vorbem. 2.1.3. Rdnr. 6 a; LK-GNotKG/*Heit/Schreiber*, Vorbem. 2.4.1 Rdnr. 4; Leipziger Kostenspiegel, 2. Aufl. 2017, Rdnr. 9.72; Rohs/*Wedewer/Wudy*, GNotKG, Stand: März 2019, Vorbem. 2.1.3 bis 21304 Rdnr. 223 ff.; Notarkasse München, Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 739, 740.

die Vornahme eines Beurkundungsverfahrens beauftragt; ein Beurkundungstermin war vereinbart worden. Da die Beteiligten, vertreten durch eine ordnungsgemäß bevollmächtigte Maklerin, auch einen Kaufvertragsentwurf angefordert haben, der Kaufvertragsentwurf vollständig vom Notar erstellt und an die Beteiligten versandt worden war, war nach KV-Nr. 21302 GNotKG eine Gebühr in der Höhe zu erheben, wie wenn die Erklärung beurkundet worden wäre. Der Ansatz einer Gebühr nach KV-Nr. 21300 KV-GNotKG mit 20 € hatte auszuscheiden, da der Entwurf an die Beteiligten nach Rücknahme des Beurkundungsauftrages bereits versandt worden war. Anzumerken ist hier, dass die Gebühr nach KV-Nr. 21302 KV-GNotKG nicht erfordert, dass der Entwurf von einem Beteiligten verlangt wurde.<sup>2</sup> Der Notar ist zur Vorbereitung des Beurkundungsverfahrens ohne Weiteres berechtigt, aufgrund des Beurkundungsauftrages einen Entwurf zu erstellen.

Da der Entwurf durch den Notar vollständig erstellt wurde, ist nach § 92 Abs. 2 GNotKG der höchste Gebührensatz der vorgesehenen Rahmengebühr heranzuziehen. Ein Ermessen des Notars besteht hier nicht. Ein vollständiger Entwurf im Sinne von § 92 Abs. 2 GNotKG liegt vor, wenn der Notar alle ihm vorliegenden Informationen bei der Entwurfserstellung berücksichtigt hat.<sup>3</sup>

### 3. Kostenschuldner

Nach § 29 Nr. 1 GNotKG ist Kostenschuldner dem Notar gegenüber, wer den Auftrag für eine notarielle Tätigkeit erteilt oder den Antrag auf Vornahme einer Beurkundung gestellt hat. Da beide Vertragsteile den Notar mit der Beurkundungsverhandlung beauftragt haben, ist der Notar gemäß § 32 Abs. 1 GNotKG berechtigt, einen jeden der Gesamtschuldner für die Kosten der vorzeitigen Beendigung des Beurkundungsverfahrens in Anspruch zu nehmen.

### 4. Kostenfreiheit bei Verbraucherverträgen aus § 17 Abs. 2a) Satz 2 Nr. 2 BeurkG?

§ 17 Abs. 2a) Satz 2 Nr. 2 BeurkG verpflichtet den Notar bei einem Verbrauchervertrag den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts „zur Verfügung zu stellen“. Eine Kostenfolge ist hier nicht behandelt. Auch aus den Kostenbestimmungen für die Fertigung des Entwurfes nach KV-Nr. 24100 ff. (die hier nicht einschlägig sind), oder aus den Bestimmungen für die vorzeitige Beendigung des Beurkundungsverfahrens (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GNotKG KV Teil 2 Notargebühren Hauptabschnitt 1 Abschn. 3) ergibt sich keine Rechtsgrundlage, die eine Kostenfreiheit begründet. Die Tatsache, dass der ursprüngliche Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 9.1.2013 zur Einführung des § 17 Abs. 2a) BeurkG vorgesehen hatte, dass der Notar den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts „kostenfrei“ zur Verfügung zu stellen habe, ergibt keine Rückwirkung. Spätestens mit der Neufassung der kostenrechtlichen Bestimmungen und Einführung des GNotKG hätte der Gesetzgeber die Mög-

lichkeit gehabt, hier eine Regelung zu treffen. Dies hat das KG eindeutig festgestellt.

Darüber hinaus weist das KG darauf hin, dass ohnehin eine gesetzliche Pflicht des Notars besteht, das Beurkundungsverfahren verbraucherschützend zu gestalten. Eine derartige Amtspflicht steht jedoch einer Gebührenerhebung nicht entgegen.

Das KG distanziert sich insoweit auch von der Entscheidung des OLG München<sup>4</sup> noch zu den Bestimmungen der KostO, bei der die Frage jedenfalls offengeblieben ist oder das Gericht sogar im Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2 a) BeurkG von einer Gebührenfreiheit ausgeht. Der Entscheidung des KG ist zuzustimmen.

Anzumerken ist, dass die Frage einer möglichen Kostenfreiheit aus § 17 Abs. 2a) Satz 2 Nr. 2 BeurkG bei einem Verbrauchervertrag sich ohnehin ausschließlich in den Fällen stellt, in denen eine Gebühr für die vorzeitige Beendigung des Beurkundungsverfahrens nach KV-Nr. 21302 GNotKG in Betracht kommt. Aus einem Auftrag an den Notar zur Erstellung eines Entwurfes mit der Kostenfolge KV-Nr. 24100 GNotKG, also außerhalb eines Beurkundungsverfahrens, werden sich keine Verpflichtungen nach § 17 Abs. 2a) Satz 2 Nr. 2 BeurkG ergeben können, da dann kein Beurkundungsauftrag vorliegt, der einen Übereilungsschutz für einen Vertragsbeteiligten erfordert.

### 5. Praxishinweis

Für die Praxis empfiehlt es sich, sorgfältig zu prüfen, wer dem Notar einen Beurkundungsauftrag oder auch einen von einer Beurkundung unabhängigen Entwurfsfertigungsauftrag erteilt hat. Wird ein Beurkundungsauftrag durch einen Makler an den Notar herangetragen, ist insbesondere abzuklären, welchen der Vertragsteile der Makler vertritt. Es empfiehlt sich, entsprechende Nachweise zu dokumentieren.

Wenn bei Bauträgerverträgen der Bauträger oder dessen beauftragter Vertrieb dem Notar die Daten für eine vorgesehene Veräußerung mitteilt, der Notar aufgrund dieser Angaben den Entwurf des vorgesehenen Vertrags fertigt und dem vorgesehenen Käufer zur Auslösung der Zweiwochenfrist übersendet, hat der Käufer regelmäßig noch kein Tätigwerden des Notars veranlasst. Nimmt der Käufer vom Erwerb Abstand, ist der Veräußerer als Veranlasser der Tätigkeit nach § 29 Nr. 1 GNotKG Kostenschuldner. Der Bauträger ist also für die Gebühren für die vorzeitige Beendigung des Beurkundungsverfahrens in Anspruch zu nehmen. Der Käufer, selbst wenn er Verbraucher ist, tritt dann als weiterer Kostenschuldner gemäß § 29 Nr. 1, § 32 Abs. 1 GNotKG hinzu, wenn er sich sodann an den Notar wendet und um die Einarbeitung von Änderungswünschen vor dem Beurkundungstermin bittet. Dabei liegt es im pflichtgemäßen Ermessen des Notars, wen der Notar aus mehreren Gesamtschuldnern in Anspruch nimmt.

<sup>2</sup> Korintenberg/Diehn, GNotKG, KV-Nr. 21302 bis 21304 Rdnr. 7.

<sup>3</sup> Korintenberg/Diehn, GNotKG, § 92 Rdnr. 42.

<sup>4</sup> Beschluss vom 17.6.2014, 32 Wx 213/14, MittBayNot 2015, 72.

## ÖFFENTLICHES RECHT

### 29. Privatrechtliche Absicherung von Ausgleichs- und/oder Ersatzmaßnahmen nach dem Naturschutzrecht durch Eintragung einer Unterlassungs- und Benutzungsdienstbarkeit sowie einer Reallast

OLG München, Beschluss vom 13.2.2019, 34 Wx 202/18, mitgeteilt von **Edith Paintner**, Richterin am OLG München

BGB § 1023 Abs. 1, §§ 1090, 1105, 1111  
BNatSchG §§ 14, 15, 69 Abs. 3 Nr. 1

#### LEITSATZ:

**Zur privatrechtlichen Absicherung von Ausgleichs- und/oder Ersatzmaßnahmen nach dem Naturschutzrecht durch Eintragung einer Unterlassungs- und Benutzungsdienstbarkeit sowie einer Reallast.**

#### SACHVERHALT:

**1** Der Beteiligte zu 2 ist Eigentümer eines Grundstücks, das im Grundbuch beschrieben ist als Landwirtschaftsfläche zu (...) m<sup>2</sup>. Eine Teilfläche dieses Grundstücks soll als Ausgleichsfläche nach den Bestimmungen des BNatSchG für ein Bauvorhaben des Beteiligten zu 2 (Errichtung eines Milchviehstalls) auf einem anderen seiner Grundstücke dienen.

**2** Zur Sicherstellung des angestrebten Zustands der Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen bestellte und bewilligte er zugunsten des Freistaats Bayern, des Beteiligten zu 1, gemäß notarieller Urkunde vom 25.10.2017 eine Dienstbarkeit und eine Reallast im Gleichrang untereinander wie folgt:

„II. Dienstbarkeitsbestellung

Herr (...) (der Eigentümer)

– nachfolgend „Verpflichteter“ genannt -

(...) verpflichtet sich hiermit gegenüber dem Freistaat Bayern (...), auf einer Teilfläche von ca. (...) m<sup>2</sup> des Grundstücks (...), welche aus dem dieser Urkunde beigefügten Plan (...) rot eingezeichnet ist, Maßnahmen zu unterlassen, die einen Eingriff im Sinne des § 14 BNatSchG darstellen.

Unabhängig davon ist es untersagt, auf der vorgenannten Teilfläche des Grundstücks (...)

- bauliche Anlagen zu errichten,
- Drainagen anzulegen bzw. weitere Grabenvertiefungen oder Grabenverbreiterungen vorzunehmen,
- zu düngen oder Pflanzenschutz- und Pflanzenspritzmittel auszubringen,
- Pflanzen einzubringen, die nicht einer Vegetation entsprechen, die sich ohne menschliche Nutzung an diesem Standort einstellen würde – soweit sich aus der nachfolgend bestellten Reallast nicht etwas anderes ergibt –,
- Tiere auszusetzen, die nicht an diesem Standort auf natürliche Weise vorkommen,
- Flächen umzubrechen oder aufzufüllen oder sonstige Maßnahmen zur Verbesserung der land- oder forstwirtschaftlichen Nutzung vorzunehmen,
- Freizeiteinrichtungen anzulegen,
- jagdliche und fischereiliche Nutzungen vorzunehmen.

Ausnahmen bedürfen der vorherigen Einwilligung des Landratsamts (...) Erfüllt der Verpflichtete die Verpflichtungen gemäß

Ziffer III. nicht oder fehlerhaft, so ist der Freistaat Bayern berechtigt, ihm schriftlich eine angemessene Frist zur Ausführung der Arbeiten zu setzen. Nach Ablauf dieser Frist ist der Freistaat Bayern berechtigt, auf der genannten Teilfläche (...) alle genannten Maßnahmen, insbesondere Gestaltungs-, Pflege- und Erhaltungsmaßnahmen auf Kosten des Grundstückseigentümers durchzuführen bzw. durchführen zu lassen, welche zur Schaffung und Erhaltung der genannten Ausgleichsmaßnahme erforderlich oder zweckdienlich sind und zu diesem Zweck das dienende Grundstück durch beauftragte Personen betreten und befahren zu lassen.

Herr (...) (der Eigentümer) bestellt hiermit zur Sicherung der vorstehenden Unterlassungsverpflichtungen und zur Sicherung der vorstehenden Benutzungsrechte für den Freistaat Bayern (...) eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Unterlassungs- und Benutzungsdienstbarkeit) und bewilligt (...) die Eintragung ins Grundbuch.

III. Reallast

Herr (...) (der Eigentümer) verpflichtet sich, die vorgenannte Teilfläche (...) als Fläche für Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Natur und Landschaft in der Weise zu gestalten und vorzuhalten, dass er folgende Maßnahmen auf eigene Kosten und Zug um Zug mit der Durchführung des geplanten Bauvorhabens durchzuführen hat:

- Entwicklung und Erhaltung eines zusätzlichen Gehölzstreifens – einschließlich Pflanzung und Ersetzung der Ausfälle in der Pflanzung innerhalb der ersten fünf Jahre ab Errichtung der Pflanzung – mit autochthonen Gehölzen der Herkunftsregion 3 entlang des Baches;
- Errichtung, Instandhaltung und ggf. Erneuerung eines Zauns entlang der Pflanzung bis längstens fünf Jahre;
- Kennzeichnung der Pflanzung durch farbige Pflöcke und Erhaltung dieser Pflöcke bis längstens fünf Jahre.

Zur Sicherung der vorstehenden wiederkehrenden Leistungen bestellt Herr (...) (der Eigentümer) für den Freistaat Bayern (...) eine Reallast und bewilligt (...) die Eintragung ins Grundbuch.“

**3** Den notariell unter Bezugnahme auf § 15 GBO gestellten Eintragungsantrag hat das Grundbuchamt zurückgewiesen. Der Rechtsinhalt der Dienstbarkeit genüge nicht dem Bestimmtheitsgebot. Mit der Bezugnahme auf § 14 BNatSchG werde die notwendige Konkretisierung der Unterlassungspflicht nicht erreicht, weil die Norm selbst ein Musterbeispiel für Unbestimmtheit sei. Der Inhalt sei auch widersprüchlich, weil nach dem Katalog der Unterlassungspflichten Maßnahmen unzulässig sein sollen, die nach § 14 BNatSchG erlaubt seien, obwohl sich die Unterlassungsverpflichtung nach dem Einleitungssatz auf Maßnahmen beziehe, die § 14 BNatSchG widersprechen. Dem Bestimmtheitsgebot widerspreche es auch, dass objektive Kriterien dafür, unter welchen Umständen eine Zustimmung zu grundsätzlich verbotenen Maßnahmen zu erteilen sei, nicht genannt seien. Außerdem gebe es keine schlagwortartige Bezeichnung, mit der der Wesenskern des Rechts kenntlich gemacht werden könne. Zudem verbleibe dem Eigentümer keine zulässige Nutzungsmöglichkeit mehr. Das Benutzungsrecht für den Freistaat Bayern genüge ebenfalls nicht dem Bestimmtheitsgebot, weil die beispielhafte Aufzählung von Maßnahmen den genauen und vollständigen Inhalt des Rechts nicht erkennen lasse. Die Reallast sei nicht eintragungsfähig, weil mit ihr unter anderem auch einmalige Leistungspflichten gesichert werden sollen.

