

NOTARASSESSOR DR. MAXIMILIAN JOHANNES EBLE, LL.M. (CAMBRIDGE), AACHEN

Familien- und betreuungsgerichtliche Genehmigungen im Gesellschaftsrecht

Inhaltsübersicht

A. Einleitung

B. Grundsätze

- I. Begriff des „Erwerbsgeschäfts“
 1. Grundsätze
 2. Freiberufliche und selbständige Erwerbstätigkeit
 3. Verwaltung eigenen Vermögens
 - a) Eintragung in das Handelsregister, Formkaufmann
 - b) Kriterien
 - c) „Heranwachsen“ zum Erwerbsgeschäft
- II. Die Entgeltlichkeit
 1. Bisherige Rechtslage
 2. Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts
- III. Unterschiedliche Behandlung von Personen- und Kapitalgesellschaften
 1. Bisherige Rechtslage
 2. Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts
- IV. § 1822 Nr. 10 BGB im Gesellschaftsrecht
 1. Bisherige Rechtslage
 2. Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts
- V. Gesellschaftsvertragsänderungen
- VI. § 1823 BGB, § 1645 BGB
- VII. Die Anwendbarkeit von § 1821 BGB und § 1850 BGB-E im Gesellschaftsrecht

C. Einzelfälle

- I. Gesellschaftsgründung
 1. Personengesellschaften
 - a) § 1822 Nr. 3 BGB und § 1852 Nr. 2 BGB-E
 - b) § 1822 Nr. 10 BGB und § 1854 Nr. 4 BGB-E
 - aa) Bisherige Rechtslage
 - bb) Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts
 2. Kapitalgesellschaften
 - a) GmbH
 - aa) Mehrpersonengründung
 - aaa) § 1822 Nr. 3 BGB und § 1852 Nr. 2 BGB-E
 - bbb) § 1822 Nr. 10 BGB und § 1854 Nr. 4 BGB-E
 - bb) Einpersonengründung
 3. Sonstige Genehmigungstatbestände
- II. Gesellschafterwechsel; Anteilsübertragung
 1. Personengesellschaften
 - a) § 1822 Nr. 3 BGB und § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E
 - aa) Entgeltlicher Erwerb und Veräußerung
 - bb) Unentgeltlicher Erwerb

- aaa) Bisherige Rechtslage
- bbb) Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts
 - b) Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 10 BGB und § 1854 Nr. 4 BGB-E
 - c) Sonstige Genehmigungstatbestände
2. Kapitalgesellschaft-GmbH
 - a) § 1822 Nr. 3 BGB
 - aa) Bisherige Rechtslage
 - bb) Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts
 - b) § 1822 Nr. 10 BGB
 - aa) Bisherige Rechtslage
 - bb) Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts
 - c) Weitere Genehmigungstatbestände
- III. Laufende Geschäfte und Gesellschafterbeschlüsse
- IV. Erbfolge
 1. Personengesellschaften
 2. Kapitalgesellschaft
- V. Erhöhung des Kapitals oder Veränderung der Beteiligung
 1. Personengesellschaft
 2. GmbH
 - a) Kapitalerhöhungsbeschluss
 - b) Übernahmemecklung
- VI. Ausscheiden, Auflösung und Kündigung
 1. Ausscheiden
 2. Auflösung
 3. Kündigung
- VII. Nießbrauch und Pfandrecht
- VIII. Treuhand
- IX. Stille Gesellschaft und Genossenschaft
- X. Unterbeteiligung
- XI. Umwandlung
 1. Verschmelzung und Spaltung unter Erhöhung des Kapitals
 2. Verschmelzung und Spaltung zur Neugründung
 3. Verschmelzung und Spaltung zur Aufnahme
 4. Formwechsel
 5. Ausscheiden gegen Barabfindung
 6. Fehlerfolge
- XI. Gesellschaftervereinbarungen
- XII. Unternehmensverträge
- XIII. Veräußerung des Vermögens im Ganzen

D. Zusammenfassung

A. Einleitung

Wo Minderjährige oder unter Betreuung stehende Personen an Gesellschaften beteiligt sind oder beteiligt werden sollen, ist die besondere Aufmerksamkeit der mitwirkenden Notarin oder des mitwirkenden Notars gefordert. Neben der Beantwortung der Frage nach der Vertretung durch die gesetzlichen Vertreter und der Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers, auf die an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden soll,¹ ist stets das

Erfordernis einer familien- oder betreuungsgerichtlichen Genehmigung im Auge zu behalten. Die zu berücksichti-

¹ Dazu bspw. *Bock* DNotZ 2020, 643 (644 ff.); *Bürger* RNotZ 2006, 156; *Führ/Nikoleyczik* BB 2009, 2105 (2106 f.); *Hohaus/Eickmann* BB 2004, 1707; *Münch FamRZ* 2019, 1916 (1916 ff.); *Reimann* DNotZ 1999, 179; *Weimbrenner* FPR 2009, 265. Ferner soll nicht auf die Vorschriften über die Anlegung von Geldern in den §§ 1806 ff. BGB, insbesondere die Gestattung nicht mündelsicherer Anlagen (§ 1811 BGB), eingegangen werden, dazu *Wilde* GmbHR 2010, 123 (125 ff.).

genden Normen bereiten jedoch in ihrer Auslegung nicht wenige Schwierigkeiten;² ein Umstand, der umso schwerer wiegt, als von der gerichtlichen Genehmigung die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts abhängt und die Grundsätze der fehlerhaften, aber in Vollzug gesetzten Gesellschaft unter dem Gesichtspunkt der Schutzwürdigkeit des Minderjährigen oder Betreuten nicht zur Anwendung gelangen sollen.³ Ein die Genehmigungsbedürftigkeit verneinendes sog. Negativattest des Familien- oder Betreuungsgerichts ersetzt obendrein nicht die Genehmigung und bindet damit auch andere Gerichte nicht,⁴ sodass im Einzelfall auf eine vorsorgliche Genehmigung gedrängt werden muss.⁵

Gleichzeitig ist die rechtstatsächliche Bedeutung der Beteiligung minderjähriger und unter Betreuung stehender Gesellschafter hoch: Am einen Ende des Spektrums ist der Trend zur frühzeitigen Vermögensübertragung auf Minderjährige im Rahmen der Nachfolgeplanung ungebrochen.⁶ Motiv für die Übertragung von Gesellschaftsbeteiligungen auf Minderjährige sind neben einer frühzeitigen Einbindung in das Familienunternehmen⁷ und die familiäre Vermögensverwaltung⁸ vor allem steuerliche Überlegungen: So sollen durch die Verteilung von Einkünften auf mehrere Steuerpflichtige Progressionsvorteile genutzt werden („Familiensplitting“⁹) und durch eine frühzeitige Übertragung möglichst mehrfach erbschaft- und schenkungsteuerliche Freibeträge genutzt werden.¹⁰ Zivilrechtliche Erwägungen, bspw. die Auslösung der Frist nach § 2325 Abs. 3 BGB, sind hingegen seltener.¹¹ Am anderen Ende nimmt die Zahl der Betreuten stetig zu und damit zwangsläufig auch die Zahl derer, die an Unternehmen beteiligt sind.¹² Wenngleich in diesem Fall natürlich durch die rechtzeitige Erteilung einer General- und Vorsorgevoll-

macht erhebliche Erleichterungen, insbesondere ein Wegfall des betreuungsgerichtlichen Genehmigungserfordernisses, erreicht werden können.¹³

Die gerichtliche Genehmigung soll bei Eingehung eines Gesellschaftsvertrags vor den Gefahren schützen, die sich aus der Dauer der gesellschaftsrechtlichen Bindung von Person und Vermögen, etwaigen Haftungsrisiken und der gegenüber Dritten unbeschränkten Vertretungsmacht der vertretungsberechtigten Personen ergibt.¹⁴ Bei dem Erwerb eines Erwerbsgeschäfts gegen Entgelt soll sie dem Risiko Rechnung tragen, das die Erbringung eines Vermögensopfers in Form des Entgelts für das mit unternehmerischen Risiken und ungewissen Gewinnaussichten behaftete Erwerbsgeschäft in sich birgt.¹⁵ Bei dessen Veräußerung soll sie davor schützen, dass leichtfertig Vermögenswerte weggegeben werden und über eine künftige Einkommensquelle verfügt wird.¹⁶

Die Erteilung der Genehmigung liegt dann im Ermessen des Gerichts, das sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und im Interesse des Minderjährigen umfassend alle Vor- und Nachteile, Aufwendungen, Risiken und Chancen abzuwägen hat.¹⁷

Inzwischen wurde der Ruf nach Reform¹⁸ erhört: Der Gesetzgeber beabsichtigt, Vormundschafts- und Betreuungsrecht zu reformieren und dabei auch den Katalog genehmigungsbedürftiger Rechtsgeschäfte neu zu gestalten.¹⁹ Fortan soll sich die Regelung des § 1822 Nr. 3 BGB in veränderter Form in § 1852 BGB-E finden; die Regelung des § 1822 Nr. 10 BGB wird mit einer im Gesellschaftsrecht äußerst bedeutsamen Änderung in § 1854 Nr. 4 BGB-E übernommen. Das Gesetzesvorhaben wird derzeit im Bundestag behandelt. In welcher Form der Entwurf schließlich Gesetz werden wird, ist entsprechend offen. Die Genehmigungserfordernisse wurden jedoch bislang ohne Änderungen aus dem Referenten- in den Regierungsentwurf übernommen. Aber ganz unabhängig davon, ob die Vorschriften in dieser Form letztlich Gesetz werden, bietet der Entwurf die Möglichkeit, die Auswirkungen zu beobachten, die das Drehen an einigen wichtigen Stellschrauben in der Praxis haben kann. Die neuen Regelungen lassen sich nur vor dem Hintergrund der derzeitigen Gesetzeslage verste-

2 Vgl. *Brüggemann* FamRZ 1990, 124; *Flume* FamRZ 2016, 277 (277 f.); *Klüsener* RPfleger 1990, 321 (322).

3 So die hM BGH NJW 1955, 1067 (1069); 1983, 748; BeckOK BGB/*Bettin*, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 1822 Rn. 15; BeckOGK BGB/*Geibel*, Stand 1.1.2019, § 705 Rn. 259; Henssler/Strohn/Henssler, GesR, 5. Aufl. 2021, § 105 HGB Rn. 142; *Bürger* RNotZ 2006, 156 (161); *Czeguhn/Dickmann* FamRZ 2004, 1534 (1536); *Lohse/Triebel* ZEV 2000, 337 (339); *Pluskat* FamRZ 2004, 677; *Winkler* ZGR 1973, 177 (198, 217); aA zB *MüKoBGB/Schäfer*, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 348; ferner *MüKoBGB/Kroll-Ludwigs*, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 31, *Erman/Schulte-Binert*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 18, und *Staudinger/Veit*, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 99: Minderjähriger als „pflichtloser Gesellschafter“; gegen die Figur des „hinkenden“ Gesellschafters bspw. *BeckOGK BGB/Geibel*, Stand 1.1.2019, § 705 Rn. 259; *MüKoBGB/Schäfer*, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 348 je mwN.

4 Vgl. BGH NJW 1966, 652; OLG Schleswig RNotZ 2020, 525 (527); OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 1174 (1175); LG Mainz MittRhNotK 1999, 387 (388); *Bürger* RNotZ 2006, 156 (164); *Damrau* ZEV 2000, 209 (213); *Klüsener* RPfleger 1990, 321 (330); *Oelers* MittRhNotK 1992, 69 (81); *Winkler* ZGR 1973, 177 (198).

5 *Bürger* RNotZ 2006, 156 (165); vgl. *Bost* NJOZ 2012, 241 (245); *Lohse/Triebel* ZEV 2000, 337 (338); *Menzel/Wolf* MittBayNot 2010, 186 (189 f.); vgl. *Kölmel* RNotZ 2010, 1 (26 f.): zulässig jedenfalls, sofern Genehmigungsbedürftigkeit zweifelhaft.

6 *Menzel* MittBayNot 2019, 222 (222); *van der Loo/Strnad* ZEV 2018, 617 (617); *Bürger* RNotZ 2006, 156 (157).

7 Vgl. *Bürger* RNotZ 2006, 156 (157); *Klüsener* RPfleger 1990, 321 (325); *Lohse/Triebel* ZEV 2000, 337 (338); *Lüdecke* NJOZ 2018, 681; *Oelers* MittRhNotK 1992, 69; *Pluskat* FamRZ 2004, 677; *Reimann* DNotZ 1999, 179.

8 Vgl. *Münch* FamRZ 2019, 1916; *van der Loo/Strnad* ZEV 2018, 617 (618).

9 *Hobaus/Eickmann* BB 2004, 1707; *Klüsener* RPfleger 1990, 321 (325); *Lohse/Triebel* ZEV 2000, 337 (338); *Oelers* MittRhNotK 1992, 69 (70); *Reimann* DNotZ 1999, 179; *Rust* DStR 2005, 1942.

10 *Bürger* RNotZ 2006, 156 (157); *Hobaus/Eickmann* BB 2004, 1707; *Klüsener* RPfleger 1990, 321 (325); *Lohse/Triebel* ZEV 2000, 337; *Lüdecke* NJOZ 2018, 681; *Münch* FamRZ 2019, 1916.

11 Vgl. *Reimann* DNotZ 1999, 179.

12 Vgl. *Wilde* GmbH 2010, 123.

13 Zur Subsidiarität der Betreuung (§ 1896 Abs. 2 S. 2 BGB) vgl. zB *Staudinger/Bienwald*, BGB, Neub. 2017, § 1896 Rn. 263 ff.; *MüKoBGB/Schneider*, 8. Aufl. 2020, § 1896 Rn. 50 ff.; zur Genehmigungsfreiheit der Handlungen eines Vorsorgevollmächtigten vgl. DNotI-Report 2003, 113 mwN (auch zur aA).

14 BayObLG DNotZ 1995, 941 (943); *FamRZ* 1990, 208 (BeckRS 2010, 26658); OLG Hamm OLGZ 1974, 158 (160); OLG Schleswig RNotZ 2020, 525 (529); KG NZG 2020, 548 (549); *Staudinger/Veit*, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 72; *Brox* FS Bosch, 1976, 75 (83); *Knopp* BB 1962, 939 (941); *Lohse/Triebel* ZEV 2000, 337 (340); *Lüdecke* NJOZ 2018, 681 (683); *van der Loo/Strnad* ZEV 2018, 617 (618).

15 Vgl. *Knopp* BB 1962, 939 (941), auch *Brox* FS Bosch, 1976, 75 (83).

16 RGZ 122, 370 (373).

17 Zum Entscheidungsmaßstab bspw. BayObLG DNotZ 1995, 941 (943 ff.); NJW-RR 1997, 1163 (1163 f.); OLG Schleswig RNotZ 2020, 525 (531); KG NZG 2020, 548 (549 f.); OLG Nürnberg NJW-RR 2015, 840 (841); OLG Jena ZEV 2013, 521 (522 f.); OLG Hamm OLGZ 1974, 158 (162 f.); LG München I MittBayNot 1996, 128 (128 f.); ZEV 2000, 370 (371 f.); *MüKoBGB/Kroll-Ludwigs*, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 30; *Staudinger/Veit*, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 70; *Bürger* RNotZ 2006, 156 (179 f.); *Damrau* ZEV 2000, 209 (213); *Klüsener* RPfleger 1990, 321 (330); *Lohse/Triebel* ZEV 2000, 337 (340 ff.); *Münch* FamRZ 2019, 1916 (1919).

18 Vgl. *Staudinger/Veit*, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 61.

19 Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts v. 25.9.2020, BR-Drs. 564/20, und v. 18.11.2020, BT-Drs. 19/24445, sowie Referentenentwurf v. 25.6.2020.

hen und einordnen, weswegen jeweils zunächst die bisherige Rechtslage dargestellt und sodann etwaige Auswirkungen eines Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts beleuchtet werden sollen.

B. Grundsätze

Zunächst sollen die wesentlichen Grundsätze dargestellt werden, die bei der Anwendung der im Gesellschaftsrecht relevanten Genehmigungstatbestände – insbesondere § 1822 Nr. 3 BGB und § 1822 Nr. 10 BGB (zukünftig § 1852 BGB-E und § 1854 Nr. 4 BGB-E) – zu beachten sind. Darauf folgend sollen einzelne Situationen aus dem Lebenszyklus einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung untersucht werden. Die Genehmigungsvorschriften sind anwendbar bei der Vertretung von Minderjährigen durch einen Vormund, die Eltern (§ 1643 Abs. 1 BGB) oder einen Ergänzungspfleger (§ 1915 Abs. 1 BGB) sowie bei der Vertretung von unter Betreuung stehenden Personen durch ihren Betreuer (§ 1908 i Abs. 1 S. 1 BGB). Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH sind die Bestimmungen im Interesse der Rechtssicherheit so auszulegen und anzuwenden, dass eine praktisch klare, formale Handhabung ermöglicht und nicht einer Beurteilung nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls Raum gegeben wird,²⁰ weswegen auch eine analoge erweiternde Gesetzesanwendung grundsätzlich ausgeschlossen ist.²¹

I. Begriff des „Erwerbsgeschäfts“

Bedeutsame Weichenstellung bei der Beurteilung der Genehmigungsbedürftigkeit gesellschaftsrechtlicher Vorgänge, insbesondere im Bereich der privaten Vermögensverwaltung, ist die Beantwortung der Frage, ob die Gesellschaft ein „Erwerbsgeschäft“ betreibt. Denn der im Gesellschaftsrecht bei weitem wichtigste Genehmigungstatbestand § 1822 Nr. 3 BGB (zukünftig § 1852 BGB-E) setzt in allen seinen Varianten dessen Vorhandensein voraus. Änderungen sind auch in Zukunft nicht zu erwarten, da in § 1852 BGB-E das „Erwerbsgeschäft“ weiterhin im Mittelpunkt stehen wird.

Der Begriff findet sich noch an anderen Stellen, bspw. in § 112 BGB, §§ 1431, 1456 BGB, § 741 ZPO sowie § 1645 BGB,²² und steht damit insbesondere eigenständig neben dem handelsrechtlichen „Handelsgewerbe“ und dem „Gewerbebetrieb“ (§ 1 Abs. 1, 2 HGB).

1. Grundsätze

Die Rechtsprechung versteht unter Rückgriff auf die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch zu § 112 BGB unter einem „Erwerbsgeschäft“ „jede regelmäßige, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, mag dieselbe in Handel, der Betreibung einer Fabrik oder eines Handwerkes, der Ausübung eines künstlerischen oder wissenschaftlichen Berufs, der Landwirtschaft usw. bestehen“.²³ Die Tätigkeit

muss auf eine gewisse Dauer angelegt²⁴ und mit der Absicht der Gewinnerzielung verbunden sein.²⁵ Mangels Gewinnerzielungsabsicht sind sämtliche Tätigkeiten mit ideeller Zwecksetzung ausgeklammert.²⁶ Hingegen schließen eine vorübergehende Unterbrechung oder ein Ruhen der Tätigkeit die Annahme eines Erwerbsgeschäfts nicht aus, jedenfalls sofern die Möglichkeit besteht, die Tätigkeit wieder aufzunehmen.²⁷

2. Freiberufliche und selbständige Erwerbstätigkeit

Unerheblich ist es demnach, ob es sich bei dem Betrieb um ein Gewerbe iSd Handelsgesetzbuchs oder der Gewerbeordnung handelt.²⁸ So kann auch die Ausübung eines freien Berufs²⁹ oder ein Betrieb der Landwirtschaft³⁰ „Erwerbsgeschäft“ sein.

Das RG hat es jedoch aufgrund der besonderen Bindung an die Persönlichkeit des Inhabers abgelehnt, nach dem Tode eines Arztes von der ärztlichen Praxis als Erwerbsgeschäft zu sprechen und die Veräußerung durch die minderjährigen Erben daher für genehmigungsfrei gehalten.³¹ Dem widerspricht die heute hM im Schrifttum.³² Die Frage danach, ob ein Erwerbsgeschäft aufgrund seiner Personengebundenheit mit dem Tod des Inhabers ende, führe zur schwierigen Abwägung, wann der personengebundene Wert überwiege und wann andere Wertfaktoren zu einem Fortdauern führten.³³ Auch die freiberufliche Praxis habe

20 Vgl. BGH NJW 1955, 1067 (1068); NJW 1962, 2344 (2345); NJW 1970, 33; NJW 1973, 1276 (1278); NJW 1992, 300 (301); OLG Dresden ZEV 2018, 669; BeckOK BGB/Bettin, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 1821 Rn. 3; van der Loo/Strnad ZEV 2018, 617 (619).
21 Vgl. BGH NJW 1983, 1780 (1781); OLG Köln MittBayNot 2013, 248 (250); zw. Maetschke BRJ 2016, 8 (11).
22 Vgl. RGZ 144, 1 (2); BGH NJW 1982, 1810 (1811); Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 35.

23 Vgl. Motive I, 142; RGZ 144, 1 (2); vgl. auch BayObLG DNotZ 1995, 941 (942); KG NJW 1976, 1946; OLG München MittBayNot 2019, 132 (134); LG München I ZEV 2000, 370 (371); LG Aachen NJW-RR 1994, 1319 (1321); Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 35; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 12; Kurz NJW 1992, 1798 (1800); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (70).
24 BGH NJW 1982, 1810 (1811); OLG München MittBayNot 2009, 52; OLG Oldenburg ZEV 2019, 726 (728); OLG Schleswig RNotZ 2020, 525 (528); Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 36; Fortun NJW 1999, 754 (755); Hobaus/Eickmann BB 2004, 1707 (1709); Menzell/Wolf MittBayNot 2010, 186; Weinbrenner FPR 2009, 265 (269).
25 BGH NJW 1982, 1810 (1811); KG, NJW 1976, 1946; OLG Oldenburg ZEV 2019, 726 (728); OLG Schleswig RNotZ 2020, 525 (528); BeckOK BGB/Bettin, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 1822 Rn. 9; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 12; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 5a; Bürger RNotZ 2006, 156 (159); Lohsel/Triebel ZEV 2000, 337 (338); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (70); van der Loo/Strnad ZEV 2018, 617 (618).
26 Vgl. RGZ 133, 7 (11); Bürger RNotZ 2006, 156 (159); Winkler ZGR 1990, 131 (134).
27 Vgl. BGH NJW 1952, 1410; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 12; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 5b; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 38; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 12.
28 Vgl. BGH NJW 1982, 1810 (1811); KG NJW 1976, 1946; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 12; Brüggemann FamRZ 1990, 124 (126); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (75).
29 RGZ 144, 1 (2) (Arzt); KG NJW 1976, 1946 (Wirtschaftsprüfungsgesellschaft); BeckOK BGB/Bettin, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 1822 Rn. 9; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 39; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 12; Fortun NJW 1999, 754 (755).
30 Vgl. BayObLGZ 1983, 187 (190); NJW-RR 1996, 80 (81); MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 12; Brüggemann FamRZ 1990, 124 (126).
31 RGZ 144, 1 (2 ff.).
32 BeckOK BGB/Bettin, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 1822 Rn. 9; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 12; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 6; Fiala/Müller/Braun RPflegler 2002, 389 (406); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (70).
33 Vgl. MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 12; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 40.

einen eigenständigen Wert, der sich bspw. im Kundenstamm widerspiegelt,³⁴ und genauso hänge der Wert kleinerer inhabergeführter Handwerksbetriebe zu einem guten Teil von persönlichen Eigenschaften des Inhabers ab.³⁵ Entscheidend sei letztlich, ob eine freiberufliche Praxis als funktionale Einheit übertragen werde, was insbesondere die Veräußerung allein des Inventars vom Anwendungsbereich ausschließt.³⁶

3. Verwaltung eigenen Vermögens

Die auf „selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit“ grenzt die Rechtsprechung von der reinen, privaten Vermögensverwaltung ab,³⁷ also einer Tätigkeit, die allein darauf beschränkt ist, „das Familienvermögen zu verwalten und zu erhalten“.³⁸

a) Eintragung in das Handelsregister, Formkaufmann

In diesem Zusammenhang ist es nach hM unerheblich, ob eine Personengesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist. Denn einerseits ist es denkbar, dass eine OHG oder KG, die allein eigenes Vermögen verwaltet (§§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB), Umfang und Art nach kein „Erwerbsgeschäft“ betreibt, woran auch ihre Eintragung in das Handelsregister nichts ändert.³⁹ Andererseits kann auch eine GbR „zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen“ sein,⁴⁰ bspw. wenn ein Gesellschaftsvertrag auf lange Dauer geschlossen wird, „um mehrere gewerblich nutzbare Grundstücke von erheblichem Wert sowie künftig er-

worbenen Grundbesitz zu verwalten, zu vermieten und zu verwerten“.⁴¹

Gleiches hat das RG für die GmbH angenommen: Sie sei zwar nach §§ 13 Abs. 3 GmbHG, 6 Abs. 1 HGB Handelsgesellschaft und Formkaufmann, allein deswegen könne man aber nicht stets annehmen, dass sie auch ein „Erwerbsgeschäft“ betreibt.⁴² Bereits an dieser Stelle sei jedoch erwähnt, dass in der GmbH-rechtlichen Literatur vertreten wird, dass § 1822 Nr. 3 BGB analog auf sämtliche Formkaufleute (§ 6 HGB) angewendet werden sollte, also insbesondere auch auf Handelsgesellschaften (§§ 6 Abs. 1 HGB, 13 Abs. 3 GmbHG, 3 AktG) mit rein ideeller Zwecksetzung.⁴³ Unklar ist, ob damit zugleich die Genehmigungsfreiheit der Beteiligung an Personengesellschaften, deren Zweck ausschließlich die private Vermögensverwaltung ist, in Frage gestellt werden soll.

b) Kriterien

Zur Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung hat sich eine Rechtsprechung der Ober- und Instanzgerichte entwickelt, die gewisse Entscheidungskriterien betont – die Abgrenzung im jeweiligen Einzelfall bleibt allerdings äußerst schwierig.⁴⁴

Nach der Ansicht verschiedener Obergerichte sind Kriterien dafür, dass die Grenze privater Vermögensverwaltung überschritten ist, dass eine „geschäftsmäßige, gleichsam berufliche Tätigkeit“ vorliegt,⁴⁵ die Gesellschafter „unternehmerisches Risiko“ übernehmen,⁴⁶ die Gesellschaft auf lange Dauer eingegangen ist und die „Verwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert“ zum Gegenstand hat.⁴⁷ Über die „nutzbringende Anlage des Vermögens hinaus“ müssten also weitere „besondere Umstände“ hinzukommen.⁴⁸ Für entscheidend hält das OLG Nürnberg die Dauer der Gesellschaft, den Umfang und Wert des verwalteten Grundbesitzes, die Übernahme des Unternehmerrisikos sowie die Absicht, zukünftig weitere Immobilien hinzuzuerwerben.⁴⁹

Nach Ansicht des LG Münster liegt auch dann noch private Vermögensverwaltung vor, wenn Mietobjekte (insgesamt 16 Mietwohnungen) von nicht unerheblichem Wert, die bislang der Eigentümer selbst verwaltete, nunmehr durch die Gesellschaft verwaltet werden.⁵⁰ Ähnlich

34 Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 6; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 40; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 12; Oelers MittRhNotK 1992, 69 (70).