**4** Hiergegen richtet sich die notariell eingelegte Beschwerde des Beteiligten zu 1. Er vertritt die Meinung, der Inhalt der Dienstbarkeit sei hinreichend bestimmt. § 14 BNatSchG gestalte deren Inhalt, ohne allerdings selbst Teil der Grundbucheintragung zu werden. Dadurch werde der Inhalt des Rechts für Dritte erkennbar und verständlich, sodass diese in die Lage versetzt würden, die hieraus folgende höchstmögliche Belastung des Grundeigentums einzuschätzen und zumindest eine ungefähre Vorstellung davon zu gewinnen, welche

Bedeutung die Dienstbarkeit für das Eigentum konkret haben kann. Soweit die Tatbestandsmerkmale der Norm nicht ohnehin legaldefiniert seien (zum Beispiel „Eingriff“), würden die verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe in Rechtsprechung und Literatur umfangreich behandelt, sodass sich bereits eine umfangreiche Kasuistik entwickelt habe. Darüber hinaus könne die in der Bestellsurkunde vorgenommene beispielhafte Aufzählung zur ggf. erforderlichen Auslegung des Dienstbarkeitsinhalts herangezogen werden. Als schlagwortartige Bezeichnung des Rechts kämen Begriffe wie „Ausgleichsflächenrecht“ oder „(Flächen-)Nutzungsbeschränkung“ in Betracht. Weil die Nutzung als Ausgleichsfläche dem Eigentümer verbleibe, treffe es nicht zu, dass dieser aufgrund der Dienstbarkeit von jeglicher Grundstücksnutzung ausgeschlossen sei. Die dingliche Absicherung der Ausgleichsverpflichtung entspreche zudem dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers. Die Verpflichtungen, deren Sicherung die Reallast dienen soll, seien in ihrer Gesamtheit zu betrachten und daher als wiederkehrende Leistungen anzusehen. Die Sache habe bundesweite grundsätzliche Bedeutung.

**5** Das Grundbuchamt hat unter erneuter Darlegung seines Rechtsstandpunkts nicht abgeholfen und weiter ausgeführt, die sog. „Naturschutz-Dienstbarkeiten“ würden in unterschiedlichen Varianten zur Eintragung beantragt. Die Palette reiche von Urkunden ohne eintragungsfähigen Inhalt bis zu Urkunden mit ohne Weiteres eintragungsfähigen Inhalten. Die Grundsätze für die Beurteilung der Eintragungsfähigkeit seien geklärt.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**6 II.** Die gemäß § 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässig erhobene Beschwerde gegen die Zurückweisung des Eintragungsantrags hat im Ergebnis keinen Erfolg, weil die zur Eintragung beantragte Dienstbarkeit einen Inhalt haben soll, der nicht in jeder Hinsicht dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügt, und die Reallast teilweise einen nach dem Gesetz nicht zulässigen Inhalt haben soll. Deshalb erweisen sich die Rechte in der Ausgestaltung, die sie nach der Bewilligung (§ 19 GBO) haben sollen, als nicht eintragungsfähig.

**7 1.** Die erstrebte Grundstücksbelastung (Dienstbarkeit und Reallast) soll dem Beteiligten zu 1 eine privatrechtliche Sicherung verschaffen dafür, dass die betroffene Teilfläche auf Dauer als ökologische Ausgleichsfläche dient, wofür erforderlich ist, dass der angestrebte Zustand hergestellt und erhalten wird und alle diesem Ziel entgegenwirkenden Eingriffe in Natur und Landschaft der Teilfläche unterlassen werden. Für den Fall einer Verletzung von daraus resultierenden Pflichten soll das Recht des Beteiligten zu 1 zur Ersatzvornahme auf Kosten des Eigentümers und in diesem Zusammenhang zum Betreten des Grundstücks privatrechtlich abgesichert werden.

**8** Öffentliches Recht steht der erstrebten Eintragung nicht entgegen, denn die privatrechtliche Sicherung einer Zweckbindung als ökologische Ausgleichsfläche ist in § 15 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG vorgesehen (zum Erfordernis der öffentlichrechtlichen Zulässigkeit: Ring/Grziwotz/Keukenschrijver/Otto, Sachenrecht, 4. Aufl., § 1090 BGB Rdnr. 6). Danach sind Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen für unvermeidbare Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft, zu denen der Verursacher eines Eingriffs (§ 14 BNatSchG) gemäß § 15 Abs. 2 BNatSchG nach zwingendem Recht (vgl. Frenz/Müggenborg/Guckelberger, BNatSchG, 2. Aufl., § 15 Rdnr. 37) verpflichtet ist, im jeweils erforderlichen Zeitraum rechtlich zu sichern.

**9** Sachenrechtlich ist anerkannt, dass eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1090 BGB) grundsätzlich auch für öffentliche Zwecke bestellt werden kann (BGH, NJW 1984, 924; Staudinger/Reymann, Neub. 2017, § 1090 Rdnr. 15 und 20). Öffentliche Zwecke rechtfertigen jedoch keine Überschreitung des privatrechtlich zulässigen Gestaltungsrahmens. Daher sind den zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten durch die allgemeinen sachenrechtlichen Bestimmungen Grenzen gesetzt (BayObLG Rpfleger 1981, 105/106; Frenz/Müggenborg/Guckelberger, BNatSchG, § 15 Rdnr. 86 f.; Staudinger/Reymann, § 1090 Rdnr. 20). Nichts anderes gilt in Bezug auf die Reallast (§ 1105 BGB).

**10 2.** Die zur Eintragung bewilligte (§ 19 GBO) beschränkte persönliche Dienstbarkeit weist einen nicht in allen Teilen eintragungsfähigen Inhalt auf.

**11 a)** Nach § 1090 BGB kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass der Berechtigte das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf oder dass ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein kann. Zulässig ist es, die danach möglichen Belastungsarten (Benutzungs-, Unterlassungs- und Ausschlussdienstbarkeit) miteinander in einem einzigen dinglichen Recht der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zu verbinden (BGH, NJW-RR 2015, 208 Rdnr. 17; Staudinger/Reymann, § 1090 Rdnr. 8).

**12** In diesem Sinne sollen hier eine Unterlassungsdienstbarkeit (Unterlassen von Eingriffen in Natur und Landschaft im Sinne des naturschutzrechtlichen Eingriffsbegriffs) und eine Benutzungsdienstbarkeit (Recht, auf dem Grundstück Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen durchzuführen und Betretungsrecht für diesen Zweck) in einer Dienstbarkeit kombiniert werden.

**13 b)** Das sachenrechtliche Bestimmtheitsgebot erfordert, dass der Umfang der Belastung aus der Eintragung selbst oder in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung ohne Weiteres ersichtlich ist. Der Rechtsinhalt muss aufgrund objektiver Umstände erkennbar und für einen Dritten verständlich sein, sodass dieser in der Lage ist, die hieraus folgende höchstmögliche Belastung des Grundstücks einzuschätzen oder zumindest eine ungefähre Vorstellung davon zu gewinnen, welche Bedeutung die Dienstbarkeit für das Eigentum haben kann (BGH, NJW-RR 2015, 208 Rdnr. 19; FGPrax 2018, 245 Rdnr. 15). Die Bestimmtheit des Rechtsinhalts wird nicht dadurch infrage gestellt, dass über den Inhalt des Rechts möglicherweise ein Rechtsstreit geführt werden muss, denn Unsicherheiten im Einzelfall stehen dem Bestimmtheitsgebot nicht entgegen. Unbestimmt sind Inhalt und Umfang des Rechts vielmehr dann, wenn die richterliche Auslegung der Grundbucheintragung ergibt, dass der Inhalt der Dienstbarkeit mehrdeutig oder nicht vollständig geregelt ist (BGH, NJW-RR 2015, 208 Rdnr. 19; BayObLGZ 2004, 103, 106; MünchKomm-BGB/Mohr, 7. Aufl., § 1018 Rdnr. 13).

**14** Haben die Parteien die Ausübung auf einen realen Grundstücksteil beschränkt (§ 1023 Abs. 1 BGB) und ist die Ausübungsstelle rechtsgeschäftlicher Inhalt der Belastung, muss auch die Ausübungsstelle in der Eintragungsbewilligung eindeutig bezeichnet sein. Diese Bezeichnung muss für jedermann als nächstliegende Bedeutung ohne Weiteres erkennbar

sein (BGH, Beschluss vom 16.2.2012, V ZB 204/11, juris Rdnr. 15; BGH, NJW-RR 2015, 208 Rdnr.10 und 19; FGPrax 2018, 245 Rdnr. 15).

**15 c)** Diese Voraussetzungen sind hier hinsichtlich der Ausübungsstelle durch die in der Bewilligung insoweit in Bezug genomme maßstabsgetreue Planzeichnung erfüllt.

**16 d)** Hinsichtlich des Inhalts des Rechts ist dem Bestimmtheitsgebot hingegen nicht in jeder Hinsicht Genüge getan:

**17 aa)** Der Inhalt der Unterlassungsverpflichtung ist allerdings entgegen der Meinung des Grundbuchamts nicht deshalb widersprüchlich, weil einerseits Maßnahmen unzulässig sein sollen, die einen Eingriff im naturschutzrechtlichen Sinn darstellen, und andererseits („unabhängig davon“) die in einem Katalog aufgelisteten Maßnahmen zu unterlassen seien.

**18** Für die Auslegung der Bewilligung ist abzustellen auf deren Wortlaut und Sinn, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Umstände außerhalb des Grundbuchs dürfen zur Ermittlung von Inhalt und Umfang nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (st. Rspr.; vgl. BGHZ 113, 374, 378; BGH, NJW-RR 2003, 1235; NJW-RR 2015, 208 Rdnr. 10).

**19** Bei Anlegung dieses Maßstabs ist der vom Grundbuchamt angenommene Widerspruch nicht zu erkennen. Dem Verbotskatalog kommt nicht die Funktion einer Auslegungshilfe für den Eingriffsbegriff zu. Nach dem nächstliegenden Verständnis und dem üblichen Sprachgebrauch ist vielmehr zu unterlassen, was einen Eingriff im Sinne des § 14 BNatSchG darstellt, und außerdem, mithin zusätzlich, alles, was in der Liste ausdrücklich genannt ist. Diese enumerativ aufgezählten Maßnahmen sind zu unterlassen selbst dann, wenn sie nicht als Eingriff im naturschutzrechtlichen Sinne zu qualifizieren sind. Ein umfassendes Verbot, bestimmte Maßnahmen unabhängig von ihrer rechtlichen Einordnung als Eingriff im naturschutzrechtlichen Sinn zu unterlassen, genügt dem Bestimmtheitsgrundsatz.

**20** Die angesprochene Möglichkeit von Verbotsausnahmen („Ausnahmen bedürfen der vorherigen Einwilligung des Landratsamtes“) dürfte nach ihrem nächstliegenden Verständnis diese Unterlassungspflicht auf die ohne Weiteres feststellbaren Sachverhalte begrenzen, in denen es an einer vorherigen Einwilligung der Behörde fehlt.

**21 bb)** Ob die daneben bestehende Pflicht, auf der belasteten Teilfläche alle Maßnahmen zu unterlassen, die einen Eingriff im Sinne des naturschutzrechtlichen Eingriffsbegriffs darstellen, durch die Bezugnahme auf § 14 BNatSchG dem Bestimmtheitsgebot genügt, lässt der Senat offen.

**22 (1)** Grundsätzlich kann allerdings zur Beschreibung des Rechtsinhalts auf geltende und allgemein zugängliche inländische Gesetzesbestimmungen Bezug genommen werden. Die Verwendung unbestimmter, aber der Gesetzessprache entnommener Rechtsbegriffe in notariellen Urkunden genügt im Allgemeinen dem Bestimmtheitsgrundsatz (BGHZ 130, 341, 345 f.; BayObLGZ 2004, 103, 108; OLG Oldenburg, BeckRS 1998, 10203 im Hinblick auf §§ 8, 8a BNatSchG in der damals gültigen Fassung).

**23 (2)** Die Annahme des Grundbuchamts, die Bezugnahme auf § 14 BNatSchG bewirke schon wegen der Unbestimmtheit der Norm einen sachenrechtlich nicht zulässigen, weil nicht bestimmbareren Rechtsinhalt, erscheint bedenklich. Der naturschutzrechtliche Eingriffsbegriff ist in § 14 Abs. 1 BNatSchG legal definiert. Danach sind Eingriffe in Natur und Landschaft im Sinne dieses Gesetzes solche Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen oder Veränderungen des mit der belebten Bodenschicht in Verbindung stehenden Grundwasserspiegels, die die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts oder das Landschaftsbild erheblich beeinträchtigen können. Nach den weiteren Bestimmungen in Absätzen 2 und 3 der Norm sind unter den dort beschriebenen Voraussetzungen eine land-, forst- oder fischereiwirtschaftliche Bodennutzung ausnahmsweise nicht als Eingriff anzusehen oder gelten nicht als Eingriff im Sinne des Gesetzes, zum Beispiel wenn die Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege berücksichtigt werden, wofür Regelbeispiele genannt sind (Abs. 2), oder in bestimmten Konstellationen eine land-, forst- und fischereiwirtschaftliche Bodennutzung nach einer zeitweisen Einschränkung oder Unterbrechung wiederaufgenommen wird (Abs. 3).

**24** Weil bei der Prüfung, ob eine Maßnahme als Eingriff im Sinne der Norm zu werten ist, die Umstände des Einzelfalles maßgeblich und sowohl wertende Beurteilungen als auch prognostische Einschätzungen unter Berücksichtigung fachwissenschaftlicher Erkenntnisse vorzunehmen sind (Frenz/Müggenborg/*Guckelberger*, BNatSchG, § 14 Rdnr. 25, 30, 35, 37), kann es im Rahmen des Gesetzesvollzugs zu divergierenden Einschätzungen kommen, sodass der Streit über die Qualifizierung eines Tuns oder Unterlassens als „Eingriff“ im naturschutzrechtlichen Sinne ggf. einer gerichtlichen Klärung bedarf. Soweit ersichtlich entspricht es jedoch allgemeiner Meinung, dass die Norm dem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Bestimmtheitsgebot genügt. Dieses verpflichtet den Normgeber, seine Vorschriften so zu fassen, dass sie den rechtsstaatlichen Anforderungen der Normenklarheit und der Justiziabilität entsprechen. Gesetze müssen so formuliert sein, dass nicht nur die Gerichte in der Lage sind, die Anwendung der betreffenden Rechtsvorschrift durch die Verwaltung zu kontrollieren, sondern auch die von der Norm Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können, zumal dann wenn – wie hier – ein Normenverstoß als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann (§ 69 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG).

**25** Ist danach trotz Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Vorschrift gegeben, so führen die im Einzelfall möglicherweise (keinesfalls stets) bestehenden Schwierigkeiten bei der Beurteilung, ob ein bestimmtes Verhalten den Eingriffstatbestand der Norm erfüllt, nicht zur Unbestimmtheit des unter Bezugnahme auf die Norm definierten Rechtsinhalts. Nichts anderes gilt mit Blick darauf, dass die Unterlassungspflicht auch im Bereich des Naturschutzrechts ggf. positives Handeln (allerdings nicht als Hauptinhalt der Dienstbarkeit) erfordern kann, nämlich dann, wenn das Unterlassen von Maßnahmen einen Eingriff im Sinne des § 14 BNatSchG bewirkt. Insoweit liegt keine aus dem naturschutzrechtlichen Eingriffsbegriff fließende Besonderheit vor (vgl. *Regentus*, ZNotP 2017, 126, 127, 130).

**26** (3) Eine grundsätzliche Entscheidung ist hier aber nicht zu treffen, auch nicht zu den weiteren Fragen, ob der in das Grundbuch Einsicht nehmende Laie die rechtlichen Folgen der Bezugnahme erkennen kann (kritisch: *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 44 Rdnr. 35) und ob die Bezugnahme allein auf § 14 BNatSchG ohne Erwähnung landesrechtlicher Sonderbestimmungen (etwa Art. 6 BayNatSchG; *Frenz/Müggenborg/Guckelberger*, BNatSchG, § 15 Rdnr. 9 f.) hinreichende Klarheit über den Rechtsinhalt vermittelt. Dahinstehen kann auch, ob eine Unterlassungsdienstbarkeit dieses Inhalts deshalb als unzulässig abzulehnen wäre, weil sie lediglich den schon kraft Gesetzes bestehenden Rechtszustand wiedergeben oder nur solche Pflichten verlautbaren würde, die ohne Weiteres schon auf der Grundlage öffentlichrechtlicher Vorschriften durchsetzbar sind (vgl. BGH, NJW 1984, 924; OLG Hamm, Rpfleger 1976, 95; OLG Köln, Rpfleger 1982, 463, 464 m. Anm. *Meyer-Stolte*; *Ring/Grziwotz/Keukenschrijver/Otto*, Sachenrecht, § 1018 BGB Rdnr. 47; *Düsing/Martinez/Schäfer/Keller*, Agrarrecht, § 15 BNatSchG Rdnr. 29 f.). Ebenfalls nicht entschieden werden muss die Frage, ob das wirksame Entstehen einer Grunddienstbarkeit voraussetzt, dass dem Eigentümer des dienenden Grundstücks noch eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung des Grundstücks möglich bleibt (offengelassen in BGH, FGPrax 2018, 245 m. w. N. zum Streitstand), ebenso wenig die Frage, ob die Nutzungsmöglichkeit als Ausgleichsfläche in diesem Sinne ausreichend ist (vgl. zur materiellen Betrachtung vs. formellen Abgrenzung: *Ring/Grziwotz/Keukenschrijver/Otto*, Sachenrecht, § 1018 BGB Rdnr. 67). Die Parteien haben jedenfalls auch solche Bestimmungen zum Inhalt der Dienstbarkeit erhoben, die sich als unbestimmt erweisen (nachfolgend zur Benutzungsdienstbarkeit unter cc)). Das bewilligte Recht ist deshalb nicht eintragungsfähig; eine Eintragung lediglich als Unterlassungsdienstbarkeit scheidet aus.

**27** cc) Jedenfalls soweit das Recht auch als Benutzungsdienstbarkeit ausgestaltet ist, genügt der Inhalt nicht dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebot.

**28** Nach dem Wortlaut der Bewilligung soll das Benutzungsrecht inhaltlich darauf gerichtet sein, auf der belasteten Teilfläche anstelle des Verpflichteten die in Ziffer III. der Urkunde genannten Maßnahmen, welche zur Schaffung und Erhaltung „der genannten Ausgleichsmaßnahme“ erforderlich oder zweckdienlich sind, durchführen und das Grundstück für diese Zwecke betreten zu dürfen.

**29** (1) Unklar und mit den im Grundbuchverfahren anzuwendenden Auslegungsregeln nicht aufklärbar ist hier bereits, was mit „der genannten Ausgleichsmaßnahme“ gemeint ist. Angesichts der verwendeten Singularform erscheint es zweifelhaft, dass mit der „Ausgleichsmaßnahme“ die in Ziffer III. der Urkunde aufgelisteten Einzelmaßnahmen zur Erreichung des vorweg allgemein beschriebenen Entwicklungsziels („als Fläche für Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Natur und Landschaft in der Weise zu gestalten und vorzuhalten“) bezeichnet sein sollen. Hinsichtlich dieser Maßnahmen wird vielmehr auch bei der Bestellung der Benutzungsdienstbarkeit der Plural verwendet („alle genannten Maßnahmen [...] durchzuführen“). Was mit dem Begriff der „Ausgleichsmaßnahme“ (vgl. § 15 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG)

bezeichnet ist, wird demgegenüber aus der Urkunde nicht klar.

**30** (2) Selbst wenn man mit Blick darauf, dass andere als die in Ziffer III. aufgezählten Einzelmaßnahmen in der Urkunde nicht konkret „genannt“ sind, der unterschiedlichen Formulierung keine Bedeutung beimessen wollte, erweist sich der Inhalt der Benutzungsdienstbarkeit als unbestimmt, denn die Benutzung durch den Berechtigten soll danach zulässig sein für Maßnahmen, die erforderlich oder zweckdienlich sind. Indem (unter anderem) die „Zweckdienlichkeit“ zum Maßstab für Inhalt und Umfang des Benutzungsrechts gemacht wird, fehlt es an objektiven Umständen, die einem Dritten eine ungefähre Vorstellung davon ermöglichen, welche Bedeutung die Belastung für das Eigentum konkret haben kann (vgl. Senat vom 7.5.2013, 34 Wx 115/13, juris Rdnr. 11).

**31** (3) Auch soweit die Grundstücksnutzung zur Entwicklung und Erhaltung eines zusätzlichen „Gehölzstreifens“ entlang des Bachs im Wege der Ersatzvornahme des aus der Dienstbarkeit Berechtigten erlaubt sein soll, fehlt es an hinreichenden objektiven Anknüpfungspunkten zur Bestimmung von Umfang und Bedeutung der Grundstücksbelastung, etwa hinsichtlich des räumlichen Ausmaßes eines Gehölzstreifens; auf die Planskizze ist zur diesbezüglich näheren Bestimmung jedenfalls nicht Bezug genommen.

**32** dd) Der Inhalt der Dienstbarkeit erweist sich auch in weiteren Punkten als nicht zulässig:

**33** (1) Die zum Inhalt des Rechts erhobene Berechtigung, dem Verpflichteten im Falle einer ausbleibenden oder fehlerhaften Pflichterfüllung eine angemessene Ausführungsfrist zu setzen, kann nicht Gegenstand einer Benutzungsdienstbarkeit sein, weil es insoweit nicht um die Benutzung des belasteten Grundstücks in einzelnen Beziehungen geht.

**34** (2) Soweit dem Berechtigten das Recht eingeräumt ist, auf der betroffenen Teilfläche Maßnahmen „auf Kosten des Grundstückseigentümers“ durchzuführen oder durchführen zu lassen, umfasst der bewilligte Rechtsinhalt eine nicht als Inhalt des dinglichen Rechts eintragungsfähige Kostenregelung (vgl. BGH, NJW-RR 2014, 1423 Rdnr. 9 und 12 f.).

**35** Da sich die Bewilligung auf den gesamten Inhalt gemäß Bestellung bezieht, ist vorliegend kein Raum für eine Auslegung dahin gehend, dass die nicht eintragungsfähigen Inhalte von der Bewilligung nicht umfasst seien (BayObLG, NJW-RR 1993, 283 zu einer Bestellsurkunde, die eine eindeutige Unterscheidung ermöglichte).

**36** 3. Einen teilweise unzulässigen Inhalt hat auch die bewilligte subjektiv-persönliche Reallast (§§ 1105, 1111 BGB).

**37** a) Mit einer Reallast kann gemäß § 1105 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück an den Berechtigten zu entrichten sind. Eine einmalige Leistung kann danach regelmäßig nicht durch eine Reallast gesichert werden (MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1105 Rdnr. 23).

**38** Zu wiederkehrenden Leistungen zählen jedenfalls nicht die Errichtung eines Zauns und die Kennzeichnung der einzubringenden Pflöcke. Dass die erstmalige Herstellung Voraussetzung für nachfolgend wiederkehrende Maßnahmen der In-

standhaltung und ggfls. Instandsetzung ist, ändert daran nichts. Die Herstellungspflicht wird dadurch nicht zu einer unselbstständigen Nebenkomponente der Instandhaltungspflicht, weshalb sich die Frage nicht stellt, ob dingliche Rechte auch zur Sicherung von – außerhalb des gesetzlichen Anwendungsbereichs liegenden – Nebenleistungen begründet werden können (vgl. MünchKomm-BGB/Mohr, § 1105 Rdnr. 23; Grziwotz, KommJur 2008, 288, 292, beck-online).

39 b) Der Inhalt des Rechts genügt jedenfalls insofern nicht dem Bestimmtheitsgebot, als der Umfang des zu entwickelnden und zu erhaltenden Gehölzstreifens weder textlich beschrieben noch durch Bezugnahme auf die Planskizze kenntlich gemacht ist (vgl. MünchKomm-BGB/Mohr, § 1105 Rdnr. 32; Grziwotz, KommJur 2008, 288, 292 f., beck-online).

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. Dr. **Herbert Grziwotz**, Regen und Zwiesel\*

#### 1. Problematik

Das OLG München befasst sich in umfassender Weise mit sämtlichen Problemen hinsichtlich der in Bayern üblichen Sicherung von naturschutzrechtlichen Ausgleichsflächen. Für die notarielle Praxis ergeben sich dabei häufig Probleme aufgrund der Formulierungswünsche der Naturschutzbehörde einerseits und der sachen- und grundbuchrechtlichen Anforderungen andererseits.

#### 2. Erforderlichkeit von Ausgleichsmaßnahmen

Kompensationsmaßnahmen benötigen keinen unmittelbaren räumlichen Bezug zum Ort des Eingriffs.<sup>1</sup> Die Durchführung externer Kompensationsmaßnahmen (§ 1a Abs. 3 Satz 4 BauGB) kann auch durch vertragliche Vereinbarungen (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB) sichergestellt werden. Üblicherweise erfolgt die Absicherung der Vertragspflichten durch Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten des Trägers der Naturschutzbehörde (§ 1090 BGB) und einer Reallast (§ 1105 BGB) im Grundbuch.<sup>2</sup> Dass dingliche Rechte als städtebauliche Gestaltungsmittel verwendet werden können, ist unbestritten.<sup>3</sup> Die übernommene Ausgleichsmaßnahme muss Folge oder Vorausset-

\* Dank gilt Herrn Notar a. D. Dr. Hermann Amann, Berchtesgaden, der wertvolle Anregungen auch hinsichtlich der Formulierung beigetragen hat.

- 1 BVerwG, Urteil vom 9.5.1997, 4 N 1/96, NVwZ 1997, 1216, 1217.
- 2 Vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 20.1.2003, 8 C 11016/02, NVwZ-RR 2003, 629, 631; OVG Lüneburg, Urteil vom 25.6.2008, 1 KN 132/06, NuR 2008, 714 = BeckRS 2008, 39169; Jäde/Dirnberger/Dirnberger, BauGB/BauNVO, 9. Aufl. 2018, § 1a BauGB Rdnr. 27; Jarass/Kment, BauGB, 2. Aufl. 2017, § 1a Rdnr. 13.
- 3 Vgl. nur Odersky in FS BayNot, 1987 S. 213 ff.; Owusu, Die Absicherung von Verpflichtungen in städtebaulichen Verträgen gemäß § 11 BauGB, 2017, S. 321 ff. und Tennie, Dingliche Rechte als städtebauliche Gestaltungsmittel, 2005, S. 66 ff.

zung des Vorhabens sein.<sup>4</sup> Erfolgt die Vereinbarung über den naturschutzrechtlichen Ausgleich nicht erst im Rahmen eines individuellen Bauantrags, sondern entsprechend der Regelung des § 1a Abs. 3 Satz 2 BauGB bereits im Zusammenhang mit der Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans, muss sie wegen der Einbeziehung in die Abwägung im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses vorliegen.<sup>5</sup>

#### 3. Dingliche Sicherung

Die Dienstbarkeit, die das Ausgleichsgrundstück belastet, kann nur die Unterlassung bestimmter Handlungen (z. B. Düngung, Mahd vor einem bestimmten Zeitpunkt) und die Duldung von Maßnahmen durch die Naturschutzbehörde (z. B. Anpflanzung und Pflege von geschützten Pflanzen) betreffen. Die Reallast dient dagegen der Sicherung wiederkehrender Pflegemaßnahmen, zu deren Durchführung sich der Vorhabenträger auf Dauer verpflichtet. Aufgrund der Duldungsdienstbarkeit kann die Naturschutzbehörde die Pflegemaßnahmen selbst durchführen. Aufgrund der Reallast haften für die anfallenden Kosten das belastete Grundstück (§ 1107 BGB) und dessen Eigentümer während der Dauer seines Eigentums auch persönlich (§ 1108 Abs. 1 BGB). Die persönliche Haftung betrifft nur die während seines Eigentums fällig werdenden Leistungen; diese einmal eingetretene Haftung bleibt auch nach einem Eigentumsverlust bestehen.<sup>6</sup> Dies gilt – vorbehaltlich einer öffentlichrechtlichen Verantwortlichkeit – auch bei einer Dereliktion.<sup>7</sup> Entgegen der üblichen Praxis der Naturschutzbehörden<sup>8</sup> ist die Reallast zur Optimierung der Sicherheit am Eingriffsgrundstück (Baugrundstück) einzutragen, damit dieses bei Nichterfüllung der Pflegeverpflichtungen verwertet werden kann. Allerdings droht dann ein Rangkonflikt mit Finanzierungsgrundschulden, wobei Kreditinstitute, die ein „ausgleichspflichtiges Grundstück“ beleihen, diese „Situationsgebundenheit“ (vgl. § 135a Abs. 1 BauGB) und damit den Vorrang der naturschutzrechtlichen Sicherungen akzeptieren müssen, da ein Kostenerstattungsanspruch der Gemeinde als öffentliche Last ihrem Recht ebenfalls vorgeht (§ 135a Abs. 3 Satz 4 BauGB).<sup>9</sup> Die Entscheidung, welche Grundstücke belastet werden sollen, liegt jedoch bei den Naturschutzbehörden. Die Notarinnen und Notare sind an deren Auftrag gebunden.