35 Oelers MittRhNotK 1992, 69 (70).

36 MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 12; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 6.

37 Vgl. BayObLG DNotZ 1995, 941 (942); OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 1174 (1175); LG Mainz MittRhNotK 1999, 387 (388); OLG München MittBayNot 2009, 52; 2019, 132 (134); OLG Jena ZEV 2013, 521 (522); OLG Nürnberg NJW-RR 2015, 840; OLG Dresden ZEV 2018, 669 (670); OLG Oldenburg ZEV 2019, 726 (728); OLG Brandenburg NotBZ 2020, 101 (= BeckRS 2018, 51272); NZG 2020, 597 (599); OLG Schleswig RNotZ 2020, 525 (528); vgl. ferner MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 22; BeckOGK HGB/Sanders, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 112; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 5 b; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 76; Bock DNotZ 2020, 643 (648); Bürger RNotZ 2006, 156 (159); Czeguhn/Dickmann FamRZ 2004, 1534 (1535); Hobaus/Eickmann BB 2004, 1707 (1709); Lohsel/Triebele ZEV 2000, 337 (338); Lüdecke NJOZ 2018, 681 (683); Maetschke BRJ 2016, 8 (11); Menzel MittBayNot 2019, 222 (224); Menzel/Wolf MittBayNot 2010, 186 (186 f.); Münch FamRZ 2019, 1916 (1918); van der Loo/Strnad ZEV 2018, 617 (619); Weinbrenner FPR 2009, 265 (269); krit. offenbar Flume FamRZ 2016, 277 (282); ferner Wertenbruch FamRZ 2003, 1714 (1715); auch vermögensverwaltende GbR unterfalle § 1822 Nr. 3 BGB, sofern sie nur nach außen in Erscheinung trete und Verträge mit Dritten schließe.

38 So LG Mainz MittRhNotK 1999, 387 (388).

39 OLG München MittBayNot 2009, 52 (52 f.); 2019, 132 (134); OLG Jena ZEV 2013, 521 (522); OLG Dresden ZEV 2018, 669 (670); vgl. BeckOGK HGB/Notz/Zinger, Stand 1.8.2020, § 161 Rn. 45; BeckOGK HGB/Sanders, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 113; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, HGB, 4. Aufl. 2020, § 105 Rn. 95; van der Loo/Strnad ZEV 2018, 617 (620); Woinar NotBZ 2020, 87 (89); aA (Genehmigungspflicht auch bei vermögensverwaltender KG) Staub/Casper, HGB, 5. Aufl. 2015, § 161 Rn. 35; MüKoHGB/Grunevald, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 23; Maetschke BRJ 2016, 8 (12); Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Mock, HGB, 5. Aufl. 2019, § 161 Rn. 33; zw. auch Werner GmbHR 2006, 737 (740).

40 Vgl. BayObLG FamRZ 1990, 208 (BeckRS 2010, 26658); DNotZ 1995, 941 (942); LG München I ZEV 2000, 370 (371); Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 23.

41 So BayObLG DNotZ 1995, 941 (942); NJW-RR 1997, 1163; sich anschließend OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 1174 (1175); OLG Nürnberg, NJW-RR 2015, 840.

42 RGZ 133, 7 (11); Müller JR 1961, 326.

43 Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 2 Rn. 6 („erwägenswert“); Rowedder/Schmidt-Leithoff/C. Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 2 Rn. 15; Michalski u. a./J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 13; dagegen: Pluskat FamRZ 2004, 677 (680).

44 Vgl. BeckOGK HGB/Sanders, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 112; Bock DNotZ 2020, 643 (648); Czeguhn/Dickmann FamRZ 2004, 1534 (1535); Hobaus/Eickmann BB 2004, 1707 (1709); Lüdecke NJOZ 2018, 681 (683); Münch FamRZ 2019, 1916 (1918); van der Loo/Strnad ZEV 2018, 617 (620).

45 OLG Dresden ZEV 2018, 669 (670); OLG München MittBayNot 2009, 52; 2019, 132 (134).

46 OLG Dresden ZEV 2018, 669 (670); OLG München MittBayNot 2009, 52; 2019, 132 (134); BayObLG DNotZ 1995, 941 (943).

47 Vgl. BayObLG DNotZ 1995, 941 (943); NJW-RR 1997, 1163; OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 1174 (1175); OLG Naumburg FPR 2002, 322; OLG München MittBayNot 2009, 52; OLG Nürnberg NJW-RR 2015, 840; OLG Dresden ZEV 2018, 669 (670); OLG Oldenburg ZEV 2019, 726 (728).

48 OLG Jena ZEV 2013, 521 (522).

49 OLG Nürnberg NJW-RR 2015, 840 (840 f.).

50 LG Münster FamRZ 1997, 842.

sieht es das LG Mainz bei der Verwaltung und Vermietung von Bestandsimmobilien, bei denen es sich allein um Wohnimmobilien, nicht aber „Werk-, Büro- oder Ladenräume“ handelt, wenn eine ordentliche Kündigung der Gesellschaft nach zehn Jahren möglich ist und allein die vorweggenommene Erbfolge im Mittelpunkt steht, nicht aber der Hinzuerwerb weiterer wertvoller Immobilien.⁵¹ Das OLG München nimmt private Vermögensverwaltung auch an, wenn allein ein zu eigenen Wohnzwecken genutztes Wohnhaus verwaltet wird⁵² oder eine einzelne Eigentumswohnung vermietet wird.⁵³

Das OLG Schleswig geht davon aus, dass der Umfang privater Vermögensverwaltung überschritten wird, wenn durch die verwalteten Gesellschaftsbeteiligungen mittelbar eine operative wirtschaftliche Tätigkeit betrieben wird (Elektroinstallationsbetrieb mit Elektrofachhandel sowie Hotel- und Restaurantbetrieb), da dies nach Art und Umfang einer geschäftsmäßigen, beruflichen Tätigkeit gleichkomme und Haftungsrisiken mit sich bringe.⁵⁴ Nach Ansicht des LG Aachen liegt ein Erwerbsgeschäft vor, wenn ein Mietshaus mit vier Wohneinheiten sowie weitere noch zu erwerbende Vermögenswerte durch die Gesellschaft gewinnbringend genutzt und verwaltet werden, denn die Verwaltung von Wohnanlagen habe wegen der Vielfalt der damit zusammenhängenden Einzelaktivitäten durchaus berufsmäßigen Charakter und die Gesellschafter übernehmen ein unternehmerisches Risiko.⁵⁵ Das LG München I hält ein Erwerbsgeschäft für gegeben bei Errichtung einer Gesellschaft für mindestens 17 Jahre mit dem Zweck, eigenes Vermögen zu nutzen und zu verwalten, insbesondere die Erträge aus den einzubringenden Beteiligungen an einer GmbH anzulegen, „z.B. durch den Erwerb von Aktien, Pfandbriefen, Grundstücken, Unternehmensbeteiligungen jeder Art, Anlage von Festgeldern usw.“.⁵⁶

c) „Heranwachsen“ zum Erwerbsgeschäft

Zu beachten ist, dass die Rechtsprechung und die hM davon ausgehen, dass eine gerichtliche Genehmigung erforderlich wird, wenn eine Gesellschaft, die im Zeitpunkt ihrer Gründung oder des Beitritts eines minderjährigen oder unter Betreuung stehenden Gesellschafters nach den zuvor erörterten Kriterien noch kein Erwerbsgeschäft betreibt, im weiteren Verlauf ihre gesellschaftsvertraglich vereinbarte Gesellschaftstätigkeit derart erweitert, dass die Vermögensverwaltung zum Erwerbsgeschäft heranwächst, weil darin eine „wesentliche, dem Neueintritt [...] in eine ein Erwerbsgeschäft betreibende Gesellschaft gleichkommende Änderung des Gesellschaftsvertrags liege“.⁵⁷ Dies soll, da eine Anfangskontrolle durch das Gericht niemals stattgefunden hat, nicht mit der Änderung eines einmal genehmigten Gesellschaftsvertrags vergleichbar und die Annahme der Genehmigungsbedürftigkeit daher mit der hM zur Genehmigungsfreiheit von Gesellschaftsvertragsände-

rungen vereinbar sein.⁵⁸ Für ein Genehmigungserfordernis spricht jedenfalls die Schutzwürdigkeit des Minderjährigen oder Betreuten.

II. Die Entgeltlichkeit

1. Bisherige Rechtslage

Für die Genehmigungsbedürftigkeit des Erwerbs eines Erwerbsgeschäfts (§ 1822 Nr. 3 Var. 1 BGB) entscheidend war bisher, dass der Erwerb „entgeltlich“ erfolgt. Im Übrigen sollte sich das Erfordernis der Entgeltlichkeit nach hM nicht auf Veräußerungsvorgänge (§ 1822 Nr. 3 Var. 2 BGB) beziehen.⁵⁹ Die unentgeltliche Veräußerung wäre aber ohnehin regelmäßig nach den §§ 1641 S. 1, 1804 S. 1, 1908 i. Abs. 2 S. 1 BGB nichtig,⁶⁰ womit sie auch nicht genehmigungsfähig wäre⁶¹ und auch durch die Genehmigung des Familien- oder Betreuungsgerichts nicht wirksam würde.⁶² Nur als Randnotiz sei angemerkt, dass das Schenkungsverbot für den Betreuer durch einen Genehmigungsverbehalt in § 1854 Nr. 8 BGB-E ersetzt werden soll.⁶³

Die Entgeltlichkeit iSd § 1822 Nr. 3 Var. 1 BGB sollte im Grundsatz fehlen bei reinen Schenkungen.⁶⁴ Zweifelhaft war jedoch, ob der schenkweise Erwerb unentgeltlich bliebe, wenn der Minderjährige oder Betreute aufgrund der Schenkung die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters erlangt.⁶⁵ Für diesen Fall ergab sich zwar ohnehin eine Genehmigungsbedürftigkeit aus anderen Gründen,⁶⁶ die Annahme, der Erwerb werde durch die nur mittelbaren Haftungsfolgen entgeltlich, überzeugt aber auch wenig, da man kaum die gesetzliche, akzessorische Haftung gegenüber Dritten für die Gesellschaftsschulden als Gegenleistung an den Veräußerer im Sinne eines „Entgelts“ ansehen kann.⁶⁷

Für die Übertragung im Wege vorweggenommener Erbfolge nahm man an, dass diese nicht schon deswegen entgeltlichen Charakter hat, weil sie unter Vorbehalt von Widerrufs- oder Rückübertragungsrechten oder eines Nießbrauchs erfolgt.⁶⁸ Auch der Erwerb aufgrund Vermächtnisses sollte unentgeltlich erfolgen,⁶⁹ in Betracht zu ziehen

51 LG Mainz MittRhNotK 1999, 387 (388 f.).

52 OLG München MittBayNot 2009, 52; vgl. OLG Brandenburg NZG 2020, 597 (599).

53 OLG München MittBayNot 2019, 132 (134).

54 OLG Schleswig RNotZ 2020, 525 (528).

55 LG Aachen NJW-RR 1994, 1319 (1321).

56 LG München I, ZEV 2000, 370 (371).

57 OLG München MittBayNot 2009, 52 (53); 2019, 132 (135); OLG Dresden ZEV 2018, 669 (670); Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 87; MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 70; Erman/Westermann, BGB, 16. Aufl. 2020, § 705 Rn. 18; van der Loo/Strnad ZEV 2018, 617 (622); vgl. Menzel MittBayNot 2019, 222 (224); krit. Menzel/Wolf MittBayNot 2010, 186 (189).

58 Vgl. MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 70 Fn. 173.

59 Vgl. MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 19; BeckOGK HGB/Sanders, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 110; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 12; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 64; Fortun NJW 1999, 754 (755); Ivo ZNotP 2007, 210 (214); implizit auch Teichmann ZGR 1973, 24 (43).

60 Vgl. MüKoBGB/Huber, 8. Aufl. 2020, § 1641 Rn. 7; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1804 Rn. 11; BeckOK BGB/Veit, 56. Ed., 1.11.2019, § 1641 Rn. 3; Ivo ZNotP 2007, 210 (214).

61 Vgl. BayObLG NJW-RR 1997, 452; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1804 Rn. 9.

62 Vgl. BayOBLGZ 1996, 118 (120); NJW-RR 1997, 452; BeckOK BGB/Bettin, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 1804 Rn. 4; Palandt/Götz, BGB, 80. Aufl. 2021, § 1804 Rn. 1.

63 Vgl. BR-Drs. 564/20, S. 277; BT-Drs. 19/24445, S. 211.

64 BeckOK BGB/Bettin, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 1822 Rn. 11; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 15; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 10; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 45; Fortun NJW 1999, 754 (755); Kölmel RNotZ 2010, 1 (20); Kurz NJW 1992, 1798 (1800); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (70).

65 Vgl. Damrau ZEV 2000, 209 (211) mwN; zur Kommanditistenstellung vgl. BGH NJW 1990, 2616 (2617).

66 Zu § 1822 Nr. 10 BGB siehe unter C. I. 1. b).

67 Vgl. Damrau ZEV 2000, 209 (211).

68 Vgl. Bürger RNotZ 2006, 156 (163); Kruse RNotZ 2002, 69 (85).

69 Vgl. Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 44.

war aber eine Genehmigungsbedürftigkeit aus anderen Gründen.⁷⁰

2. Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

§ 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E setzt für die Genehmigungsbedürftigkeit einer Verfügung über einen Anteil an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft Entgeltlichkeit nicht mehr voraus,⁷¹ sodass auch jeder unentgeltliche Erwerb der gerichtlichen Genehmigung bedarf. Es wird sich aber zeigen, dass diese Änderung, von der man sich weitreichende Auswirkungen auf die Möglichkeiten der vorweggenommenen Erbfolge erwarten würde, im Ergebnis nicht derart weitreichende Veränderungen in der Praxis mit sich bringen dürfte, da bereits bislang unentgeltliche Anteilsübertragungen in vielen Fällen der Genehmigung bedurften. Allenfalls bei Kapitalgesellschaften werden sich Unterschiede ergeben.