#### 4. Ausgestaltung der dinglichen Sicherung

Für die notarielle Praxis ergibt sich aus der Entscheidung des OLG München Folgendes:

- 4 Siehe nur Busse/Dirnberger/Pröbstl-Haider/Schmid, Die Umweltprüfung in der Gemeinde, 2. Aufl. 2013, S. 139.
- 5 OVG Koblenz, Urteil vom 6.11.2013, 8 C 10607/13, BauR 2014, 673. Vgl. auch § 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan.
- 6 Vgl. Erman/Grziwotz, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1108 Rdnr. 1.
- 7 Dagegen erlischt der schuldrechtliche Anspruch, zu dessen Sicherung die Reallast bestellt wurde, nicht (vgl. Erman/Grziwotz, BGB, § 1108 Rdnr. 1 a. E.).
- 8 Vgl. Busse/Dirnberger/Pröbstl-Haider/Schmid, Die Umweltprüfung in der Gemeinde, S. 384, und den Tatbestand der besprochenen Entscheidung.
- 9 Siehe dazu Mitschang, ZfBR 2005, 644, 650.

- Bei Bestehen einer naturschutzrechtlichen gesetzlichen Verpflichtung ist die Bestellung einer inhaltsgleichen, nur das Gesetz wiedergebenden Dienstbarkeit nicht zulässig.<sup>10</sup> Die Verweisung auf eine gesetzliche Bestimmung ist zudem unklar, wenn nicht klargestellt wird, ob es sich um eine dynamische oder statische Verweisung handelt. Ob eine Festsetzung in einem Bebauungsplan eine Wiederholung in einer Dienstbarkeit ausschließt, ist, wenn Träger der Naturschutzbehörde nicht die Gemeinde ist, streitig.<sup>11</sup> Ist die Gemeinde selbst Träger der Naturschutzbehörde, ergibt eine Dienstbarkeit, die nur die Festsetzungen des Bebauungsplans enthält, wenig Sinn; sie dürfte darüber hinaus unzulässig sein.
- Eine Unterlassungspflicht darf nicht lediglich die rechtliche Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis des Eigentümers beschränken. Sie muss vielmehr den tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks betreffen.<sup>12</sup>
- Ein positives Tun kann jedenfalls nicht Hauptinhalt einer Dienstbarkeit sein; hinsichtlich diesbezüglicher Nebenpflichten ist vieles streitig.<sup>13</sup> Zur Sicherheit empfiehlt sich bei wiederkehrenden Leistungen die Bestellung einer Reallast.<sup>14</sup> Dies gilt aber grundsätzlich nicht für eine einmalige Leistung, z. B. die erstmalige Herstellung; Ausnahmen hat die Rechtsprechung nur zugelassen, wenn die einmalige Leistung – insbesondere im Zusammenhang mit einem Leibgedinge – als Nebenleistung im Gesamtzusammenhang wiederkehrender Leistungen vereinbart wird.<sup>15</sup>
- In der Bewilligung der Dienstbarkeit müssen die zu duldbenden oder zu unterlassenden Handlungen möglichst genau angegeben werden, und zwar einschließlich des Ausübungsbereichs, auch wenn eine Auslegung diesbezüglich möglich ist.<sup>16</sup>

Die von den Naturschutzbehörden gewünschten, mitunter prosaisch klingenden „Verpflichtungen“ gehen nicht selten über das hinaus, was nach diesen Grundsätzen dienstbarkeits- oder reallastfähig ist. Solche weitergehenden Pflichten können nur schuldrechtlich erfasst werden. Um sie den Wirkungen der Dienstbarkeit anzunähern, sollte eine Weiterga-

bepflicht auf Rechtsnachfolger im Eigentum vereinbart werden. Mitunter wird von Bauherrn eine Befristung der im Grundbuch einzutragenden Rechte gewünscht, da bei einer Abrechnung per Bescheid Aufwendungen der Unterhaltspflege lediglich für einen bestimmten Zeitraum zu berücksichtigen sind<sup>17</sup>. Dies wird von der Naturschutz- bzw. Baubehörde teilweise akzeptiert. Eine Befristung (z. B. 25 Jahre) der im Grundbuch eingetragenen Rechte scheidet aber hinsichtlich der Dienstbarkeit aus, da jedenfalls die Duldungs- und Unterlassungsverpflichtungen solange bestehen bleiben müssen, wie der Eingriff dauert.<sup>18</sup>

Sind der Vorhabenträger und der Eigentümer des Ausgleichsgrundstücks nicht identisch und soll neben der Dienstbarkeit auch die Reallast am Ausgleichsgrundstück oder (effektiver) an einem anderen Grundstück eingetragen werden, sollte der Eigentümer auf die persönliche Haftung gemäß § 1108 Abs. 1 BGB hingewiesen werden. Deren Übernahme ist allerdings in vielen Fällen gewollt, da der Eigentümer des dienenden Grundstücks dieses weiter im zulässigen Umfang nutzt, dabei die Pflegemaßnahmen durchführt und/oder für die Bereitstellung seines Grundstücks ein Entgelt vom Vorhabenträger erhält.

## 5. Musterformulierung

Mancherorts wünscht die Naturschutzbehörde, das Ziel der Ausgleichsmaßnahmen in einer Vorbemerkung zu benennen, insbesondere den angestrebten Biotop- und Nutzungstyp. Dies erscheint sinnvoll. Hierzu existiert eine Biotopwertliste zur Anwendung der Bayerischen Kompensationsverordnung (BayKompV).<sup>19</sup> Diese orientiert sich an der Kartieranleitung zur Biotopkartierung Bayern (BayLFU 2006a, 2010) und an dem Kartierschlüssel SNK+ der ländlichen Entwicklung in Bayern (STMELF 2012). Es liegt im Ermessen der Naturschutzbehörde, inwieweit sie hierbei ins Detail geht. Falls es sich um einen Biotop- oder Nutzungstyp handelt, der gleichzeitig ein Biotoptyp nach § 30 BNatSchG oder Art. 23 BayNatSchG bzw. ein weiterer Biotoptyp im Sinne der Kartieranleitung der Biotopkartierung Bayern und/oder ein Lebensraumtyp gemäß FFH-Richtlinie ist, kann auch die entsprechende Codierung ergänzt werden. Ebenso kann der bayerische Kurzname verwendet werden (z. B. Latschen- und Alpenrosengebüsche statt Buschvegetation mit *Pinus mugo* und *Rhododendron hirsutum* [Mugo-Rhododendretum hirsuti]). Bei prioritären Lebensraumtypen der FFH-Richtlinie kann ferner das entsprechende Sternchen

10 Anders noch LG München II, Beschluss vom 1.3.2004, 6 T 3705/03, MittBayNot 2004, 366 unter Bezugnahme auf Art. 6a BayNatSchG a. F., der allerdings wie § 15 BNatSchG keine konkreten Maßnahmen vorsah. Ebenso Staudinger/Weber, Neub. 2017, § 1018 Rdnr. 89 a. E.

11 Vgl. NK-BGB/Otto, 4. Aufl. 2016, § 1018 Rdnr. 52.

12 Siehe nur BGH, Urteil vom 14.3.2003, V ZR 304/02, DNotZ 2003, 533.

13 Vgl. Lemke/Böttcher, 2. Aufl. 2016, § 1018 BGB Rdnr. 28: akzessorischer Charakter und kein erhebliches wirtschaftliches Gewicht.

14 Vgl. Kölner FBGrundstR/Koller, 2. Aufl. 2016, Kap. 4 Rdnr. 108.

15 BGH, Urteil vom 8.11.2013, V ZR 95/12, NJW 2014, 1000, 1001. Vgl. auch OLG Köln, Beschluss vom 19.12.1990, 2 Wx 23/90, DNotZ 1991, 807, 808: Ausstattung von Geschwistern, Ausrichtung ihrer Hochzeit und Kosten der Beerdigung der Leibgedingsberechtigten.

16 Weitergehend noch LG München II, Beschluss vom 1.3.2004, 6 T 3705/03, MittBayNot 2004, 366.

17 Vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Wagner, BauGB, Stand: Febr. 2019, § 135c Rdnr. 5 und Mitschang, ZfBR 2005, 644, 651.

18 Zu Ausnahmen, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Ausgleichsfläche dann ohne weitere Pflege als Biotop „überlebensfähig“ ist, siehe Lütkes/Ewer/Lütkes, BNatSchG, 2. Aufl. 2018, § 15 Rdnr. 61. Siehe auch die Einschränkung für die Pflege und Entwicklung Bayer. Staatsmin. für Umwelt und Verbraucherschutz/Bayer. Akademie für Naturschutz und Landschaftspflege, Naturschutzrechtliche Kompensation in Bayern, 2015, S. 12.

19 [http://www.gesetze-bayern.de/Content/Resource?path=resources%2f3406DBAT\\_BayVV7912\\_0\\_U\\_545\\_A001.PDF](http://www.gesetze-bayern.de/Content/Resource?path=resources%2f3406DBAT_BayVV7912_0_U_545_A001.PDF) (Stand: 7.6.2019).

angegeben werden. Zusätzlich möglich sind Angaben aus der Vereinbarung zwischen dem Vorhabenträger und dem Träger der Naturschutzbehörde hinsichtlich konkreter Unterlassungs- und Duldungspflichten samt Ausnahmen sowie zu den durchzuführenden wiederkehrenden Pflegemaßnahmen. Solche Angaben sind zur Bestellung der gewünschten Dienstbarkeit und Reallast aber nicht erforderlich. Darin sind die durch die Dienstbarkeit auferlegten Unterlassungs- und Duldungspflichten sowie die durch die Reallast auferlegten Leistungspflichten gemäß dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz konkret zu bezeichnen. Die weiteren Informationen in der Vorbemerkung können allenfalls später als Hilfe bei der Auslegung der Dienstbarkeit oder Reallast herangezogen werden. Bei diesen weiteren Angaben hält sich die Notarin bzw. der Notar an die Vorgaben der Naturschutzbehörde, ohne selbst zur zutreffenden Bezeichnung des Ziels der Ausgleichsmaßnahmen verpflichtet zu sein.

### Ausgleichsdienstbarkeit und Reallast

#### I. Vorbemerkung

1. Grundbuchstand
  - a) Vorhabengrundstück
  - b) Ausgleichsgrundstück
2. (...) (nachstehend „Vorhabenträger“ oder "Eigentümer" genannt) errichtet auf dem in Ziffer 1. a) bezeichneten Vorhabengrundstück einen Hotelanbau. Der erforderliche naturschutzrechtliche Ausgleich soll an anderer Stelle als dem Ort des Eingriffs erfolgen, nämlich auf dem in Ziffer 1. b) bezeichneten Ausgleichsgrundstück, das im Eigentum des Vorhabenträgers steht. Hierzu haben der Vorhabenträger und der Freistaat Bayern, vertreten durch das Landratsamt (...), eine schriftliche Vereinbarung geschlossen. Danach soll auf dem in Ziffer 1. b) näher bezeichneten Ausgleichsgrundstück eine Streuobstwiese im Komplex mit artenreichem Extensivgrünland (z. B. magere Glatt-/Goldhaferwiesen oder Magerweiden [evtl. weitere Konkretisierung]) entstehen (nachstehend „Ausgleichsmaßnahme“ genannt). Der Vorhabenträger hat sich verpflichtet, alle Nutzungen, die der vorstehend bezeichneten Ausgleichsmaßnahme widersprechen oder dem Entwicklungsziel entgegenstehen, zu unterlassen.

In der erwähnten Vereinbarung hat sich der Vorhabenträger ferner zur Bestellung einer Dienstbarkeit sowie einer Reallast zur teilweisen Sicherung der übernommenen Verpflichtungen bereit erklärt. Dem dient die nachfolgende Dienstbarkeits- und Reallastbestellung.

#### II. Bestellung einer Dienstbarkeit und einer Reallast

1. (...) bestellt für den Freistaat Bayern, vertreten durch das Landratsamt (...), Untere Naturschutzbehörde (nachstehend „Berechtigter“ genannt), an dem in Abschnitt I. 1. b) genannten Grundbesitz eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit folgendem Inhalt:
  - a) Auf der im beigefügten Lageplan rot schraffiert eingezeichneten Teilfläche aus dem in Abschnitt I. 1. b) bezeich-

neten Ausgleichsgrundstück sind folgende Maßnahmen zu unterlassen:

- Aufschüttungen ausgenommen Kies-/Sandaufschüttungen und Totholzhaufen zur Entwicklung von Habitaten für Reptilien (Zauneidechsenstrukturen),
- Abgrabungen,
- die Errichtung baulicher Anlagen,
- Düngung, Kalkung und das Ausbringen von Pflanzenschutzmitteln,
- die Anlage von Freizeiteinrichtungen,
- die Durchführung einer Mahd vor dem 15. Juni eines Kalenderjahres,
- in dem rot schraffiert eingezeichneten Bereich, der zusätzlich blau unterlegt ist, die Entnahme von Gehölzen, ausgenommen für Borckenkäferbekämpfungsmaßnahmen nach den jeweils geltenden waldrechtlichen Vorschriften,
- (...)

b) Der Berechtigte ist befugt, bei Nichterfüllung der vorstehenden Unterlassungsverpflichtungen und/oder der Pflege- und Erhaltungsmaßnahmen gemäß nachstehender Ziffer 2. auf dem dienenden Grundbesitz Gestaltungs-, Pflege- und Erhaltungsmaßnahmen durchzuführen, die zur Schaffung und Erhaltung des in Abschnitt a) bezeichneten Zustands und/oder des gemäß nachstehender Ziffer 2. herzustellenden Zustands erforderlich sind, und zu diesem Zweck das Grundstück durch beauftragte Personen betreten und befahren zu lassen. Der Berechtigte ist hierzu jedoch nicht verpflichtet, ihn treffen insbesondere keinerlei Unterhalts- und Verkehrssicherungspflichten oder Kosten.

2. Ferner bestellt der Eigentümer für den Berechtigten an dem in Abschnitt I. 1. b) *oder a)* genannten Grundbesitz eine Reallast mit folgendem Inhalt:

Der Grundstückseigentümer ist verpflichtet, die folgenden Pflege- und Erhaltungsmaßnahmen zur Erreichung des Ziels der oben bezeichneten Ausgleichsmaßnahme ordnungsgemäß durchzuführen oder durchführen zu lassen und die hierfür anfallenden Kosten zu tragen. Es handelt sich um folgende Verpflichtungen:

- jährliche zweimalige Mahd nach dem 15.6. eines jeden Kalenderjahres, wobei das Mähgut von der Fläche zu entfernen ist,
- auf den Habitaten für Reptilien Spontanvegetation, insbesondere aufkommende Gehölze einschließlich der Wurzeln, zu entfernen,
- (...)

Der Lageplan ist dieser Urkunde als Anlage beigefügt; auf ihn wird verwiesen. Er wurde den Beteiligten durch Durchsicht vorgelegt und von ihnen genehmigt.

Die Eintragung der Dienstbarkeit gemäß Ziffer 1. a) und b), sowie der Reallast gemäß Ziffer 2. zugunsten des Freistaats Bayern, vertreten durch das Landratsamt (...), Untere Naturschutzbehörde, wird bewilligt und beantragt. Die vorstehend bestellten Dienstbarkeit und Reallast haben in Abteilung II des Grundbuchs nächstfolgende Rangstelle (vor-

gehende Belastungen prüfen, insbesondere darauf hin, ob sie dem Ausgleichszweck widersprechen) und Rang vor in Abteilung III eingetragenen Rechten zu erhalten, wobei die Dienstbarkeit Rang vor der Reallast erhält. Die Beteiligten stimmen allen der Rangbeschaffung dienenden Gläubigerklärungen mit dem Antrag auf grundbuchamtlichen Vollzug zu.

## STEUERRECHT

### 30. Steuerwert einer gemischten Schenkung

BFH, Beschluss vom 5.7.2018, II B 122/17 (Vorinstanz: FG Hessen, Beschluss vom 26.10.2017, 1 V 1165/17)

BewG § 5 Abs. 2, §§ 6, 14 Abs. 2

ErbStG § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 7 Abs. 1 Nr. 1 FGO § 69

#### LEITSATZ:

**Der Wert der Bereicherung ist bei einer gemischten Schenkung durch Abzug der – ggf. kapitalisierten – Gegenleistung vom Steuerwert zu ermitteln. Das gilt auch dann, wenn im Einzelfall der nach dem Bewertungsgesetz ermittelte Steuerwert hinter dem gemeinen Wert zurückbleibt.**

#### SACHVERHALT:

1 I. Der Antragsteller und Beschwerdeführer (Antragsteller) ist Erbe seines im Dezember 2014 im Alter von 83 Jahren verstorbenen Onkels (Übergeber). Mit notariellem Vertrag vom 30.7.2014 übertrug der Übergeber sein Grundstück auf den Antragsteller. Als Gegenleistung wurde eine monatlich zu zahlende Rente i. H. v. 300 € vereinbart, die ab dem 1.8.2014 monatlich im Voraus zu zahlen war. Zudem verpflichtete sich der Antragsteller, den Übergeber zu pflegen, zu verköstigen und erforderliche Gänge zum Arzt und/oder zur Apotheke vorzunehmen. Der Übergeber behielt sich ein lebenslangliches unentgeltliches Wohnrecht an der Wohnung im 1. Obergeschoss vor. Die Mieten aus einer vermieteten Wohnung im Erdgeschoss sollten dem Übergeber bis zu seinem Tod bzw. bis zum Auszug der 94-jährigen Mieterin weiterhin zustehen.

2 Der Wert des übertragenen Grundbesitzes wurde mit Bescheid vom 27.3.2017 über die gesonderte und einheitliche Feststellung des Grundbesitzwerts auf den 30.7.2014 i. H. v. 251.212 € festgestellt.

3 Der Antragsgegner und Beschwerdegegner (das FA) vertrat die Auffassung, bei der Grundstücksübertragung handele es sich um eine gemischte Schenkung, und setzte mit Bescheid vom 4.4.2017 Schenkungsteuer i. H. v. 44.660 € fest. Den steuerpflichtigen Erwerb i. H. v. 223.300 € ermittelte das FA, indem es vom festgestellten Steuerwert des Grundstücks den Kapitalwert der Nutzungs- und Duldungsaufgaben, den Kapitalwert der Leistungsaufgabe, die Erwerbsnebenkosten und den Freibetrag abzog. Die Kapitalwerte der Renten- und der Pflegeverpflichtung setzte das FA dabei mit insgesamt 3.790 € an. Es berücksichtigte monatliche Beträge von 300 € (Rente) und 458 € (Pflege) und korrigierte den Kapitalwert nach § 14 Abs. 2 BewG für die tatsächliche Dauer von fünf Monaten. Den Kapitalwert des Wohnrechts und des Nießbrauchsrechts setzte es in Höhe von insgesamt 2.500 € an. Es berücksichtigte monatliche Beträge von jeweils 250 € für jede Wohnung, also insgesamt 500 € pro Monat, und korrigierte den Kapitalwert ebenfalls nach § 14 Abs. 2

BewG für die tatsächliche Dauer von fünf Monaten. Schließlich zog es Erwerbsnebenkosten in Höhe von insgesamt 1.568 € und den Freibetrag i. H. v. 20.000 € ab.

4 Hiergegen legte der Antragsteller Einspruch ein, über den bislang noch nicht entschieden wurde. Einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung (AdV) lehnte das FA am 28.4.2017 ab. Das FG gab dem gerichtlichen Antrag auf AdV teilweise statt. Seiner Auffassung nach bestehen ernstliche Zweifel, ob der Wert der Bereicherung vom FA zutreffend ermittelt wurde. Vielmehr sei die gemischte Schenkung im Wege einer Verhältnismäßigkeitsrechnung in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufzuteilen. Die Bereicherung habe unter Berücksichtigung der vereinbarten Gegenleistungen (gerundet) 78 % betragen. Dies führe zu einem Wert der Zuwendung i. H. v. 192.772,32 €. Nach Berücksichtigung des Freibetrags i. H. v. 20.000 € sei die Schenkungsteuer nach einem Wert der Bereicherung i. H. v. 172.700 € zu berechnen und daher der Schenkungsteuerbescheid vom 4.4.2017 i. H. v. 10.120 € von der Vollziehung auszusetzen. Die Entscheidung des FG ist in EFG 2018, 60 veröffentlicht.

5 Der Antragsteller vertritt die Auffassung, bei der Übertragung handele es sich um einen voll entgeltlichen Vertrag, für den keine Schenkungsteuer festzusetzen sei.

6 Er beantragt, den Beschluss des FG aufzuheben und die Vollziehung des Schenkungsteuerbescheids vom 4.4.2017 in voller Höhe auszusetzen.

7 Das FA beantragt, den Beschluss des FG aufzuheben und die Vollziehung des Schenkungsteuerbescheids vom 4.4.2017 nur i. H. v. 9.060 € auszusetzen.

8 Dazu vertritt das FA nunmehr die Auffassung, dass die Kapitalwerte der Pflegeverpflichtung und der Rentenverpflichtung – anders als die Kapitalwerte für das Wohnrecht und den Nießbrauch an der vermieteten Wohnung – nicht nach § 14 Abs. 2 BewG zu korrigieren seien. Danach kommt das FA zu einem Wert der Bereicherung i. H. v. 178.000 €.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

9 II. Die Beschwerde des Antragstellers ist unbegründet.

(...)

11 2. Im Streitfall bestehen über die gewährte AdV hinaus keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des mit dem Einspruch angefochtenen Schenkungsteuerbescheids.

12 a) Zutreffend hat das FA die Übertragung des Grundstücks als gemischte Schenkung angesehen.

13 aa) Nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG unterliegt der Schenkungsteuer jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. In objektiver Hinsicht ist erforderlich, dass die Leistung zu einer Bereicherung des Bedachten auf Kosten des Zuwendenden führt und die Zuwendung (objektiv) unentgeltlich ist (BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 37/11, BFHE 242, 158 = BStBl. II, S. 2013, 934 m. w. N.). In subjektiver Hinsicht ist es notwendig, dass die Bereicherung freigebig zugewandt wird. Bei Unausgewogenheit gegenseitiger Verträge reicht hierfür regelmäßig das Bewusstsein des einseitig benachteiligten Vertragspartners über den Mehrwert seiner Leistung aus; auf die Kenntnis des genauen Ausmaßes des Wertunterschieds kommt es hingegen nicht an (BFH, Urteil vom 13.9.2017, II R 54/15, BFHE 260, 181 = BStBl. II 2018, S. 292 Rdnr. 16).

14 bb) Bleibt bei einer Zuwendung gegen Gegenleistung der Wert der Gegenleistung hinter dem Wert des Zuwendungsge-

genstandes zurück, kann eine gemischt-freigebeige Zuwendung (gemischte Schenkung) vorliegen. Besteht eine auffallende, über ein geringes Maß deutlich hinausgehende Diskrepanz zwischen Leistung und Gegenleistung, begründet dies die widerlegbare Vermutung, dass die Zuwendung im Umfang der Bereicherung unentgeltlich war, d. h. dass dem Zuwendenden der Wertunterschied bekannt und bewusst war (Urteil des BGH vom 18.10.2011, X ZR 45/10, NJW 2012, 605 Rdnr. 19, m. w. N.; Troll/Gebel/Jülicher/Gebel, ErbStG, § 7 Rdnr. 289). Ein solches Missverhältnis wird regelmäßig angenommen, wenn die tatsächliche Gegenleistung die sonst übliche angemessene Gegenleistung um 20 bis 25 % unterschreitet (Kapp/Ebeling/Geck, ErbStG, § 7 Rdnr. 51.1).

**15 cc)** Bei der im Aussetzungsverfahren vorzunehmenden summarischen Prüfung sind das FA und das FG im Streitfall zu Recht von einer gemischt-freigebeigen Zuwendung ausgegangen. Der Wert der im notariellen Vertrag vereinbarten Gegenleistungen steht in einem auffallenden Missverhältnis zum Verkehrswert des Grundstücks. Das Grundstück hat einen festgestellten Wert i. H. v. 251.212 €. Die übernommenen Verpflichtungen haben – ohne Berücksichtigung des § 14 Abs. 2 BewG – zusammengerechnet einen Kapitalwert i. H. v. 74.042 € (Rentenverpflichtung 19.411 €, Pflegeverpflichtung 29.656 €, Wohnrecht 16.176 €, Nießbrauch 8.799 €). Danach liegt der Anteil der Gegenleistung in Form von Leistungs- und Nutzungsaufgaben bei weniger als 30 % des festgestellten Grundstückswerts.

**16** Die mit dem Vertrag eingegangenen Risiken einer erhöhten Pflegebedürftigkeit des Übergebers und des daraus folgenden erhöhten Pflegeaufwands sind nicht in den Wert der Gegenleistungen einzubeziehen (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 6 Abs. 1 BewG). Dabei handelt es sich um eine aufschiebend bedingte Leistungsaufgabe, die erst dann erwerbsmindernd zu berücksichtigen ist, wenn die jeweilige Bedingung tatsächlich eingetreten ist (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 6 Abs. 2, § 5 Abs. 2 BewG; vgl. BFH, Urteil vom 8.2.2006, II R 38/04, BFHE 213, 102 = BStBl. II 2006, S. 475). Im Streitfall ist es dazu aufgrund des frühen Todes des Übertragenden nicht mehr gekommen.

**17 b)** Entgegen der Auffassung des FG hat das FA zu Recht von einer gesonderten Verkehrswertberechnung abgesehen und den Wert der Bereicherung bei der gemischten Schenkung unter Berücksichtigung des Grundstückswerts unter Abzug des Kapitalwerts der Nutzungs- und Leistungsaufgaben ermittelt.

**18 aa)** Nach geltender Verwaltungsauffassung (vgl. Abschn. R E 7.4 der Erbschaftsteuer-Richtlinien 2011) und weit überwiegender Ansicht in der Kommentarliteratur (vgl. Kapp/Ebeling/Geck, ErbStG, § 7 Rdnr. 67; Meincke, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 17. Aufl., § 7 Rdnr. 37 ff.; Troll/Gebel/Jülicher/Gebel, ErbStG, § 7 Rdnr. 207 ff.; Viskorf/Schuck/Wälzholz/Schuck, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 5. Aufl., § 7 ErbStG Rdnr. 50; v. Oertzen/Loose/Esskandari, ErbStG, § 7 Rdnr. 71 f.) ist bei einer gemischten Schenkung, für die die Steuer nach dem 31.12.2008 entsteht, keine gesonderte Berechnung des Verhältnisses zwischen dem Verkehrswert des zugewandten Gegenstands und dem Wert der Gegenleistung mehr erforderlich.