III. Unterschiedliche Behandlung von Personen- und Kapitalgesellschaften

1. Bisherige Rechtslage

Für das Verständnis der bisherigen Gesetzeslage grundlegend ist die von der hM vorgenommene Differenzierung in der Behandlung von Beteiligungen an Personen- und Kapitalgesellschaften im Hinblick auf die ersten beiden Varianten des § 1822 Nr. 3 BGB („Erwerb oder Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts“).

So ging man davon aus, dass bei Personengesellschaften jede Verfügung über einen Gesellschaftsanteil zugleich einen (anteiligen) Erwerb oder eine (anteilige) Veräußerung des Erwerbsgeschäfts darstelle, da die Gesellschafter gesamthänderisch gebundener Träger des Erwerbsgeschäfts seien,⁷² und zwar unabhängig von der Höhe der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen.⁷³ Hingegen betrieben Kapitalgesellschaften als juristische Personen mit eigener Rechtspersönlichkeit das Erwerbsgeschäft im Grundsatz selbst; die Gesellschafter der Kapitalgesellschaft seien nur am Kapital der Gesellschaft beteiligt, nicht aber am Erwerbsgeschäft.⁷⁴ Verfügungen über die Gesellschaftsbeteiligung seien daher grundsätzlich keine Verfügungen über das Erwerbsgeschäft selbst.⁷⁵

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz für Kapitalgesellschaften wurde allerdings schon immer unter Verweis auf die Rechtsprechung des RG zur kaufrechtlichen Gewährleistung für den Fall gemacht, dass sämtliche Anteile an einer Kapitalgesellschaft erworben werden.⁷⁶ Eine weitere Ausnahme davon hat dann der BGH gemacht, „wenn die Beteiligung über eine bloße Kapitalbeteiligung hinausgehe und wirtschaftlich als Beteiligung an dem von der GmbH betriebenen Erwerbsgeschäft anzusehen sei“, was „jedenfalls dann“ der Fall sei, wenn die Beteiligung 50 % übersteige oder wenn mehrere Minderjährige (oder Betreute) zusammen alle Anteile an der Kapitalgesellschaft hielten und diese nunmehr einheitlich veräußerten.⁷⁷ Die Verfügung über eine Mehrheitsbeteiligung an einer Kapitalgesellschaft sei im Ergebnis „ebenso gefährlich“ wie über ein als Einzelperson geführtes Erwerbsgeschäft oder den Anteil an einer Personengesellschaft.⁷⁸ Auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung hatte das KG zuvor bereits eine Ausnahme gemacht, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtung die Anteilsübertragung dem Erwerb oder der Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gleichstehe.⁷⁹ Entscheidend seien das „Maß der Beteiligung [...]“, die Zahl der neben dem Minderjährigen noch vorhandenen Gesellschafter und das persönliche Verhältnis [...] zum Geschäftsbetrieb“; ob den Minderjährigen über die Kapitalanlage hinaus ein Unternehmerrisiko treffe.⁸⁰ Die Genehmigungspflicht setze voraus, dass sich die Beteiligung nach „Maß und Art“ „wirtschaftlich nicht mehr als bloße Kapitalbeteiligung an der GmbH, sondern darüber hinaus als Beteiligung an dem von der GmbH betriebenen Erwerbsgeschäft darstellt“; wenn der Minderjährige „wirtschaftlich die Stellung eines Inhabers des Erwerbsgeschäfts hat“.⁸¹ Dieser Auffassung hatten sich das OLG Hamm und das OLG München später angeschlossen.⁸²

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise hatte sich zwar in der Literatur durchgesetzt,⁸³ war aber nicht frei von Wi-

70 Dazu unter C. IV.

71 Vgl. BR-Drs. 564/20, S. 387; BT-Drs. 19/24445, S. 288.

72 BGH NJW 1955, 1067 (1068 f.); OLG Karlsruhe NJW 1973, 1977; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 51; Brüggemann FamRZ 1990, 124 (126); Fortun NJW 1999, 754 (755); Hohaus/Eickmann BB 2004, 1707 (1709); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (71); Reimann DNotZ 1999, 179 (190); Werner GmbHR 2006, 737 (749); Werner GmbHR 2010, 123 (125); Winkler ZGR 1990, 131 (132).

73 Zur „Zwergbeteiligung“ vgl. OLG Karlsruhe NJW 1973, 1977; Brüggemann FamRZ 1990, 124 (127).

74 Vgl. OLG Hamm OLGZ 1984, 327 (330); MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 18; Habersack/Casper/Löbbe/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 15 Rn. 287; MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 501; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 8 a; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 17; Bürger RNotZ 2006, 156 (165); Damrau ZEV 2000, 209 (211); Fortun NJW 1999, 754 (756); Kurz NJW 1992, 1798 (1800); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (71); Pluskat FamRZ 2004, 677 (680); Rust DStR 2005, 1942 (1944); Werner GmbHR 2006, 737 (738); Winkler ZGR 1973, 177 (186); Winkler ZGR 1990, 131 (132).

75 Abw. Müller JR 1961, 326 (329): Genehmigung „schlechthin zu fordern“.

76 Vgl. RGZ 120, 283; RGZ 133, 7 (10); BeckOK BGB/Bettin, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 1822 Rn. 10; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 18; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 8 a; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 58; Fortun NJW 1999, 754 (756); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (70); Pluskat FamRZ 2004, 677 (680); Rust DStR 2005, 1942 (1948); Werner GmbHR 2006, 737 (738); Winkler ZGR 1973, 177 (186); Winkler ZGR 1990, 131 (133).

77 BGH DNotZ 2004, 152 (153); sich anschließend OLG Schleswig MittBayNot 2018, 256.

78 BGH DNotZ 2004, 152 (153).

79 KG NJW 1976, 1946.

80 KG NJW 1976, 1946.

81 KG NJW 1976, 1946 (1946 f.).

82 OLG Hamm OLGZ 1984, 327 (331); OLG München FamRZ 2003, 392 (BeckRS 2002, 30471074); vgl. ferner AG Ilmenau MittBayNot 2000, 461.

83 Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 15 Rn. 8; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 18; Habersack/Casper/Löbbe/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 15 Rn. 288; MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 502; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 9; Henssler/Strohn/Verse, GesR, 5. Aufl. 2021, § 15 GmbHG Rn. 12; Soergel/Zimmermann, 13. Aufl. 2000, BGB, § 1822 Rn. 17; Bost NJOZ 2012, 241; Biddermann GmbHR 1966, 4 (5); Fortun NJW 1999, 754 (756); Haegele GmbHR 1971, 198 (205 f.); Ivo ZNotP 2007, 210 (215); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (72 f.); Rosenau BB 1965, 1393 (1393 f.); Werner GmbHR 2006, 737 (739); Wilde GmbHR 2010, 123 (124); vgl. Bürger RNotZ 2006, 156 (166): nur bei fester Grenzziehung ohne Einzelfallbetrachtung; ähnlich Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014 § 1822 Rn. 61.

derspruch geblieben.⁸⁴ Insbesondere wurde der Rechtsprechung vorgeworfen, gegen den Grundsatz der formalen Auslegung der §§ 1821 f. BGB zu verstoßen.⁸⁵

2. Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

Die Differenzierung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften beabsichtigt der Gesetzgeber mit § 1852 BGB-E aufzugeben. Danach bedürfen Verfügungen über Gesellschaftsanteile grundsätzlich der gerichtlichen Genehmigung (§ 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E), unabhängig davon, ob es sich um eine Personen- oder Kapitalgesellschaft handelt. Bei Kapitalgesellschaften kommt es also nicht mehr auf Art und Maß der Beteiligung an; selbst Verfügungen über „Zwergbeteiligungen“ an Kapitalgesellschaften lösen eine Genehmigungspflicht aus. Diese Regelung hat im Gesetzgebungsverfahren Widerspruch erfahren.⁸⁶

Dem Regelungsansatz ist zuzugeben, dass damit bei Kapitalgesellschaften eine Betrachtung der Beteiligungsqualität im jeweiligen Einzelfall entfällt, was insbesondere mit dem Grundsatz der formalen Auslegung besser vereinbar scheint. Ferner war schon zuvor eine Differenzierung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften fragwürdig geworden:⁸⁷ Angesichts der gesellschaftsrechtlichen Diskussion über Art und Umfang der Rechtsfähigkeit von Personengesellschaften⁸⁸ war eine Unterscheidung nicht mehr gerechtfertigt, da zwischenzeitlich auch die Personengesellschaft als rechtlich verselbständigte und von ihren Gesellschaftern zu unterscheidende Trägerin des Gesellschaftsvermögens angesehen wird.⁸⁹ Daraus hätte man aber auch den entgegengesetzten Schluss ziehen können und bei Erwerb und Veräußerung von Anteilen an Personengesellschaften eine Grenze ziehen können, unterhalb derer eine Beteiligung bloß kapitalmäßig erfolgt und einer gerichtlichen Genehmigung nicht bedarf. In Frage gekom-

men wäre bspw. eine Parallele zur im Gewährleistungsrecht vorgenommenen Abgrenzung, ab wann sich der Erwerb von Gesellschaftsanteilen (*Share Deal*) als Kauf des Unternehmens selbst darstellt.⁹⁰ Ebenso denkbar wäre eine Anlehnung an konzernrechtliche Erwägungen, ab wann ein Unternehmen unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens steht (§ 17 AktG). Wobei natürlich, auch wenn der BGH inhaltlich in Richtung der konzernrechtlichen Abhängigkeitsvermutung bei Mehrheitsbesitz (§ 17 Abs. 2 AktG) deutet,⁹¹ der Begriff des „beherrschenden Einflusses“ des § 17 Abs. 1 AktG deutlich weiter gehen und verschiedene Formen von gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflussmöglichkeiten auf die Unternehmenspolitik erfassen würde; bspw. auch den beherrschenden Einfluss einer Minderheitsbeteiligung gesichert durch „verlässliche Umstände rechtlicher oder tatsächlicher Art“.⁹² Ähnliches würde letztlich für den „beherrschenden Einfluss“ aus dem Konzernbilanzrecht (§ 290 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 HGB) gelten, der auch beständige faktische Beherrschungsmöglichkeiten erfasst.⁹³

Ausgehend von der nicht mehr überzeugenden Ungleichbehandlung von Personen- und Kapitalgesellschaften stand der Gesetzgeber also vor der Entscheidung, das ausnahmslose Genehmigungserfordernis für Personengesellschaftsanteile auszudehnen oder die wirtschaftliche Betrachtung der Rechtsprechung für Kapitalgesellschaften auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen. Zu begrüßen ist vor diesem Hintergrund in jedem Fall das Ende der Ungleichbehandlung von Personen- und Kapitalgesellschaften. Zugleich erscheint das formale und unterschiedslose Genehmigungserfordernis in manchen Fällen⁹⁴ überschießend und über die Gebühr beschwerlich.

Aus der Neuregelung in § 1852 Nr. 1 BGB-E könnte sich eine weitere Folge ergeben: Bislang war in Fällen, in denen eine Gesellschaft über das von ihr betriebene Erwerbsgeschäft verfügt (bspw. bei der Veräußerung des Vermögens im Ganzen),⁹⁵ teilweise angenommen worden, dass dies für den minderjährigen oder unter Betreuung stehen-

84 Vgl. *Brüggemann* FamRZ 1990, 124 (126); *Damrau* ZEV 2000, 209 (211); *Gerken* RPflegler 1989, 270 (272); *Winkler* ZGR 1973, 177 (187); *Winkler* ZGR 1990, 131 (133 f.) („nur Rechtsgeschäfte über Einmann-Gesellschaften“); krit. auch *Rust* DStR 2005, 1992 (1992 f.); s. a. *Michalski* u. a./*Ebbing*, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 15 Rn. 168, *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner*, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 15 Rn. 127, *Scholz/Seibt*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 15 Rn. 244 und *Baumbach/Hueck/Servatius*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 15 Rn. 4: Genehmigungserfordernis nur, wenn es sich um alle oder nahezu alle Anteile handelt; ähnlich *Kurz* NJW 1992, 1798 (1800): wenn Beteiligung wirtschaftlich Alleininhaberschaft gleichkommt; weiter auch *Flume* FamRZ 2016, 277 (279): wenn Verfügung über Erwerbsgeschäft („Unternehmen“) bezweckt, gleichgültig, ob als Asset oder als *Share Deal*; entscheidend seien kaufrechtliche Grundsätze; schließlich ein Genehmigungserfordernis gänzlich ablehnend: *Pluskat* FamRZ 2004, 677 (680 f.).

85 *Damrau* ZEV 2000, 209 (211); auch *Winkler* ZGR 1973, 177 (187); *Winkler* ZGR 1990, 131 (133); vgl. ferner *Pluskat* FamRZ 2004, 677 (681).

86 Vgl. die Stellungnahme des DNotV v. 10.8.2020, S. 7 f. Immerhin nimmt die Gesetzesbegründung inzwischen den Erwerb von Aktien vom Anwendungsbereich des § 1852 BGB-E aus, vgl. BR-Drs. 564/20, S. 387; BT-Drs. 19/24445, S. 286; vgl. die Stellungnahme des DNotV v. 11.1.2021, S. 3.

87 Vgl. *Flume* FamRZ 2016, 277 (279 Fn. 25).

88 Bspw. *Flume* ZHR 136 (1972), 177 ff., *Ulmer* AcP 198 (1998), 113 ff.

89 So der IV. Senat des BGH NJW 2008, 1737 (1738); vgl. zB *Beck-OGK HGB/Henssler*, Stand 15.12.2020, § 124 Rn. 7, 10; *MüHdb GesellR/Herchen*, I, 5. Aufl. 2019, § 67 Rn. 1; *MüKoHGB/K. Schmidt*, 4. Aufl. 2016, § 124 Rn. 2; *Koller/Kindler/Roth/Drüen/Kindler*, HGB, 9. Aufl. 2019, § 124 Rn. 1; *BeckOK HGB/Klimke*, 31. Ed., Stand 15.1.2021, § 124 Rn. 1; anders noch der IV. Senat des BGH NJW 1990, 1181; vgl. weiter *Oetker/Boesche*, HGB, 6. Aufl. 2019, § 124 Rn. 1; *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB, 40. Aufl. 2021, § 124 Rn. 1.

90 Vgl. *Winkler* ZGR 1973, 177 (186); ob der Erwerb sämtlicher oder nahezu sämtlicher Anteile erforderlich ist oder ob auch der Erwerb einer (satzungsändernden) Mehrheit genügt, ist hierbei zweifelhaft; vgl. bspw. BGH NJW 2019, 145 (147); NJW 2001, 2163 (2164); NJW 1998, 2360 (2363); NJW 1980, 2408 (2409); NJW 1969, 184; OLG München NZG 1998, 593 (594); *BeckOK BGB/Faust*, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 453 Rn. 34; *Prütting/Wegen/Weinreich/Wagner*, BGB, 15. Aufl. 2020, § 453 Rn. 28; *MüKoBGB/Westermann*, 8. Aufl. 2019, § 453 Rn. 21 f.; *BeckOGK BGB/Wilhelmi*, Stand 1.1.2021, § 453 Rn. 301 ff.

91 Vgl. *Bürger* RNotZ 2006, 156 (166).

92 Zum Begriff des beherrschenden Einflusses bspw. *MüKoAktG/Bayer*, 5. Aufl. 2019, § 17 Rn. 11 ff.; *Grigoleit/Grigoleit*, AktG, 2. Aufl. 2020, § 17 Rn. 5 ff.; *Hölters/Hirschmann*, AktG, 3. Aufl. 2017, § 17 Rn. 3 ff.; *BeckOGK AktG/Schall*, Stand 1.7.2020, § 17 Rn. 9 ff.; speziell zur sog. „kombinierten Beherrschung“ zB BGH NJW 2001, 2973 (2974); NJW 1997, 1855 (1856); NJW 1978, 104 (107).

93 Dazu bspw. *MüKoHGB/Busse von Colbe/Fehrenbacher*, 4. Aufl. 2020, § 290 Rn. 13 ff.; *BeckOGKHGB/Senger/Kurz*, Stand 1.9.2020, § 290 Rn. 28 ff., 53 ff.

94 Der DNotV nennt in seiner Stellungnahme v. 10.8.2020, S. 7, noch die Schenkung von Aktien an einer börsennotierten Gesellschaft als Beispielfall. Das soll nun ausweislich der Gesetzesbegründung allerdings keinen Fall des § 1852 BGB-E mehr darstellen, vgl. BR-Drs. 564/20, S. 387; BT-Drs. 19/24445, S. 286 („Der Erwerb von Aktien gilt nicht als handels- oder gesellschaftsrechtliches Geschäft, sondern wird als Erwerb von Wertpapieren angesehen.“). Gleichwohl stellt sich die Frage natürlich weiterhin bspw. bei Kleinstbeteiligungen an Publikumsgesellschaften, bei denen die Anteile nicht als Wertpapier verbrieft werden.

95 Ferner bei Umwandlungsvorgängen wegen der Übertragung des Vermögens der Gesellschaft als Ganzes (§ 2 UmwG).

den Gesellschafter eine (mittelbare) Veräußerung des Erwerbsgeschäfts darstellt.⁹⁶ Angesichts der vorherrschenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise war diese Annahme – jedenfalls bei entsprechender Beteiligung am Kapital – nicht von der Hand zu weisen. Da § 1852 Nr. 1 BGB-E nun aber zwischen Verfügungen über ein Erwerbsgeschäft durch den Minderjährigen oder Betreuten als unmittelbaren Inhaber und der Verfügung über Gesellschaftsanteile des Minderjährigen oder Betreuten gerade differenziert, erscheint die Fortgeltung äußerst zweifelhaft. Die Unterscheidung würde nämlich unterlaufen, wenn auch im Rahmen des § 1852 Nr. 1 lit. a) BGB-E wieder eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angelegt würde. Die gesetzliche Regelung spricht vielmehr dafür, dass die gesellschaftsrechtlich vermittelte Inhaberschaft an einem Erwerbsgeschäft allein von § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E erfasst wird, der wiederum nur Verfügungen über Gesellschaftsanteile der Genehmigung unterwirft. Eine formale Betrachtungsweise spricht dafür, diese Unterscheidung ernst zu nehmen, auch wenn sich aus ihr Schutzlücken ergeben können.

IV. § 1822 Nr. 10 BGB im Gesellschaftsrecht

Bedeutsame Auswirkungen des Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts werden sich aus den Änderungen in Bezug auf § 1822 Nr. 10 BGB ergeben.

1. Bisherige Rechtslage

Die Tragweite der Änderungen wird allerdings erst verständlich, wenn man sich die derzeitige Auslegung der Norm durch Rechtsprechung und Schrifttum vor Augen hält. Denn – abgesehen von dem beispielhaften Zusatz („Eingehung einer Bürgschaft“)⁹⁷ – scheint dessen Wortlaut vor allem die rechtsgeschäftliche (befreiende) Schuldübernahme zu erfassen,⁹⁸ die im Gesellschaftsrecht allenfalls am Rande von Bedeutung wäre.

Nach der Rechtsprechung sowie der hM war es nun aber einerseits gerade nicht erforderlich, dass die Übernahme der fremden Verbindlichkeit auf einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung beruht – ausreichend war es vielmehr, dass die Haftung für fremde Schuld gesetzliche Folge eines Rechtsgeschäfts ist.⁹⁹ Für den Schutz des Minderjährigen (bzw. Betreuten) sollte es nämlich keinen Unterschied machen, ob die Haftung ausdrücklich rechtsgeschäftlich übernommen wird oder ob sie gesetzliche Folge eines Vorgangs ist.¹⁰⁰ Insoweit waren auch sämtliche Fälle erfasst, in denen sich eine Haftung für die Schuld eines anderen nur als Weiterung eines anderen Rechtsgeschäfts ergab.

Andererseits hatte schon das RG unter Rückgriff auf die Motive zum BGB¹⁰¹ und unter Verweis auf die ausdrücklich erwähnte Bürgschaft festgestellt, dass es sich nur dann um die Übernahme einer „fremden“ Verbindlichkeit handelt, wenn die Verbindlichkeit eines Dritten als „wirtschaftlich fremde“ übernommen wird, sodass „in letzter Linie der Dritte trotz der Übernahme aufkommen“¹⁰² und der Übernehmer hinter oder neben dem Dritten haften oder wenigstens stets Regress bei dem Dritten nehmen können soll.¹⁰³ Die Norm solle nämlich vor der Gefahr schützen, die darin liege, dass sich erst später herausstellt, ob Ersatz bei dem Dritten zu erlangen ist.¹⁰⁴ Diese Ungewissheit bestehe von vornherein nicht, wenn die Leistung als eigene bewirkt werden soll,¹⁰⁵ die „trügerische Hoffnung“ auf Ersatz scheide aus, wenn die Übernahme endgültig und ohne Vorbehalt des Rückgriffs erfolge.¹⁰⁶

Der BGH hat diese Rechtsprechung unter Zustimmung des Schrifttums fortgeführt und einen Fall des § 1822 Nr. 10 BGB nur dann angenommen, wenn „eine fremde Schuld zwar nach außen hin als eigene übernommen wird, im Innenverhältnis jedoch allein der Erstschuldner haftet und ersatzpflichtig bleibt“.¹⁰⁷ Denn in solchen Situationen werde das Risiko der Übernahme der Verbindlichkeit unterschätzt, da darauf vertraut werde, dass der Primärschuldner vorrangig für die Erfüllung der Verbindlichkeit einstehen werde, jedenfalls aber bei Inanspruchnahme gegen diesen der Regress möglich wäre.¹⁰⁸ Diese Gefahren bestünden hingegen von vornherein nicht, wenn „eine Schuld als wirtschaftlich eigene“ übernommen wird.¹⁰⁹

96 Dazu unter C. XI. 3. und C. XIII.

97 Aus dem aber gerade der Grundsatz hergeleitet wird, dass nur Fälle subsidiärer Haftung erfasst sein sollen. Zum verwirrenden Umstand, dass die Bürgschaft als Beispiel gar keine „Übernahme einer Verbindlichkeit“ beinhaltet vgl. Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014 § 1822 Rn. 168, 170. Diese Unstimmigkeit soll mit dem Reformgesetz durch eine Aufteilung in § 1854 Nr. 4 BGB-E und § 1854 Nr. 5 BGB-E beseitigt werden, vgl. BR-Drs. 564/20, S. 390; BT-Drs. 19/24445, S. 290.

98 Vgl. G. Müller DNotZ 2013, 210: „Norm deren Anwendungsbereich vom Wortlaut der Vorschrift abweicht und die daher stets Schwierigkeiten verursacht.“ Die Schuldübernahme ist nach hM tatsächlich nur dann genehmigungsbedürftig, wenn die Möglichkeit des Regresses gegen den Primärschuldner eröffnet ist, vgl. MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 65; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014 § 1822 Rn. 171; Brüggemann FamRZ 1990, 124 (125); Kurz NJW 1992, 1798 (1803).

99 RGZ 133, 7 (13); BGH, NJW 1983, 1780 (1781); DNotZ 1990, 303 (304); KG NZM 2011, 78; OLG München DNotZ 2013, 205 (207); LG Stuttgart BWNotZ 2001, 91; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 66; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 29; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 179; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 42; Bürger RNotZ 2006, 156 (160); Kurz NJW 1992, 1798 (1803); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (78); Röhl MittBayNot 2013, 189 (193); Rust DStR 2005, 1942 (1943); vgl. Flume FamRZ 2016, 277 (280); analoge Anwendung; krit.: Pluskat FamRZ 2004, 677 (682); Winkler ZGR 1973, 177 (182 f.); Winkler ZGR 1990, 131 (138).

100 RGZ 133, 7 (13 f.); MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 66; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014 § 1822 Rn. 179. 101 Motive IV, 1144.

102 RGZ 133, 7 (13); 158, 210 (215 f.).

103 Vgl. RGZ 158, 210 (216); 133, 7 (13).

104 RGZ 133, 7 (13).

105 RGZ 133, 7 (13).

106 RGZ 158, 210 (216).

107 BGH NJW 1983, 1780 (1781); DNotZ 1990, 303 (304); NJW 1973, 1276 (1277); s.a. KG NZM 2011, 78; LG Stuttgart BWNotZ 2001, 91; BayObLGZ 1964, 240 (247); s.a. BeckOK BGB/Bettin, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 1822 Rn. 25; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 167; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 39; Brüggemann FamRZ 1990, 124 (125); Damrau ZEV 2000, 209 (211 f.); Kurz NJW 1992, 1798 (1803); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (77); Rust DStR 2005, 1942 (1943); Winkler ZGR 1990, 131 (136); krit.: Pluskat FamRZ 2004, 677 (682).

108 BGH NJW 1983, 1780 (1781); DNotZ 1990, 303 (304); KG NZM 2011, 78; vgl. auch LG Stuttgart BWNotZ 2001, 91: „Inanspruchnahme ungewiss [...] und noch ungewisser [...]“, ob die Möglichkeit besteht, Rückgriff zu nehmen“; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 62; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 29; Bürger RNotZ 2006, 156 (160); Fortun NJW 1999, 754 (756); Kölmel RNotZ 2010, 1 (22); Röhl MittBayNot 2013, 189 (193); Winkler ZGR 1990, 131 (136).

109 BGH DNotZ 1990, 303 (304); MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 63; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 29; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 169; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000 § 1822 Rn. 39; Kölmel RNotZ 2010, 1 (22); Kurz NJW 1992, 1798 (1803); Röhl MittBayNot 2013, 189 (193); Winkler ZGR 1990, 131 (136).

Ob Risiken aus der Übernahme der fremden Verbindlichkeit konkret bestehen, war nach der Rechtsprechung hingegen nicht maßgeblich: Unerheblich war es also, „ob im Einzelfall die Heranziehung zur Haftung [...] wahrscheinlich ist oder die Durchsetzung von Ausgleichsansprüchen [...] möglich erscheint“.¹¹⁰ Die abstrakte Sichtweise sei erforderlich, da eine auf den Einzelfall abstellende Beurteilung die rechtssichere Handhabung des Genehmigungserfordernisses in Frage stellen würde.¹¹¹ Sie wäre nach Ansicht des BGH letztlich auch nicht zielführend, da § 1822 Nr. 10 BGB nicht *per se* riskante Rechtsgeschäfte der Genehmigung unterstellen will,¹¹² wie sich daran zeigt, dass im Einzelfall möglicherweise noch riskantere Geschäfte wie die Schuldübernahme ohne Regressmöglichkeit nicht der Genehmigung bedürfen.¹¹³

Hingegen war es nach der Rechtsprechung nicht ausreichend, wenn bloß denkbar wäre, dass in der Zukunft Verbindlichkeiten entstehen werden, für die der Minderjährige oder Betreute als gesetzliche Folge eines Rechtsgeschäfts einzustehen hätte, da es dann bereits an der Übernahme einer konkreten fremden Verbindlichkeit mangelte.¹¹⁴ Insoweit mussten Verbindlichkeiten bestehen oder sicher entstehen, jedoch mochte es ungewiss sein, ob der Übernehmende aus ihnen in Anspruch genommen oder ein Regress bei dem Primärschuldner erfolgsversprechend sein würde. Eine Genehmigung war hingegen entbehrlich, wenn mangels konkreter Anhaltspunkte die „Übernahme einer Verbindlichkeit“ nicht festgestellt, sondern allenfalls für die Zukunft vermutet oder nicht ausgeschlossen werden konnte.