**19 bb)** Dieser Auffassung schließt sich der BFH an. Da sich die Bewertung des zugewandten Grundstücks, das mit einem Zweifamilienhaus bebaut ist, seit dem 1.1.2009 an dem gemeinen Wert orientiert (§ 12 Abs. 3 ErbStG i. V. m. § 157 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3, § 182 Abs. 2 Nr. 3, § 183 BewG), kann der Wert der Bereicherung bei einer gemischten Schenkung durch bloßen Abzug der – ggf. kapitalisierten – Gegenleistung vom Steuerwert des zugewandten Grundstücks ermittelt werden. Das gilt auch dann, wenn im Einzelfall der nach dem BewG ermittelte Steuerwert – ausnahmsweise – hinter dem gemeinen Wert zurückbleibt. Nach dem Beschluss des BVerfG vom 7.11.2006, 1 BvL 10/02 (BVerfGE 117, 1 = BStBl. II 2007, S. 192) muss die Bewertung des anfallenden Vermögens bei der Ermittlung der erbschaftsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage einheitlich am gemeinen Wert als dem maßgeblichen Bewertungsziel ausgerichtet sein. Diese Vorgaben hat der Gesetzgeber umgesetzt, wobei es ausreicht, dass durch die Bewertungsmethoden alle Vermögensgegenstände in einem Annäherungswert an den gemeinen Wert erfasst werden (vgl. BVerfG-Beschluss in BVerfGE 117, 1 = BStBl. II 2007, S. 192). Soweit es im Einzelfall einen Unterschied zwischen dem nach dem BewG ermittelten Wert und dem gemeinen Wert ergibt, ist dies aufgrund der typisierenden Bewertungsmethoden hinzunehmen. Das gilt auch für Ermittlung der Bereicherung bei einer gemischten Schenkung.

**20 c)** Zutreffend hat das FA bei der Ermittlung der Gegenleistung den Kapitalwert der Nutzungsaufgaben nach § 14 Abs. 2 BewG gekürzt.

**21 aa)** Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 BewG ist der Kapitalwert von lebenslänglichen Nutzungen und Leistungen mit dem Vielfachen des Jahreswerts anzusetzen. Die Vervielfältiger sind nach der Sterbetafel des Statistischen Bundesamtes zu ermitteln (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BewG). Hat eine nach § 14 Abs. 1 BewG bewertete Nutzung oder Leistung bei einem Alter von mehr als 80 Jahren bis zu 85 Jahren nicht mehr als drei Jahre bestanden und beruht der Wegfall auf dem Tod des Berechtigten, ist nach § 14 Abs. 2 Satz 1 BewG die Festsetzung der nicht laufend veranlagten Steuern auf Antrag nach der wirklichen Dauer der Nutzung oder Leistung zu berichtigen. Ist eine Last weggefallen, so bedarf die Berichtigung keines Antrags (§ 14 Abs. 2 Satz 3 BewG).

**22 bb)** Die Voraussetzungen für die Kürzung des Kapitalwerts der Nutzungsaufgaben nach § 14 Abs. 2 Sätze 1, 3 BewG liegen im Streitfall vor. Die Nutzungsaufgaben bestanden hier lediglich fünf Monate. Der bei der Vereinbarung bereits 83-jährige Übergeber ist im Dezember 2014, also fünf Monate nach der Vereinbarung der Nutzungsaufgaben, verstorben. Nach § 14 Abs. 2 Sätze 1, 3 BewG ist die Last lediglich für die tatsächliche Dauer von fünf Monaten, also i. H. v. 2.500 € (5 x 500 €) zu berücksichtigen. Das mindert den Wert der Gegenleistung entsprechend.

**23 d)** Es kann dahinstehen, ob darüber hinaus auch hinsichtlich der Leistungsaufgaben eine Kürzung nach § 14 Abs. 2 BewG vorzunehmen ist. Der BFH prüft zwar im Beschwerdeverfahren die Entscheidung des FG im vollen Umfang in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (vgl. BFH-Beschlüsse vom 17.3.2008, IV B 100, 101/07, BFH/NV 2008, 1177, und vom 20.7.2012, V B 82/11, BFHE 237, 545 = BStBl. II 2012,

S. 809 Rdnr. 31). Zu beachten ist jedoch das Verbot einer Schlechterstellung des Antragstellers (*reformatio in peius*), weil nur er und nicht auch das FA Beschwerde eingelegt hat (vgl. BFH, Beschluss vom 24.5.1993, V B 33/93, BFH/NV 1994, 133; Gräber/*Ratschow*, Finanzgerichtsordnung, 8. Aufl., § 132 Rdnr. 3). Gegenstand der Prüfung durch den Senat ist mithin (lediglich), ob ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheids bestehen, soweit das FG die Vollziehung nicht ausgesetzt hat.

**24 e)** Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ergibt sich, selbst wenn die Leistungsaufgaben – wie vom FA im Schriftsatz vom 15.12.2017 zugestanden – mit dem ungekürzten Wert vom Grundbesitzwert abzuziehen wären, jedenfalls keine höhere als die vom FG bereits gewährte AdV des angefochtenen Schenkungsteuerbescheids i. H. v. 10.120 €. Dies zeigt folgende Berechnung der Schenkungsteuer:

Grundbesitzwert laut Feststellungsbescheid	251.212 €
./. Pflegeverpflichtung	29.656 €
./. Rentenverpflichtung	19.411 €
./. nach § 14 Abs. 2 BewG gekürzte Kapitalwerte der Nutzungsaufgaben laut FA und FG	2.500 €
./. Erwerbsnebenkosten	1.568 €
Wert der Bereicherung	198.077 €
./. Freibetrag	20.000 €
Steuerpflichtiger Erwerb (abgerundet auf volle hundert €)	178.000 €
Schenkungssteuer 20 %	35.600 €
Bisher festgesetzte Schenkungssteuer	44.660 €
Auszusetzender Betrag	9.060 €

(...)

# SONSTIGES

## TAGUNGSBERICHT

### Gesellschaftsrecht im digitalen Wandel

#### Tagung des Instituts für das Recht der Digitalisierung in Marburg am 7.6.2019

Von Notarassessor **Fabian Vilgertshofer**, Weißenhorn

Die Moderation der Veranstaltung übernahmen Prof. Dr. *Sebastian Omlor* (Universität Marburg) und Prof. Dr. *Florian Möslin* (Universität Marburg).

Zur Begrüßung und Einführung ging Prof. Dr. *Omlor* zunächst auf die Herausforderungen ein, die die Digitalisierung für das Gesellschaftsrecht in der EU mit sich bringt und stellte kurz die bisherige Entwicklung dar. Der Richtlinienvorschlag für eine *Societas Unius Personae* (SUP)<sup>1</sup> sei gescheitert, jetzt aber ersetzt worden durch das EU Company Law Package,<sup>2</sup> durch welches die reine Online-Bargründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung ermöglicht werde. Mit Blick in die Zukunft und Entwicklungen wie der Blockchain-Technologie und Künstlicher Intelligenz könnte sogar schon bald die Existenz von Gesellschaften als solche in Frage gestellt werden.

#### 1. Gesetzgebungsverfahren zum EU Company Law Package

Im Anschluss widmete sich *Bartłomiej Kurcz* (Generaldirektion für Justiz und Verbraucher, Europäische Kommission Brüssel) dem Gesetzgebungsverfahren zum EU Company Law Package, bei welchem die Trilog-Verhandlungen nur zwei Wochen dauerten und das damit eines der schnellsten in der Geschichte der EU war. Ziel sei es vor allem gewesen, die Verwendung digitaler Werkzeuge im europäischen Binnenmarkt zu stärken und das Wachstumspotenzial von Gesellschaften, Umstrukturierungen und Sitzverlegungen innerhalb des Binnenmarkts anzukurbeln. Die SUP als „großer Ansatz“ einer eigenen europäischen Gesellschaftsform, verankert im nationalen Recht, sei gescheitert, weshalb man nun doch wieder den

traditionellen Weg der Mindestharmonisierung eingeschlagen habe.

Bei der Online-Gründung von GmbHs bzw. vergleichbaren Gesellschaften im Binnenmarkt könnten die Mitgliedstaaten dementsprechend weiterhin die zwingende Mitwirkung von Notaren vorsehen, solange sichergestellt sei, dass die Gründung rein online ablaufen könne. Die Identifikation der Beteiligten könne in Übereinstimmung mit den Regelungen der eIDAS-Verordnung<sup>3</sup> erfolgen, wobei dies gerade bei grenzüberschreitenden Vorgängen als eine der größten Herausforderungen einzustufen sei. Eine weitere große Herausforderung sei die Förderung des grenzüberschreitenden Informationsaustauschs gewesen, die mittels des BRIS-Informationssystems (Business Registers Interconnection System) gefördert werden solle. Mit Hilfe des BRIS solle insbesondere verhindert werden, dass Geschäftsführer, die einem Tätigkeitsverbot in einem Mitgliedstaat unterliegen, in einem anderen Mitgliedstaat Gesellschaften gründen können. Die Informationen über das Tätigkeitsverbot seien so zumindest von jedem Mitgliedstaat aus einheitlich und kostenlos abrufbar. Die unterschiedlichen Regelungen der Mitgliedstaaten zu den Voraussetzungen der Tätigkeitsverbote seien dennoch weiterhin ein Problem. Das BRIS enthalte darüber hinaus auch Informationen zur Rechtsform, Vertretung und Branche der jeweiligen Gesellschaft.

#### 2. Digitale Gründung im europäischen Rechtsvergleich

Im nächsten Vortrag befasste sich Prof. Dr. *Christoph Teichmann* (Universität Würzburg) mit dem Thema „Digitale Gründung im europäischen Rechtsvergleich“. Dabei seien vor allem Eintragungswirkung und Eintragungsverfahren zu differenzieren, welche Prof. Dr. *Teichmann* zunächst aus Sicht des deutschen Rechts skizzierte. Die notarielle Beurkundung des Errichtungsaktes der GmbH werde aus EU-Perspektive jedoch eher als Hindernis wahrgenommen wegen des Erfordernisses des persönlichen Erscheinens. Allerdings werde auf diese

<sup>1</sup> Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, COM(2014), 212 final.

<sup>2</sup> Unter dem Begriff des „EU Company Law Package“ ist das Gesetzespaket der EU-Kommission zu verstehen, bestehend aus dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie EU (2017), 1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, COM(2018), 239 final sowie dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie EU (2017), 1132 im Hinblick auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, COM(2018), 241 final.

<sup>3</sup> Verordnung Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.7.2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG.

Weise sichergestellt, dass die spätere Eintragung inhaltlich bereits vorab durch Notare geprüft und die Beteiligten ausreichend belehrt und beraten wurden. So könnten spätere Rechtsstreitigkeiten vermieden werden.

Rechtsvergleichend ging Prof. Dr. *Teichmann* zunächst auf die Gründung und Anmeldung von Gesellschaften in Großbritannien ein, wo sich das „Companies House“ monatlich mit ca. 50 bis 100 Fällen von „Corporate Identity Theft“ (CIT) beschäftige, also der missbräuchlichen Verwendung von Unternehmensidentitäten, beispielsweise der Anmeldung weiterer Geschäftsführer oder Sitzverlegungen der Gesellschaft durch Unbefugte. Das Problem liege hier im Eintragungsverfahren des Companies House (reine Dokumentensammlung), bei dem die eingereichten Unterlagen, etwa zu Geschäftsführerbestellungen oder einer Änderung des Firmensitzes, vor der Eintragung nicht hinreichend geprüft würden. Zwar gebe es die Möglichkeit des sog. „Protected Online Filing“ (PROOF) als freiwilligen Service. Dieser könne aber nicht die Schutzfunktion des Notars im Eintragungsverfahren ersetzen.

In Dänemark könne man bereits online ohne die Mitwirkung von Notaren Gesellschaften gründen. Der Zugang zu den entsprechenden Online-Portalen erfolge mittels der sog. „NemID“, einer Art digitalen Zugangscode vergleichbar der PIN oder TAN beim Online-Banking, die jeder Däne besitze. Bei der Online-Gründung könnten vorgegebene Satzungsmuster oder auch eigene Satzungen verwendet werden. Die Einzahlung des Stammkapitals erfolge dann per Online-Banking und automatisierter Bestätigung der Bank. Ferner erfolge bei der Online-Gründung ein Software-basierter und automatisierter Datenabgleich mit dem Melderegister hinsichtlich etwaiger Tätigkeitsverbote. Bei einem Verstoß gegen Tätigkeitsverbote werde die Gründung so automatisch von der Software verweigert. Bei erfolgreicher Gründung erhalte der Gründer eine Bestätigungsmail an sein digitales Postfach, welches wiederum jeder Däne zwingend besitze. Bei Fehlern könne der Betroffene dann über einen Link in der Bestätigungsmail Korrekturen geltend machen, was in etwa 400 Fällen pro Jahr vorkomme, wovon allerdings 90 % letztlich gegenstandslos seien. Die NemID stelle allerdings keine hohe Hürde dar im Hinblick auf fälschungssichere Identifizierung der Beteiligten, da diese von Hackern ausgespäht werden könne.

In Estland habe man dagegen ein eher kontinentaleuropäisch geprägtes System mit Notaren. Allerdings sei auch dort die Online-Gründung von Gesellschaften durch natürliche Personen bereits möglich. Die Identifikation erfolge mittels elektronischem Personalausweis und der sog. „e-residency“ für Ausländer. Die „e-residency“ unterliege hier einer strengen Prüfung und könne bei Fehlverhalten auch schnell wieder entzogen werden. Es werde ein Satzungsmuster zentral vorgegeben und abschließend mittels digitaler Signatur unterzeichnet. Datenabgleich, Bestätigungsmail und Einzahlung des Mindeststammkapitals erfolgten vergleichbar zu Dänemark.

Als Fazit hielt Prof. Dr. *Teichmann* abschließend fest, dass präventive Rechtskontrolle durch Notare und Registergerichte sowie konstitutive Eintragungswirkung zwingend zusammenhängen. Vorbeugende Rechtspflege sei auch im System einer elektronischen Gesellschaftsgründung möglich, wobei die Vorzüge des Beurkundungsverfahrens in der individuellen Ge-

staltung und Beratung lägen. Als Ausblick stellte Prof. Dr. *Teichmann* die Möglichkeit der Online-Gründung mittels audiovisueller Fernkommunikation bei grenzüberschreitenden Gründungsvorgängen dar, wobei es gerade in Deutschland sicher noch viel Potenzial für eine stärkere Digital-Infrastruktur gebe.