Diese Differenzierung ließ sich auch mit Entscheidungen des KG¹¹⁵ und des OLG München¹¹⁶ zur Genehmigungsbedürftigkeit wegen der gesamtschuldnerischen Haftung der Miteigentümer einer Wohnungseigentumseinheit nach § 16 Abs. 2 WEG in Einklang bringen, denn die wiederkehrenden, auf die Einheit entfallenden Kosten und Lasten, für die der minderjährige Miteigentümer gesamtschuldnerisch neben den übrigen Miteigentümern haftet, kann man als sicher ansehen – unsicher bleibt allein, ob die anderen Miteigentümer ihren Anteil bezahlen.¹¹⁷

2. Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

Nach § 1854 Nr. 4 BGB-E soll nunmehr genehmigungsbedürftig sein, ein „Rechtsgeschäft, das auf Übernahme einer fremden Verbindlichkeit gerichtet ist“. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs ist damit weiterhin allein genehmigungsbedürftig die Übernahme einer Schuld, bei welcher der Übernehmende subsidiär haftet und die Möglichkeit des Regresses bei dem Primärschuldner besteht.¹¹⁸ Insoweit bleibt es also im Wesentlichen bei der bisherigen Rechtslage.

Der Gesetzgeber führt aber weiter aus, dass sich aus der Modifizierung des Tatbestands ergebe, dass eine gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich sei, wenn sich eine Haftung „lediglich als Nebenfolge eines anderen Rechtsgeschäfts ergibt“.¹¹⁹ Diese Klarstellung sei erforderlich, „da der Tatbestand sonst weit über seinen Zweck hinaus alle möglichen gesetzlichen Folgen erfasst“.¹²⁰ Ferner verweist der Gesetzgeber für den unentgeltlichen Erwerb von Wohnungseigentum auf die Neuregelung in § 1850 Nr. 4 BGB-E.¹²¹ Insoweit deutet sich an, dass mit der gesetzlichen Formulierung „Rechtsgeschäft, das [...] gerichtet ist“ nur noch Fälle der rechtsgeschäftlichen Schuldübernahme erfasst werden sollen, also Rechtsgeschäfte, bei denen die Übernahme der subsidiären Haftung unmittelbarer Inhalt des Geschäftswillens der Parteien ist. Darin liegt freilich nicht nur eine „Klarstellung“, sondern eine Abkehr von der durch das RG begonnenen ständigen Rechtsprechung, dass auch gesetzliche Folgen eines anderen Rechtsgeschäfts zur „Übernahme einer Verbindlichkeit“ führen können. In diese Richtung geht auch der Verweis auf den unentgeltlichen Erwerb von Wohnungseigentum, der neben den verschiedenen gesellschaftsrechtlichen Vorgängen einen weiteren wichtigen Anwendungsfall des § 1822 Nr. 10 BGB bei einer Schuldhaftung kraft Gesetzes darstellt.¹²²

Nimmt man diese gesetzgeberische Äußerung – die durchaus deutlichen Niederschlag im Wortlaut des § 1854 Nr. 4 BGB-E gefunden hat – ernst, ergeben sich daraus weitreichende Änderungen, auf die an den entsprechenden Stellen einzugehen sein wird.

V. Gesellschaftsvertragsänderungen

Weniger Auswirkungen wird die Reform auf den folgenden Grundsatz haben, da § 1852 Nr. 2 BGB-E den Gesetzeswortlaut des § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB ohne inhaltliche Änderungen übernimmt:

Mit Blick auf § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB (und zukünftig § 1852 Nr. 2 BGB-E) ist für sämtliche Rechtsformen und verschiedene gesellschaftsrechtliche Vorgänge die Frage von Bedeutung, ob neben dem erstmaligen Abschluss des Gesellschaftsvertrags auch etwaige Gesellschaftsvertrags- bzw. Satzungsänderungen der Genehmigung des Familien- oder Betreuungsgerichts bedürfen. Die Antwort auf diese Frage war umstritten und ist es teilweise heute noch.

Der BGH hat bereits 1961 und 1962 entschieden, dass der Genehmigung nur der erstmalige Abschluss eines Gesellschaftsvertrags unterliege, nicht aber jede weitere Änderung des Vertrags.¹²³ Das ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Norm („eingegangen“).¹²⁴ Auch der Zweck der Vorschrift gebiete keine Erfassung sämtlicher Vertragsänderungen, auch nicht unter dem Gesichtspunkt, dass der einmal durch das Gericht geprüfte Inhalt des Gesellschaftsvertrags in der Folge zum Nachteil des Minder-

110 BGH NJW 1973, 1276 (1278); OLG München DNotZ 2013, 205 (207); s. a. Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 172; *Röbl MittBayNot* 2013, 189 (195).

111 BGH NJW 1973, 1276 (1278); OLG München DNotZ 2013, 205 (207); vgl. weiter Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 172.

112 So schon BGH NJW 1964, 766 (768).

113 BGH NJW 1973, 1276 (1278).

114 BGH DNotZ 1990, 303 (305).

115 NZM 2011, 78.

116 DNotZ 2013, 205 (207).

117 Vgl. *Röbl MittBayNot* 2013, 189 (195): Wahrscheinlichkeit „sehr groß, wenn nicht gar unausweichlich“.

118 BR-Drs. 564/20, S. 389 f.; BT-Drs. 19/24445, S. 289 f.

119 BR-Drs. 564/20, S. 389; BT-Drs. 19/24445, S. 289.

120 BR-Drs. 564/20, S. 390; BT-Drs. 19/24445, S. 289.

121 BR-Drs. 564/20, S. 390; BT-Drs. 19/24445, S. 290.

122 Vgl. KG NZM 2011, 78 (79), OLG München DNotZ 2013, 205 (207).

123 BGH NJW 1961, 724 (725); 1962, 2344 (2345).

124 BGH NJW 1961, 724 (725); Henssler/Strohn/Henssler, GesR, 5. Aufl. 2021, § 105 HGB Rn. 44; *Oelers MittRhNotK* 1992, 69 (77); krit. *Knopp BB* 1962, 939 (940).

jährigen (bzw. Betreuten) verändert werden könnte.¹²⁵ Den Genehmigungserfordernissen im erwerbswirtschaftlichen Bereich sei gemein, dass nur Beginn und Ende der Erwerbstätigkeit der gerichtlichen Genehmigung unterlägen, der gesetzliche Vertreter aber im Übrigen in eigener Verantwortung für den Minderjährigen entscheide und damit nicht dem Gericht die Prüfung kaufmännischer Zweckmäßigkeitserwägungen aufgebürdet und die wirtschaftliche Entschließungsfreiheit des gesetzlichen Vertreters beeinträchtigt werde.¹²⁶ Ferner sei der Grundsatz zu berücksichtigen, dass die §§ 1821, 1822 BGB nicht sämtliche wirtschaftlich bedeutsamen Geschäfte erfassen, sondern nur die explizit genannten, weswegen im Interesse der Rechtssicherheit eine klare Abgrenzung vorzunehmen sei¹²⁷ und daher auch eine Erstreckung des Genehmigungserfordernisses nur auf „wesentliche“ Vertragsänderungen ausscheide.¹²⁸

Die Ansicht des BGH hat in der Literatur im Wesentlichen Zustimmung gefunden;¹²⁹ abweichend davon wird aber teilweise jede Gesellschaftsvertragsänderung, auch unter Inkaufnahme der Erschwernisse für die Gesellschafter,¹³⁰ für genehmigungsbedürftig gehalten,¹³¹ jedenfalls aber jede Änderung des Gesellschaftsvertrags in „wesentlichen“ Punkten.¹³²

VI. § 1823 BGB, § 1645 BGB

§ 1823 BGB verlangt derzeit als Ordnungsvorschrift¹³³ die Einholung der gerichtlichen (Innen-)Genehmigung durch Vormund und Betreuer (§ 1908 i Abs. 1 S. 1 BGB) bei Beginn oder Auflösung eines Erwerbsgeschäfts; § 1645 BGB verlangt als Sollvorschrift¹³⁴ die Einholung durch die El-

tern allein bei Beginn eines Erwerbsgeschäfts.¹³⁵ Sofern sich eine Genehmigungsbedürftigkeit jedoch bereits aus § 1822 Nr. 3 BGB ergibt, wird die Genehmigungsentcheidung regelmäßig auch die Genehmigung nach § 1823 BGB und § 1645 BGB umfassen,¹³⁶ sodass im Weiteren nur an wenigen Stellen auf diese Vorschriften einzugehen sein wird. Im Rahmen der Reformbestrebungen des Gesetzgebers soll in § 1847 BGB-E, § 1798 Abs. 2 BGB-E und § 1645 BGB-E an die Stelle eines Genehmigungserfordernisses eine Anzeigepflicht treten.

VII. Die Anwendbarkeit von § 1821 BGB und § 1850 BGB-E im Gesellschaftsrecht

Laufende Geschäfte einer Gesellschaft, an der minderjährige oder unter Betreuung stehende Gesellschafter beteiligt sind, bedürfen im Grundsatz auch dann nicht der gerichtlichen Genehmigung, wenn es sich um ein unter die §§ 1821 f. BGB (zukünftig §§ 1850 ff. BGB-E) fallendes Rechtsgeschäft handelt.¹³⁷ Nicht unerwähnt bleiben, jedoch an dieser Stelle nicht vertieft werden soll, dass vor diesem Hintergrund zwar die Verfügung über Grundstücke einer Gesellschaft, an welcher ein Minderjähriger oder Betreuer beteiligt ist, grundsätzlich nicht der gerichtlichen Genehmigung nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB (zukünftig § 1850 Nr. 1 BGB-E) bedarf, die Rechtsprechung und ihr folgend das Schrifttum aber davon ausgeht, dass unter Umständen bei einer rein vermögensverwaltenden GbR eine gerichtliche Genehmigung einzuholen ist.¹³⁸

C. Einzelfälle

Im Folgenden sollen die gerichtlichen Genehmigungserfordernisse im Lebenszyklus einer Gesellschaft – von der Gründung über die Anteilsübertragung bis hin zur Umwandlung und Auflösung – dargestellt werden. Auf die sich aus dem Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts ergebenden Änderungen soll aufbauend auf der bisherigen Rechtslage eingegangen werden.

125 Vgl. BGH NJW 1962, 2344 (2346); s. a. *Oelers MittRhNotK* 1992, 69 (77); *Winkler ZGR* 1973, 177 (193 f.) (in Extremfällen könne von Umgehungsabsicht auszugehen sein); aA *Brüggemann FamRZ* 1990, 124 (127).

126 BGH NJW 1962, 2344 (2345 f.); *Staudinger/Veit*, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 94; *Bürger RNotZ* 2006, 156 (177); *Winkler ZGR* 1973, 177 (194); krit. *Oelers MittRhNotK* 1992, 69 (77).

127 BGH NJW 1961, 724 (725); 1962, 2344 (2345); vgl. *Staudinger/Veit*, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 94; *Winkler ZGR* 1973, 177 (195 f.).

128 BGH NJW 1962, 2344 (2345); *Winkler ZGR* 1973, 177 (196 f.); so auch *Brüggemann FamRZ* 1990, 124 (127); *Bürger RNotZ* 2006, 156 (177).

129 BeckOK BGB/*Bettin*, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 1822 Rn. 13; jurisPK BGB/*Bergmann*, 9. Aufl. 2020, § 705 Rn. 7; MüKoGmbHG/*Drescher*, 3. Aufl. 2019, § 47 Rn. 89; *Habersack/Casper/Löbbecke/Hüffer/Schäfer*, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 47 Rn. 117; *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Mock*, HGB, 5. Aufl. 2019, § 161 Rn. 33; BeckOGK HGB/*Sanders*, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 117; *Staub/Schäfer*, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 87; *Staudinger/Veit*, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 94; *Bürger RNotZ* 2006, 156 (177); *Czeguhn/Dickmann FamRZ* 2004, 1534 (1537); *Flume FamRZ* 2016, 277 (283); *Hohaus/Eickmann BB* 2004, 1707 (1711); *Teichmann ZGR* 1973, 24 (44).

130 So *Brüggemann FamRZ* 1990, 124 (127); *Klüsener RPflegler* 1990, 321 (327).

131 Vgl. MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 29; *Klüsener RPflegler* 1990, 321 (327): generell; *Brüggemann FamRZ* 1990, 124 (127): Ausnahme für solche Verträge, die von Anfang an keiner Genehmigung unterlagen; wohl auch *Kölmel RNotZ* 2010, 1 (21); auch *Erman/Schulte-Bunert*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 16; vgl. auch *Knoopp BB* 1962, 939 (942 ff.), ferner *Soergel/Zimmermann*, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 26, *Haegle GmbHR* 1971, 198 (206), *Kurz NJW* 1992, 1798 (1801) und *Rosenau BB* 1965, 1393 (1394): Änderungen sind grundsätzlich genehmigungsbedürftig, es sei denn, sie sind bereits im genehmigten Vertrag inhaltlich festgelegt oder können aufgrund Mehrheitsbeschlusses vorgenommen werden (und im Rahmen der Mehrheitsentscheidung wäre die Stimme des Minderjährigen (abstrakt) nicht erforderlich).

132 In diese Richtung *Fortun NJW* 1999, 754 (756) („fundamentale Änderung“).

133 Vgl. *Prütting/Wegen/Weinreich/Bauer*, BGB, 15. Aufl. 2020, § 1823 Rn. 1; MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, 8. Aufl. 2020, § 1823 Rn. 5; jurisPK BGB/*Lafontaine*, 9. Aufl. 2020, § 1823 Rn. 11; *Erman/Schulte-Bunert*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1823 Rn. 4.

134 Vgl. *Erman/Döll*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1645 Rn. 1; *Staudinger/Heilmann*, BGB, Neub. 2015, § 1645 Rn. 14.

135 Zum Grund der Differenzierung *Staudinger/Heilmann*, BGB, Neub. 2015, § 1645 Rn. 11; MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, 8. Aufl. 2020, § 1823 Rn. 1; *Staudinger/Veit*, BGB, Neub. 2014, § 1823 Rn. 2.

136 Vgl. *Erman/Döll*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1645 Rn. 2; MüKoBGB/*Huber*, 8. Aufl. 2020, § 1645 Rn. 3; jurisPK BGB/*Lafontaine*, 9. Aufl. 2020, § 1823 Rn. 14; *Staudinger/Veit*, BGB, Neub. 2014, § 1823 Rn. 3; *Prütting/Wegen/Weinreich/Ziegler*, BGB, 15. Aufl. 2020, § 1645 Rn. 1.

137 S. unter C. III.

138 Vgl. OLG Nürnberg NJW 2013, 82 (82 f.); NJW-RR 2015, 840 (841); OLG Koblenz NJW 2003, 1401 (1402); OLG Schleswig NZG 2002, 418; OLG Hamm ZEV 2016, 585 (588) zu § 1822 Nr. 8 BGB; jurisPK BGB/*Bergmann*, 9. Aufl. 2020, § 705 Rn. 8; MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, 8. Aufl. 2020, § 1821 Rn. 9 ff.; *Staudinger/Veit*, BGB, Neub. 2014, § 1821 Rn. 4; *Ivo ZNotP* 2007, 210 (213 f.); *Kölmel RNotZ* 2010, 1 (16 f.); *Lautner MittBayNot* 2002, 256 (258 ff.); krit. *Wertenbruch NJW* 2015, 2150; *Wertenbruch FamRZ* 2003, 1714 (1714 f.); auch *Czeguhn/Dickmann FamRZ* 2004, 1534 (1536).

I. Gesellschaftsgründung

Zunächst soll auf die Genehmigungserfordernisse bei der Gründung von Personen- und Kapitalgesellschaften eingegangen werden.

1. Personengesellschaften

a) § 1822 Nr. 3 BGB und § 1852 Nr. 2 BGB-E

Sofern ein „Erwerbsgeschäft“ betrieben werden soll, stellte bislang der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zur Gründung einer Personengesellschaft stets einen nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB genehmigungsbedürftigen Vorgang dar.¹³⁹

Nicht von Bedeutung war es dabei nach ganz hM, ob der Minderjährige oder Betreute eine Gegenleistung für die Beteiligung an der Gesellschaft, bspw. eine Einlage, erbringt oder ob ihm die Beteiligung schenkweise überlassen wird.¹⁴⁰ Entscheidend sei nicht die Herkunft des Vermögens, „sondern dessen Gefährdung durch die Unterwerfung unter die langfristigen Bindungen eines Gesellschaftsvertrags“.¹⁴¹

Unerheblich war es nach hM ferner, ob der Minderjährige oder Betreute sich als persönlich haftender Gesellschafter oder nur als Kommanditist an der Personengesellschaft beteiligt.¹⁴² Die zuvor umstrittene Frage, ob auch die Beteiligung an der Gründung als Kommanditist einer Genehmigung bedarf, hatte der BGH schon im Jahr 1955 entschieden.¹⁴³ Dagegen war eingewandt worden, der Kommanditist beteilige sich nur als Geldgeber mit seiner Kapitaleinlage an dem Erwerbsgeschäft und lasse „nur sein Vermögen in dem Geschäft mitarbeiten“.¹⁴⁴ Dem hat der BGH aber

entgegenhalten, dass erstens aufgrund der vielfältigen Ausgestaltungsmöglichkeiten keineswegs für jeden Einzelfall gelten kann, dass ein Kommanditist nur Kapitalgeber ohne unternehmerisches Risiko ist, dass zweitens bis zur Eintragung auch eine unbeschränkte Haftung des Kommanditisten gegeben sei und drittens der Kommanditist durchaus „rechtlich Träger des Gesellschaftsvermögens“ ist und damit „Mitinhaber des gemeinsamen Unternehmens“.¹⁴⁵

Für genehmigungsbedürftig gehalten wurde auch die Überführung eines zuvor allein durch den Minderjährigen betriebenen Erwerbsgeschäfts, selbst wenn die Ermächtigung zum Betrieb nach § 112 Abs. 2 BGB gerichtlich genehmigt war (vgl. § 112 Abs. 1 S. 2 BGB).¹⁴⁶ Dasselbe sollte auch gelten für die Fortsetzung einer Personengesellschaft nach gefasstem Auflösungsbeschluss¹⁴⁷ oder nach dem Tode eines Gesellschafters, falls eine Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag einer GbR fehlt oder bei OHG oder KG eine von § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB abweichende gesellschaftsvertragliche Regelung getroffen ist.¹⁴⁸ Nicht genehmigungsbedürftig sollte nach der Rechtsprechung des BGH hingegen die Fortführung eines ehemals durch den Erblasser allein betriebenen Erwerbsgeschäfts in Erbengemeinschaft sein, sofern nicht – jedenfalls konkludent – ein Gesellschaftsvertrag geschlossen wird.¹⁴⁹

Aus § 1852 Nr. 2 BGB-E dürften sich keine Änderungen ergeben, wird doch die bisherige Gesetzesformulierung schlicht übernommen. Da die Entgeltlichkeit als Kriterium im gesamten § 1852 BGB-E ihre Bedeutung verliert, wird zudem noch deutlicher, dass eine Gegenleistung für die Beteiligung an der Gesellschaft nicht erforderlich ist.

b) § 1822 Nr. 10 BGB und § 1854 Nr. 4 BGB-E

Deutliche Unterschiede werden sich jedoch aufgrund der Änderungen von § 1822 Nr. 10 BGB zu § 1854 Nr. 4 BGB-E ergeben.

aa) Bisherige Rechtslage

Nach der bisherigen Rechtslage war nämlich, ganz unabhängig davon, ob die Gesellschaft ein Erwerbsgeschäft betreibt oder allein der privaten Vermögensverwaltung dient, das Genehmigungserfordernis nach § 1822 Nr. 10 BGB in Betracht zu ziehen.

So konnte sich die „Übernahme einer fremden Verbindlichkeit“ für den persönlich haftenden Gesellschafter aus seiner gesamtschuldnerischen, akzessorischen persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (analog) §§ 128, 130 HGB als gesetzliche Folge seiner Be-

139 JurisPK BGB/Bergmann, 9. Aufl. 2020, § 705 Rn. 7; Henssler/Strohn/Henssler, GesR, 5. Aufl. 2021, § 105 HGB Rn. 42; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 22; Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 87; MüKoHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn. 145; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 13 a; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 78; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, HGB, 4. Aufl. 2020, § 105 Rn. 94; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 23; Knopp BB 1962, 939; Oelers MittRhNotK 1992, 69 (75); Reimann DNotZ 1999, 179 (184 f.); Rust DStR 2005, 1942 (1943); Winkler ZGR 1973, 177 (178 f.).

140 OLG Hamm OLGZ 1974, 158 (Ls. 2, 162); LG München I ZEV 2000, 370 (371); Henssler/Strohn/Henssler, GesR, 5. Aufl. 2021, § 105 HGB Rn. 43; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 24; MüKoHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn. 145; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 13; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 74; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 22; Brüggemann FamRZ 1990, 124 (127); Klüsener RPfleger 1990, 321 (325); Kölmel RNotZ 2010, 1 (21); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (75); vgl. ferner BayObLG FamRZ 1990, 208 (BeckRS 2010, 26658); NJW-RR 1997, 1163; aA Brox FS Bosch, 1976, 75 (81 ff., 84); Wertungswiderspruch zu § 1822 Nr. 3 Var. 1 BGB und zur Rechtsnachfolge im Todesfall.

141 OLG Hamm OLGZ 1974, 158 (Ls. 2); vgl. Klüsener RPfleger 1990, 321 (325).

142 BGH NJW 1955, 1067 (1069); Koller/Kindler/Roth/Drüen/Kindler, HGB, 9. Aufl. 2019, § 105 Rn. 15; Oetker/Lieder, HGB, 6. Aufl. 2019, § 105 Rn. 17; BeckOGKHGB/Sanders, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 115; MüKoHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn. 145; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 13 a; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 78; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, HGB, 4. Aufl. 2020, § 105 Rn. 94; Klüsener RPfleger 1990, 321 (326); Knopp BB 1962, 939; Kurz NJW 1992, 1798 (1801); Menzel/Wolf MittBayNot 2010, 186; Oelers MittRhNotK 1992, 69 (75); Reimann DNotZ 1999, 179 (184 f.); Rust DStR 2005, 1942 (1943); Winkler ZGR 1973, 177 (179); aA BeckOGKHGB/Notz/Zinger, Stand 1.8.2020, § 161 Rn. 44; differenzierend Brox FS Bosch, 1976, 75 (86).

143 BGH NJW 1955, 1067.

144 Vgl. die Zusammenfassung bei BGH NJW 1955, 1067.

145 BGH NJW 1955, 1067 (1068); auch Winkler ZGR 1973, 177 (179).

146 Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 23; Knopp BB 1962, 939; Reimann DNotZ 1999, 179 (185); Winkler ZGR 1973, 177 (179 f.).

147 Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 23; Knopp BB 1962, 939; Reimann DNotZ 1999, 179 (185); Winkler ZGR 1973, 177 (180).

148 Vgl. MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 24; BeckOGKHGB/Sanders, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 117; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 81; Klüsener RPfleger 1990, 321 (326); Winkler ZGR 1973, 177 (180).

149 BGH NJW 1962, 2196 (2197); NJW 1985, 136 (137); dazu Damrau NJW 1985, 2236; Klüsener RPfleger 1990, 321 (322 f.); K. Schmidt NJW 1985, 2785; vgl. BeckOGKHGB/Sanders, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 115; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 13 a; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 46 ff., 84; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 14; s. ferner BVerfG NJW 1986, 1859, und MüKoBGB/Huber, 8. Aufl. 2020, § 1629 a Rn. 1 ff.

teilung ergeben.¹⁵⁰ Unklar war allein, ob dies nur in Betracht kam, wenn bereits bei der Gründung Gesellschaftsverbindlichkeiten begründet wurden,¹⁵¹ oder ob die Gründung im Ergebnis stets genehmigungsbedürftig wäre, weil eine akzessorische Haftung für nach der Gründung begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft möglich oder jedenfalls nicht auszuschließen ist.¹⁵² Soweit ersichtlich, ging man – anders als bei der Gründung einer GmbH – mehrheitlich davon aus, dass bereits die Möglichkeit einer Haftung (analog) § 128 HGB zur Genehmigungsbedürftigkeit führen würde.¹⁵³ Das BayObLG hat in seinen Entscheidungen eine Genehmigung nach § 1822 Nr. 10 BGB für erforderlich gehalten – in den zu entscheidenden Sachverhalten bestanden aber jeweils auch Verbindlichkeiten, welche bei Gründung der Gesellschaft, jedenfalls aber mit Erbringung der vereinbarten Einlage übernommen wurden.¹⁵⁴ Mit den allgemeinen Erwägungen zu § 1822 Nr. 10 BGB war es auch besser vereinbar, zu fordern, dass Gesellschaftsverbindlichkeiten bestehen oder jedenfalls sicher kurze Zeit nach Gründung zur Entstehung gelangen müssen, damit von der „Übernahme“ einer Verbindlichkeit durch Gründung der Gesellschaft und die damit verbundene eintretende akzessorische Gesellschafterhaftung gesprochen werden kann¹⁵⁵ – unerheblich mag es dann sein, ob eine Inanspruchnahme der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten wahrscheinlich oder unwahrscheinlich ist.

Hingegen war für den Kommanditisten zu berücksichtigen, dass eine Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten nach Eintragung der Gesellschaft und bei geleisteter und nicht zurückgezahlter Einlage (§§ 171 Abs. 1 Hs. 2, 172 Abs. 4 S. 1 HGB) nicht in Betracht kommt¹⁵⁶ und sich eine Haftung aus der Zeit vor Eintragung (vgl. § 176 Abs. 1 HGB) durch eine entsprechende Vereinbarung zum Geschäftsbeginn vermeiden lässt.¹⁵⁷ Insoweit musste man davon ausgehen, dass bei sofort zu leistender Einlage und entsprechenden Vereinbarungen zur Vermeidung der Haftung vor Eintragung die „Übernahme einer fremden Verbindlichkeit“ ausschied.¹⁵⁸

150 Vgl. zur GbR OLG Hamm FamRZ 2001, 53 (BeckRS 2000, 12136); LG München I MittBayNot 1996, 128; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 30; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 172; Czeguhn/Dickmann FamRZ 2004, 1534 (1535); Dümig FamRZ 2003, 1 (4); Lüdecke NJOZ 2018, 681 (684); wohl aA MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1821 Rn. 11.

151 Vgl. Lüdecke NJOZ 2018, 681 (684): bspw., weil aufgrund von § 566 BGB Rechte und Pflichten aus einem bestehenden Mietvertrag auf die Gesellschaft übergehen.

152 So Dümig FamRZ 2003, 1 (4): „Möglichkeit, dass die rechtsfähige GbR Verbindlichkeiten eingeht, ist per se gegeben“.

153 Vgl. Czeguhn/Dickmann FamRZ 2004, 1534 (1535); Dümig FamRZ 2003, 1 (4); Lüdecke NJOZ 2018, 681 (684); Rust DStR 2005, 1942 (1944); in diese Richtung auch OLG Hamm FamRZ 2001, 53 (BeckRS 2000, 12136): Haftung auch für in Zukunft möglicherweise noch eintretende Verbindlichkeiten; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 30; vgl. auch Wertenbruch NJW 2015, 2150 (2152); differenzierend hingegen noch Wertenbruch FamRZ 2003, 1714 (1716): Haftung aus § 130 HGB analog begründete Genehmigungspflicht; bei der Haftung für zukünftige Verbindlichkeiten analog § 128 HGB liege hingegen keine „Übernahme“ vor.