### 3. Digitalisierung und Registerrecht

Im Anschluss widmete sich Prof. Dr. *Alexander Krafka* (Notar in Landsberg am Lech) dem Thema „Digitalisierung und Registerrecht.“

Er stellte zunächst fest, dass Registern eine staatliche Schutzfunktion zukomme, da sie einen sicheren Rahmen für Existenz, Haftung und Vertretung von Gesellschaften bildeten. Angesichts der letzten Entwicklungen auf EU-Ebene und im Rechtsvergleich mit anderen EU-Staaten müsse man sich allerdings die Frage stellen, ob das Eintragungsverfahren im Registersystem nicht einen übertriebenen Paternalismus darstelle bzw. ob es nicht auch einfacher gehe. Man müsse hier grundsätzlich zwei Systeme unterscheiden, die bloße Dokumentensammlung, wie sie etwa das Companies House in England habe, und das Registersystem, welches beispielsweise in Deutschland betrieben werde.

Die Richtlinie (EU) 2017/1132 in ihrer nunmehr geänderten Fassung ermögliche den Mitgliedstaaten beide Systeme.

Der Vorteil der reinen Dokumentensammlung läge vor allem darin, dass sie einfacher, schneller und mit weniger Personal betrieben werden kann. Eine inhaltliche Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen finde hierbei nicht statt. Der Vorteil des Registersystems bestehe dagegen darin, dass es sich um ein manipulationssicheres System handle, die Eintragung aufgrund der präventiven Rechtskontrolle im Eintragungsverfahren öffentlichen Glauben erzeuge und somit insgesamt weniger nachträgliche Rechtsstreitigkeiten zu verzeichnen seien. Es handle sich um ein über Jahre gewachsenes und gut funktionierendes System, das nicht leichtfertig aufs Spiel gesetzt werden sollte. Das Prinzip „bekannt und bewährt“ solle an dieser Stelle selbstverständlich nicht die Argumentation für und gegen die Digitalisierung ersetzen, diene aber zumindest als Anreiz für eine kritische Betrachtung der Veränderungen aufgrund fortschreitender Digitalisierung.

Sodann ging Prof. Dr. *Krafka* näher auf Art. 13h der RL 2017/1132 zu den Mustervorlagen ein und konstatierte, dass es hier außer der Verfahrensvereinfachung keine grundlegend neuen Regelungen gebe. Das einheitliche Satzungsmuster solle wohl die bisherige Praxis vieler verschiedener Muster (je nachdem welcher Notar es entworfen habe) ersetzen. Kritisch zu hinterfragen sei in jedem Fall die Qualität des bereitgestellten Musters, da man hier schon bisher bei der Musterprotokoll-Gründung von GmbH und UG gemäß § 2 Abs. 1a GmbHG eher schlechte Erfahrungen gemacht habe, vor allem im Hinblick auf später erforderlich werdende Änderungen und Ergänzungen. Der Entwurf des Musters müsse hier sorgfältig abgestimmt werden, vor allem mit Blick auf die „Sogwirkung“ billiger Muster, die oftmals sachgerechte individuelle Lösungen verhinderten.

Eine Verfahrensbeschleunigung sei durch Musterverwendung

mit Selbsteintragung der Beteiligten nicht zu erwarten, da diesen oft schlichtweg die Rechtskenntnisse hierfür fehlten, beispielsweise unzulässige Firmen oder Unternehmensgegenstände verwendet würden, sodass der Kontrollaufwand der Gerichte dadurch nur höher werde.

Bei Art. 13h Abs. 1 sei ferner sprachlich unklar, wofür das Muster bereitgestellt werden müsse, gemeint sei hier aber wohl für die Errichtung der Gesellschaft.

Anschließend lenkte Prof. Dr. *Krafka* den Blick auf Art. 13i der genannten Richtlinie betreffend die Tätigkeitsverbote als Geschäftsführer und wies darauf hin, dass bislang keine grenzübergreifende Registerauskunft zu Tätigkeitsverboten möglich sei. Das in Deutschland praktizierte System der strafbewehrten Versicherung des Geschäftsführers sei aber durchaus praktikabel. Ob durch Art. 13i wesentliche Verbesserungen zu erwarten seien, müsse sich daher noch zeigen.

Abschließend wurde auf den Wortlaut des Art. 30a Abs. 1 der vorgenannten Richtlinie in der deutschen Fassung zur Änderung von Urkunden und Angaben der Gesellschaft eingegangen. Dieser stellt darauf ab, dass die dort einzeln bezeichneten Änderungen „eingereicht wurden“. Im deutschen Rechtssystem komme es aber nicht auf die Einreichung an, sondern auf die Eintragung der Änderung im Register. Herr *Kurcz* erläuterte in der anschließenden Diskussion hierzu, dass in der englischen Fassung der Begriff „filed documents“ verwendet werde, was auch als eingetragen ausgelegt werden könne und letztlich auch so gemeint sei.

#### 4. Notare im digitalisierten Gesellschaftsrecht

Der nächste Tandemvortrag von Prof. Dr. *Jens Bormann* (Notar in Ratingen und Präsident der Bundesnotarkammer, Berlin) und Dr. *Peter Stelmaszczyk* (Geschäftsführer der Bundesnotarkammer, Berlin) behandelte das Thema „Notare im digitalisierten Gesellschaftsrecht“.

Prof. Dr. *Bormann* identifizierte zunächst zwei zentrale Merkmale des digitalisierten Gesellschaftsrechts. Zum einen entwickelten sich digitale Technologien exponentiell, was etwa die Steigerung der Speicherkapazitäten und Prozessorleistungen angehe. Zum anderen führe die Kombination einzelner digitaler Technologien zu vollkommen neuen Geschäftsmodellen. Sodann skizzierte Prof. Dr. *Bormann* den bisherigen Status Quo im notariellen Gesellschaftsrecht. Dieser bestehe schon bisher aus einer Kombination von digitalen und Präsenzverfahren, wie etwa die seit 2007 zwingend vorgeschriebene elektronische Einreichung von Anmeldungen zum Handelsregister zeige. Im Bereich interner Kommunikation zwischen Gesellschaftern differenzierte Prof. Dr. *Bormann* nach den verschiedenen Gesellschaftsformen. Bei Personengesellschaften sei eine elektronische Gesellschafterversammlung und Beschlussfassung ohne Weiteres gestattet, während bei der Aktiengesellschaft gemäß § 118 Abs. 1 Satz 1 AktG zwingend ein realer Versammlungsort erforderlich sei. An verschiedenen Stellen öffne sich aber auch das AktG bei einer entsprechenden Satzungsregelung der elektronischen Kommunikation, wie insbesondere die Regelungen in § 118 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4, § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG zeigten.

Das Präsenzverfahren sei allerdings weiterhin für strukturelle-

vante Maßnahmen vorgesehen, welche die Verfassung der Gesellschaft betreffen. Hierdurch werde die Prüfung der Identität und Geschäftsfähigkeit der Beteiligten und der Rechtmäßigkeit des Vorhabens sichergestellt sowie die Beratung und Belehrung der Beteiligten vorgenommen. Der Notar übernehme hier also eine entscheidende „Filterfunktion“.

Grund hierfür sei zum einen die Komplexität des Gesellschaftsrechts, die eine vorherige Prüfung durch Notare erforderlich mache und zum anderen die Außenwirkung der Handelsregistereintragung, die positive und negative Publizität erzeuge. Diese Wirkung sei nur dann zu rechtfertigen, wenn die Eintragung vorher inhaltlich umfassend geprüft und deren Rechtmäßigkeit sichergestellt werde. Auf diese Weise werde die Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs garantiert und Transaktionskosten gesenkt. Voraussetzung sei aber, dass der Notar quasi als „Gatekeeper“ des Handelsregisters eine zuverlässige Input-Kontrolle vornehme. Als Gegenmodell wurde wiederum das britische Companies House mit seiner reinen Dokumentensammlung ohne zuverlässige Identitäts- und Inhaltskontrolle herangezogen.

Sodann wurde das EU-Company Law Package näher beleuchtet. Entscheidend sei aus deutscher Sicht vor allem die Freiheit der Mitgliedstaaten in der Umsetzung, die Verfahren im Rahmen der Gründungsvorgänge selbst auszugestalten und die zwingende Mitwirkung von Notaren bei der Online-Gründung und Anmeldung weiterhin vorzusehen. Die Online-Gründung müsse nach der neuen Richtlinie sowohl für natürliche Personen als auch für juristische Personen möglich sein, wobei gerade letzteres zu Problemen in der Umsetzung führen könne. Das neu geschaffene BRIS-Informationssystem schaffe insoweit keine Harmonisierung des Umfangs der zu registrierenden Angaben, der Form der Offenlegung und der Publizitätswirkung. Zudem gebe es bislang auch keine einheitliche „e-Apostille“.

Die Bundesnotarkammer habe zur Umsetzung der Richtlinie bereits einen digitalen Probe-Assistenten vorgestellt, mit dem das Beurkundungsverfahren mittels Videokonferenz durchgeführt werden könne und die Identifizierung der Beteiligten in Übereinstimmung mit der eIDAS-Verordnung durch Auslesen der eID vorgenommen werde. Problematisch sei jedoch nach bisheriger Rechtslage, dass der Notar das Lichtbild des Ausweises nicht elektronisch auslesen dürfe. Die Richtlinie lasse es jedoch ausdrücklich zu, dass der Notar Zugriff auf das Lichtbild der Beteiligten erhalte und einen Abgleich mit dem Videobild vornehme. Das geschilderte Vorgehen sei aus Sicht der Bundesnotarkammer der am besten geeignete Weg zur Umsetzung der Richtlinie. Das Ziel müsse es sein, eine Überführung in die digitale Welt ohne Disruption zu erreichen. Das setze vor allem eine sichere Identifizierung der Beteiligten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des Beurkundungsrechts und des GwG voraus.

#### 5. Blockchain und Gesellschaftsrecht

Im nächsten Vortrag referierte Prof. Dr. *Chris Thomale* (Universität Wien) zum Thema „Blockchain und Gesellschaftsrecht“. Er erläuterte dabei zunächst kurz die technischen Grundlagen der Blockchain, bevor er auf deren Stärken und Schwächen einging.

Als Schwäche konstatierte Prof. Dr. *Thomale* etwa die Irreversibilität von Eintragungen in der Blockchain. Die Korrigierbarkeit von Informationen sei derart eingeschränkt, dass einmal „in die Blockchain geschriebene“ Informationen dort verbleiben, was im Hinblick auf datenschutzrechtliche Ansprüche auf Löschung oder Ähnliches problematisch sein könne.

Ferner sei der Energieaufwand für das Mining, also das Lösen der kryptographisch-mathematischen Rechenaufgabe zur Validierung von Transaktionen bei public Blockchains wie Bitcoin, sehr hoch. Die Skalierbarkeit sei daher eingeschränkt; je größer die Datenmengen würden, desto langsamer würde auch das Blockchain-Netzwerk.

Außerdem seien die hinter den Transaktionen stehenden Rechtssubjekte (systembedingt) intransparent. Die Identität der Teilnehmer bei public Blockchains sei daher grundsätzlich nicht nachweisbar. Würde man dagegen doch wieder ein Aufsichtsorgan installieren, wie bei permissioned Blockchains, würde der Gedanke hinter der Blockchain-Technologie, Intermediäre überflüssig zu machen, konterkariert.

Im zweiten Teil seines Vortrags widmete sich Prof. Dr. *Thomale* sodann den auf Blockchain-Technologie (meist Ethereum-Blockchain) basierten, dezentralen Gesellschaften, sog. DAO's (Decentralised Autonomous Organisations). Mediales Aufsehen hatte der unter dem Schlagwort „The DAO“ bekannt gewordene Diebstahl von 3,6 Millionen Einheiten der Kryptowährung Ether im Wert von umgerechnet 50 Millionen US-Dollar erregt. Dabei wurden digitale Anteile (sog. Tokens) an einer Gesellschaft gegen Einzahlung von Ether ausgegeben und auf diese Weise viele Millionen in kürzester Zeit eingesammelt (sog. „Crowdfunding-Methode“). Die Anteilsinhaber erwarben so Stimmrechte, mit denen sie entscheiden konnten, an welchen Projekten sich die Gesellschaft beteiligt etc. Die Angreifer nutzten eine Schwachstelle in der Ethereum-Blockchain aus, um die Ether-Einheiten auf ihr Wallet zu transferieren.

Rechtlich betrachtet stelle sich bei DAOs zunächst die Frage, ob die Ausgabe der Tokens Wertpapierhandel sei, ob es sich also um übertragbare Wertpapiere im Sinne des Art. 4 Abs. 1

Nr. 44a der MIFID-RL handle. Prof. Dr. *Thomale* hielt es durchaus für möglich, DAOs unter die genannte Vorschrift zu subsumieren, zumal die Definition bewusst weit gefasst und technikneutral formuliert sei.

Weiter stelle sich die Frage, wer bei der DAO verantwortlich sei und in Haftung genommen werden könne, beispielsweise im Falle täuschungsbedingter Übertragung von Bitcoins. Hier zog Prof. Dr. *Thomale* eine Parallele zu § 11 Abs. 2 GmbHG. Die Zwangslokalisierung von Verantwortung und Vermögensspeicher sei jedoch bei der DAO nicht möglich, da diese keinen Sitz habe und deren Teilnehmer anonym seien. Demnach sei auch eine Zwangsvollstreckung gegen die DAO als solche nicht möglich.

Im Anschluss berichtete Dr. *Johannes Blassl* (Rechtsanwalt bei GSK Stockmann) von der ersten erfolgreich durchgeführten Wertpapieremission auf Blockchain-Basis, einem Pilot-Projekt unter Beteiligung von Continental, Commerzbank und Siemens. Ziel sei es dabei gewesen, die komplette Wertpapieremission ohne Beteiligung zentraler Intermediäre, insbesondere von Banken und der Clearstream Banking AG durchzuführen. Die rechtliche Einordnung dieses Projekts sei dabei nicht ganz eindeutig zu treffen gewesen. Zivilrechtlich handle es sich nur dann um Wertpapiere, wenn eine physische Urkunde darüber ausgehändigt werde. Dieser physische Anknüpfungspunkt sei im Zivilrecht, anders als im Wertpapieraufsichtsrecht (vgl. hierzu § 2 Abs. 1 WpHG), zumindest de lege lata noch zwingend. Europäische Banken würden dementsprechend auch nur physische Wertpapiere ausgeben. Für das Projekt wurde daher eine Bank in Luxemburg eingeschaltet, die auch dematerialisierte Krypto-Wertpapiere ausgeben. Die Gegenleistung wurde in Kryptowährung erbracht. Ein Projekt wie dieses sei allerdings aufgrund der Geldwäscheproblematik und Bekämpfung von Terrorismusfinanzierung nur auf Basis einer permissioned Blockchain-Lösung denkbar, nicht auf public Blockchain-Basis. Empfehlenswert sei dabei stets eine enge und frühe Zusammenarbeit mit den Aufsichtsbehörden, welche den Vorgang zu bewerten haben.

## VERANSTALTUNGSHINWEISE

### Tagung des Rheinischen Instituts für Notarrecht an der Universität Bonn

#### „Registerwesen“

Donnerstag, 30. September 2019, 13 Uhr s. t.

Juridicum, Fakultätszimmer (Sitzungsraum)

Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn

#### Aus dem Programm:

Verkehrsschutz durch Register  
(Professor Dr. *Moritz Brinkmann*, LL.M. (McGill))

Kosten und Nutzen eines Registers für Rechte an Immobilien  
(Dr. Dr. *Alexander Morell*)

Rechtshistorische Einführung (Prof. Dr. *Mathias Schmoeckel*,  
Geschäftsführender Direktor des Rheinischen Instituts für  
Notarrecht)

Verfassungsrechtliche Fragen des Registerrechts  
(Prof. Dr. *Foroud Shirvani*)

Das Strafregister im Spannungsfeld zwischen Informations-  
bedürfnis und Resozialisierung (Prof. Dr. *Thorsten Verell*)

#### Tagungsbeitrag:

40 € für Mitglieder der NotRV und des Förderkreises des Rheinischen Instituts für Notarrecht, für Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung, 80 € für Nichtmitglieder, frei für Notarassessoren, die Mitglieder der NotRV sind, sowie für Hochschullehrer, Uni-Angehörige und Studierende.

#### Kontakt/Anmeldung:

Rheinisches Institut für Notarrecht, Adenauerallee 46a, 53113 Bonn, E-Mail: [Notarrecht@uni-bonn.de](mailto:Notarrecht@uni-bonn.de). Weitere Informationen über die Einrichtung und ein Anmeldeformular finden Sie unter [www.jura.uni-bonn.de/rheinisches-institut-fuer-notarrecht](http://www.jura.uni-bonn.de/rheinisches-institut-fuer-notarrecht).

### 44. Tagung des NOTARCOMITATO

#### „Handelsregister und Firmenbuch in Österreich, Italien und Deutschland“

Freitag, 11. Oktober 2019, bis Samstag, 12. Oktober 2019

Grand Hotel Trient

Piazza Dante 20, 38122 Trient

#### Aus dem Programm:

Das Firmenbuch in Österreich  
(Notariatskandidat Mag. *Klaus Pirker*, Klagenfurt)

Das Handelsregister in Italien  
(Notar Dott. *Andrea Cimino*, Trient)

Das Handelsregister in Deutschland  
(Notarassessor *Christoph Aumann*, München)

#### Tagungsbeitrag:

350 € für Notare, 240 € für Notare im Ruhestand und Notarkandidaten, 180 € für Begleitpersonen.

#### Kontakt/Anmeldung:

Notaio Alessandro Franco, Strada Neva n. 18 – frazione Vigo, 38036 San Giovanni di Fassa-Sèn Jan, Tel.: +39 0462 503159, E-Mail [cristina@studionotarilefranco.it](mailto:cristina@studionotarilefranco.it), Einladung inklusive Anmeldeformular, Tagungsablauf und Hotelvorschläge unter [www.notarcomitato.com](http://www.notarcomitato.com).

## 8. Jahrestagung des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen der Bucerius Law School „Grundfragen der Organisation von Familienunternehmen“

Freitag, 25. Oktober 2019, 9:00 Uhr

Moot Court der Bucerius Law School

Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg

### Aus dem Programm:

Unternehmergespräch (*Reinhold von Eben-Worlée*,  
geschäftsführender Gesellschafter der E.H. Worlée & Co.  
GmbH & Co. KG und Präsident des Verbands  
DIE FAMILIENUNTERNEHMER e.V., im Gespräch mit Notar  
Dr. Axel Pfeifer, Hamburg)

Aktuelle steuerliche Herausforderungen für  
Familienunternehmen  
(Steuerberater Prof. Dr. Andreas Söffing, Frankfurt a. M.)

Statutengestaltung in Familienunternehmen bei GmbH  
sowie GmbH & Co. KG  
(Notar Prof. Dr. Heribert Heckschen, Dresden)

Die SE als Familienunternehmen  
(Notar Prof. Dr. Hartmut Wicke, LL.M. [Stellenbosch]),  
München)

Modelle der Nachfolge: Team oder Thronfolge?  
(Prof. Dr. Katharina Uffmann, Ruhr-Universität Bochum)

Vertraulichkeit versus Publizität bei Familienunternehmen  
(Rechtsanwalt Dr. Christian Bochmann, LL.M. [Cambridge]),  
Hamburg)

### Tagungsbeitrag:

100 € für Mitglieder der NotRV und der Hamburgischen  
Notarkammer, 50 € für Notarassessoren, frei für Angehörige  
einer wissenschaftlichen Einrichtung sowie der Justiz,  
150 € im Übrigen.

### Kontakt/Anmeldung:

Bis zum 18. Oktober 2019 unter [www.law-school.de/nzf](http://www.law-school.de/nzf)  
(Anmeldemaske) oder [bucerius-event@law-school.de](mailto:bucerius-event@law-school.de).

## Veranstaltungen des DAI

1. **Erbrecht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**  
(Tondorf)  
3.9.2019 in Bochum
  2. **41. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung**  
(Bosch/Krauß/Leidner/Monreal/Schlögel/Weber/Wengenmayer)  
9.-14.9.2019 in Bochum
  3. **Notariat für Einsteiger**  
(Tondorf)  
12.-14.9.2019 in Oldenburg
  4. **Intensivkurs Überlassungsvertrag**  
(Berkefeld/Oertel)  
17.-18.9.2019 in Bochum
  5. **2. Jahreskurs für Quer- und Wiedereinsteiger in das Notariat – Einführungslehrgang für Mitarbeiter „Notariat von A bis Z“**  
(Hagemann/Kersten/Tiedtke)  
19.-21.9.2019 in Bochum  
(Böhringer/Thon/Tiedtke)  
17.-19.10.2019 in Bochum
  6. **Modularer Intensivkurs für Privatangestellte**  
(Heitzer/Heringer/Nünke/Vollrath)  
19.-21.9.2019 in Nürnberg
  7. **Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht**  
(Keim/Müller-Engels/Reetz)  
20.9.2019 in Osnabrück
  8. **Aktuelle Fragen des Erbbaurechts in der notariellen Praxis**  
(Schreinert)  
21.9.2019 in Heusenstamm
  9. **Das Landwirtschaftsrecht in der notariellen Praxis**  
(Hartmann/Piltz)  
21.9.2019 in Kiel
  10. **Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats**  
(Tondorf)  
23.-27.9.2019 in Kiel
  11. **Unternehmensnachfolge in der notariellen Praxis**  
(Spiegelberger)  
25.9.2019 in Bochum
  12. **2. Ausbildungsbegleitender Lehrgang: Praxis des Notariats – Teil 1: Beglaubigungen**  
(Barispek)  
28.9.2019 in Edewecht
  13. **Praxis der Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht**  
(Schmidt/Tondorf)  
2.10.2019 in Bochum
  14. **Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat: Modul 3 – Grundpfandrechte, Eintragungsbewilligungen, Überlassungsvertrag einschl. GNotKG**  
(Tondorf)  
7.-8.10.2019 in Stuttgart
  15. **Wohnungseigentumsrecht und Erbbaurecht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**  
(Tondorf)  
9.10.2019 in Heusenstamm
  16. **Urkundenvorbereitung von A bis Z**  
(Tondorf)  
10.10.2019 in Koblenz
  17. **Update WEG**  
(Elzer/Hügel)  
12.10.2019 in Köln
  18. **Unternehmer-Eheverträge und Unternehmer-Vorsorgeverträge in der notariellen Praxis**  
(Reetz)  
16.10.2019 in Heusenstamm
  19. **Gestaltungen im Pflichtteilsrecht**  
(Herrler/Müller-Engels)  
17.10.2019 in Berlin  
18.10.2019 in Kassel
  20. **42. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung**  
(Bosch/Leidner/Monreal/Schlögel/Sikora/Weber/Wengenmayer)  
21.-26.10.2019 in Oldenburg
  21. **Aktuelles Kostenrecht im Notariat**  
(Sikora)  
23.10.2019 in Kiel
  22. **Die Notarprüfung**  
(Blaeschke)  
23.10.2019 in Heusenstamm
  23. **Intensivkurs Erbrecht**  
(Frenz)  
25.-26.10.2019 in Bochum
  24. **Insolvenzrecht in der notariellen Praxis**  
(Reul)  
29.10.2019 in Bochum
  25. **Ältere Menschen als Urkundsbeteiligte**  
(Wetterling)  
30.10.2019 in Berlin
- Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

**NEUERSCHEINUNGEN**

1. Andrae: Internationales Familienrecht. 4. Aufl., Nomos, 2019. 845 S., 88 €
2. Bamberger/Roth/Hau/Poseck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 2. §§ 481-704 AGG. 4. Aufl., Beck, 2019. 2.892 S., 189 €
3. v. Bar/Mankowski: Internationales Privatrecht. Band 2: Besonderer Teil. 2. Aufl., Beck, 2019. 1.099 S., 159 €
4. Bartl/Bartl/Beine/Koch/Schlarb/Schmitt: GmbH-Recht. 8. Aufl., Müller, 2019. 1.005 S., 149 €
5. Bormann/Diehn/Sommerfeldt: GNotKG. 3. Aufl., Beck, 2019. 1.168 S., 139 €
6. Busold: Die Vorsorgevollmacht in der Personengesellschaft. Lang, 2019. 162 S., 44,95 €
7. Emmerich/Habersack/Schürnbrand: Aktien- und GmbH-Konzernrecht. 9. Aufl., Beck, 2019. 1.069 S., 169 €
8. Fraulob/Diergarten: Geldwäsche. Schäffer-Poeschel, 2019. 768 S., 99,95 €
9. Haritz/Menner/Bilitewski: UmwStG. 5. Aufl., Beck, 2019. 1.107 S., 159 €
10. Hartmann/Toussaint: KostR. 49. Aufl., Beck, 2019. 2.410 S., 149 €
11. Hördt: Pflichtteilsrecht und EU-ErbVO. Frank & Timme, 2019. 476 S., 68 €
12. Jansen/Jansen/Götz/Hülsmann: Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht. 12. Aufl., NWB, 2019. 430 S., 64 €
13. Jennißen: WEG. 6. Aufl., Schmidt, 2019. 1.696 S., 139 €
14. Klein-Blenkers/Heinemann/Ring: Miete, WEG, Nachbarschaft. 2. Aufl., Nomos, 2019. 1.721 S., 118 €
15. Krüger/Lorenz/Reymann: BeurKG. Beck, 2019. 809 S., 179 €
16. Möisinger: Der Einfluss der Verschmelzung durch Aufnahme auf Pfandrechte an Kapitalgesellschaftsanteilen. Nomos, 2019. 335 S., 89 €
17. Profefsner: Disposition im Internationalen Erbrecht. Lang, 2019. 366 S., 69,95 €
18. Freiherr v. Proff zu Irnich: NotarFormulare Nichteheleche Lebensgemeinschaft. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2019. 250 S., 69 €
19. Prütting/Wegen/Weinreich: BGB. 14. Aufl., Luchterhand, 2019. 3.850 S., 130 €
20. Rödder/Herlinghaus/van Lishaut: UmwStG. 3. Aufl., Schmidt, 2019. 2.235 S., 209 €
21. Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas: HGB. 5. Aufl., Schmidt, 2019. 2.560 S., 179 €
22. Schwedhelm: Die Unternehmensumwandlung. 9. Aufl., Schmidt, 2019. 558 S., 99 €
23. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 613a-619a. 17. Aufl., De Gruyter, 2019. 772 S., 269 €
24. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 4: Familienrecht §§ 1741-1772. 18. Aufl., De Gruyter, 2019. 473 S., 179,95 €
25. Strehlike-Verkühlen: Der Erbverzicht. JWV, 2019. 318 S., 39,80 €

# STANDESNACHRICHTEN

## PERSONALÄNDERUNGEN

### 1. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 1.8.2019:

Notar Dr. Georg Graf, Waldkirchen

Notar David Sommer, Augsburg  
(Geschäftsführer der Landesnotarkammer Bayern)

Mit Wirkung zum 1.9.2019:

Notar Ralph-Christoph Knerr, Buchloe

Notar Dr. Stephan Wendt, Freinsheim

### 2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.8.2019:

Augsburg	dem Notarassessor David Sommer (Geschäftsführer der Landesnotarkammer Bayern)
----------	---

Augsburg	dem Notarassessor Dr. Claudius Eschwey (bisher in München, Notarstellen Dr. Hepp/ Dr. Reul)
----------	---

Dachau

dem Notar  
Thomas Wurm  
(bisher in Neumarkt-  
Sankt Veit)

### 3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.7.2019:

David Maximilian Siegel, Landstuhl  
(Notarstelle JR Dr. Stuppi)

## ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN-ÄNDERUNGEN:

Notarstelle Wurm, Dachau  
Herzog-Albrecht-Straße 12, 85221 Dachau  
Telefon: 08131 3797877