154 Vgl. BayObLG NJW-RR 1997, 1163; DNotZ 1995, 941 (943); so auch im Fall des LG München I MittBayNot 1996, 128.

155 In diese Richtung geht noch Wertenbruch FamRZ 2003, 1714 (1716), mit seiner Differenzierung zwischen § 128 HGB und § 130 HGB.

156 Dazu BeckHBPersG/Gesell, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 243; MAH PersG/Gummert, 3. Aufl. 2019, § 7 Rn. 54; MüHdb GesR/Herchen, II, 5. Aufl. 2019, § 30 Rn. 5 ff.

157 Vgl. MAH PersG/Gummert, 3. Aufl. 2019, § 7 Rn. 66; Oetker/Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 176 Rn. 18; MüKoHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2019, § 176 Rn. 12.

bb) Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

Da nach § 1854 Nr. 4 BGB-E eine Genehmigungsbedürftigkeit bei einer Haftung als gesetzlicher Folge eines anderen Rechtsgeschäfts nicht in Frage kommt, wird sich für die Gründung einer Personengesellschaft ein Genehmigungserfordernis aus dieser Vorschrift nicht mehr ergeben. Die flankierende Stellung des § 1822 Nr. 10 BGB bei Gesellschaften, die nicht auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichtet sind, entfällt damit. Vor allem die Beteiligung an Gesellschaften, die allein der privaten Vermögensverwaltung dienen, bedarf danach weder nach § 1852 Nr. 2 BGB-E noch nach § 1854 Nr. 4 BGB-E der gerichtlichen Genehmigung. Es wird abzuwarten bleiben, welche Auswirkungen dies in der Praxis hat, insbesondere, ob dies die Wahl zwischen der Rechtsform der GbR und der KG für Familiengesellschaften beeinflusst.

2. Kapitalgesellschaften

Der rechtspraktischen Bedeutung entsprechend beschränkt sich die Darstellung zu den gerichtlichen Genehmigungserfordernissen bei Gründung einer Kapitalgesellschaft auf die Rechtslage bei Errichtung einer GmbH.

a) GmbH

Dabei ist danach zu unterscheiden, ob der Minderjährige oder Betreute alleine eine Gesellschaft gründet oder ob sich neben ihm noch weitere Gesellschafter beteiligen.

aa) Mehrpersonengründung

aaa) § 1822 Nr. 3 BGB und § 1852 Nr. 2 BGB-E

Sind neben dem Minderjährigen oder Betreuten noch weitere Personen an der Errichtung der Gesellschaft beteiligt, stellte sich bislang zunächst die Frage, ob durch die Gründung einer GmbH ein Gesellschaftsvertrag zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird (§ 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB). Aus dem gleichlautenden § 1852 Nr. 2 BGB-E wird sich in Zukunft nichts anderes ergeben.

Hierbei wird teilweise die Genehmigungsbedürftigkeit verneint, da die GmbH als juristische Person und nicht ihre Gesellschafter das Erwerbsgeschäft betrieben und die Gesellschafter lediglich – „ohne eigentliches Unternehmerisiko“ – am Kapital der Gesellschaft beteiligt seien.¹⁵⁹ Ähnlich wie bei Verfügungen über Geschäftsanteile hätte man sich dann aber auch fragen müssen, ab wann – wirtschaftlich betrachtet – doch der Gesellschafter das Unternehmerisiko trägt und mittelbar das Erwerbsgeschäft betreibt.¹⁶⁰ Auf der Grundlage der Wertung in § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E, nach der es keinen Unterschied machen soll, ob es sich um Anteile an einer Personen- oder an einer Kapitalgesellschaft handelt, wird man diese Begründung nun endgültig nicht mehr aufrechterhalten können.

158 Vgl. Lüdecke NJOZ 2018, 681 (688); Weinbrenner FPR 2009, 265 (268).

159 So noch Zelz GmbHHR 1959, 91 (91 f.); ferner Klamroth BB 1975, 525 (528); auch Winkler ZGR 1973, 177 (181 ff.): anders nur, wenn mit den Geschäften bereits vor Eintragung begonnen werde; weitergehend dann Winkler ZGR 1990, 131 (135).

160 Die Frage nach der Beteiligungshöhe erübrigt sich hingegen, wenn man der hM folgt, vgl. Scholz/Cramer, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 2 Rn. 49.

Ohnehin lehnt die hM den Einwand, die GmbH als juristische Person betreibe das Erwerbsgeschäft, als zu formal ab.¹⁶¹ Der Wortlaut differenziere gerade nicht, ob durch den eingegangenen Gesellschaftsvertrag eine Personengesellschaft gegründet oder eine juristische Person errichtet werde, sofern nur der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts bezweckt sei.¹⁶² Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zur Gründung einer GmbH, deren Unternehmensgegenstand auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts zielt, sei daher generell genehmigungsbedürftig nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB.¹⁶³ Dafür sprächen auch Sinn und Zweck, da sich vor Eintragung in das Handelsregister die Gefahr einer persönlichen Haftung des minderjährigen oder unter Betreuung stehenden Gesellschafters ergebe.¹⁶⁴

Im Schrifttum findet sich ferner der Vorschlag, § 1822 Nr. 3 GmbHG über seinen Wortlaut hinaus auf sämtliche Formkaufleute (§§ 6 Abs. 1 HGB, 13 Abs. 3 GmbHG) entsprechend anzuwenden, unabhängig davon, ob Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ist.¹⁶⁵ Gegen diesen Ansatz spricht zum einen sicher, dass die §§ 1821 f. BGB nach der Rechtsprechung formal und restriktiv auszulegen sind und eine Ausdehnung der Genehmigungserfordernisse über die gesetzlich geregelten Fälle zu vermeiden ist. Ferner bestätigt der Gesetzgeber mit § 1852 Nr. 2 BGB-E seinen Standpunkt, dass sich die Genehmigungserfordernisse im gesellschaftsrechtlichen Bereich auf die Beteiligung an Gesellschaften, die ein Erwerbsgeschäft betreiben, beschränken.

bbb) § 1822 Nr. 10 BGB und § 1854 Nr. 4 BGB-E

In Betracht kam bei der Gründung durch mehrere Personen bislang weiter ein Genehmigungserfordernis nach

§ 1822 Nr. 10 BGB aufgrund der verschiedenen Formen der Ausfallhaftung, die mit der Gründung einer GmbH einhergehen können – insbesondere der Haftung für Fehlbeträge bei der Aufbringung des Stammkapitals gem. § 24 GmbHG, der Haftung analog § 24 GmbHG im Rahmen der Vorbelastungshaftung¹⁶⁶ sowie der Ausfallhaftung bei Verstößen gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften gem. § 31 Abs. 3 GmbHG.¹⁶⁷ In allen diesen Fällen tritt kraft Gesetzes eine Haftung für die uneinbringliche Schuld ein, deren subsidiärer Charakter in einem möglichen Rückgriff gegen den eigentlich verpflichteten Gesellschafter zum Ausdruck kommt.¹⁶⁸

Der BGH hatte bislang zur Genehmigungsbedürftigkeit einer Gesellschaftsgründung noch nicht Stellung genommen,¹⁶⁹ wohl aber für die Übertragung von Geschäftsanteilen auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abgestellt und gefragt, ob eine Ausfallhaftung tatsächlich droht oder im Einzelfall nur eine theoretische Möglichkeit darstellt.¹⁷⁰ Dem folgend war vielfach vertreten worden, dass bei der Gründung nur dann eine gerichtliche Genehmigung nach § 1822 Nr. 10 BGB einzuholen sei, wenn die Stammeinlagen der Gesellschafter nicht bereits im Rahmen der Gründung vollständig erbracht würden.¹⁷¹

Dem wurde teilweise entgegengehalten, dass bei Gründung eine künftige Ausfallhaftung nach den §§ 24, 31 GmbHG nie völlig ausgeschlossen werden könne,¹⁷² insbesondere weil unklar sei, ob die ausstehenden Einlagen tatsächlich geleistet werden oder ob sich bis zur Eintragung eine Vorbelastungshaftung ergibt,¹⁷³ und eine zukünftige Haftung zB wegen einer § 30 GmbHG zuwider erfolgenden Rückzahlung eintreten könne.¹⁷⁴ Danach sei die Gründung einer GmbH unter Beteiligung weiterer Gesellschafter stets nach § 1822 Nr. 10 BGB gerichtlich zu

161 So Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 2 Rn. 6; vgl. Scholz/Cramer, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 2 Rn. 49; MüKoGmbHG/Heinze, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 89; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 24; Biddermann GmbHR 1966, 4; Klüsener RPflegler 1990, 321 (328); Müller JR 1961, 326; Rosenau BB 1965, 1393.

162 Vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 2 Rn. 26; Michalski u. a./J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 13; Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 2 Rn. 85; Bürger RNotZ 2006, 156 (159); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (76).

163 Vgl. Altmeyen, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 1 Rn. 28; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 2 Rn. 6; Scholz/Cramer, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 2 Rn. 49; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 2 Rn. 26; MüKoGmbHG/Heinze, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 89; BeckOK GmbHG/C. Jaeger, 46. Ed., Stand 1.11.2020, § 2 Rn. 42; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 26; Henssler/Strohn/Schäfer, GesR, 5. Aufl. 2021, § 2 GmbHG Rn. 34; Michalski u. a./J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 13; Rowedder/Schmidt-Leithoff/C. Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 2 Rn. 15; Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 2 Rn. 85; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 85; Biddermann GmbHR 1966, 4; Brüggemann FamRZ 1990, 124 (127); Bürger RNotZ 2006, 156 (159); Klüsener RPflegler 1990, 321 (328); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (76); Rosenau BB 1965, 1393 (bei beherrschender Stellung des Minderjährigen); Wilde GmbHR 2010, 123 (124).

164 MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 26; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 85; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 24; Biddermann GmbHR 1966, 4; Bürger RNotZ 2006, 156 (159); Haegle GmbHR 1971, 198 (205); Klüsener RPflegler 1990, 321 (328); Kurz NJW 1992, 1798 (1800); Werner GmbHR 2006, 737 (738); scheinbar aA Zelt GmbHR 1959, 91 (92).

165 Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 2 Rn. 6 („erwägenswert“); Rowedder/Schmidt-Leithoff/C. Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 2 Rn. 15; Michalski u. a./J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 13; dagegen: Pluskat FamRZ 2004, 677 (680).

166 Vgl. dazu bspw. BGH NJW 1981, 1373 (1376); Michalski u. a./Blath, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 11 Rn. 143; MüKoGmbHG/Merkt, 3. Aufl. 2018, § 11 Rn. 165.

167 Vgl. Scholz/Cramer, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 2 Rn. 49; Bürger RNotZ 2006, 156 (160); Werner GmbHR 2006, 737 (738); krit. Klamroth BB 1975, 525 (528).

168 AllgM, vgl. zu § 24 GmbHG zB Altmeyen, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 24 Rn. 26; Michalski u. a./Ebbing, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 24 Rn. 90 ff.; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 24 Rn. 10; die Begr. ist allerdings str., vgl. Habersack/Casper/Löbbe/Leuschner, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 24 Rn. 58; zu § 31 Abs. 3 GmbHG vgl. bspw. MüKoGmbHG/Ekkenga, 3. Aufl. 2018, § 31 Rn. 66; Michalski u. a./Heidinger, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 31 Rn. 74.

169 Offen gelassen bei BGH NJW 1964, 766 (768).

170 BGH DNotZ 1990, 303 (304 ff.).

171 Henssler/Strohn/Schäfer, GesR, 5. Aufl. 2021, § 2 GmbHG Rn. 34; Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 2 Rn. 86; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 183; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 42; aA Winkler ZGR 1973, 177 (182 f.); Winkler ZGR 1990, 131 (138); Zelt GmbHR 1959, 91 (92); keine Übernahme einer Verbindlichkeit; krit. auch Pluskat FamRZ 2004, 677 (682); ferner Oelers MittRhNotK 1992, 69 (80); Genehmigung nach § 1822 Nr. 10 BGB nie erforderlich.

172 Scholz/Cramer, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 2 Rn. 50; Michalski u. a./J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 14; Rowedder/Schmidt-Leithoff/C. Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 2 Rn. 15; Bürger RNotZ 2006, 156 (160).

173 Vgl. MüKoGmbHG/Heinze, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 89 a; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 2 Rn. 27; Bürger RNotZ 2006, 156 (160); ferner MüHdb GesellR/Freitag, III, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 31.

174 Vgl. MüKoGmbHG/Heinze, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 89 a; MüHdb GesellR/Freitag, III, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 31; dies will Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 2 Rn. 27, nicht berücksichtigen.

genehmigen.¹⁷⁵ Wie der BGH im Rahmen seiner Entscheidung zum Anteilswerb festgestellt hat, wird das Gericht dieses künftige, abstrakte Risiko jedoch kaum sinnvoll bei seiner Entscheidung berücksichtigen können.¹⁷⁶

Nach § 1854 Nr. 4 BGB-E wird sich ein Genehmigungserfordernis wegen einer möglichen Ausfallhaftung nicht mehr ergeben, da es sich allein um die Nebenfolgen des Gründungsakts handelt, die ausweislich der Entwurfsbegründung und des Wortlauts, der eine unmittelbare rechtsgeschäftliche Übernahme verlangt, den Genehmigungstatbestand nicht erfüllen. Daraus wird sich für die Zukunft ergeben, dass bei Gründung einer GmbH unter Beteiligung eines Minderjährigen oder Betreuten nur dann eine gerichtliche Genehmigung einzuholen ist, wenn die Gesellschaft auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist, nicht jedoch, wenn bspw. allein ideelle Zwecke verfolgt werden oder die Gesellschaft nur der privaten Vermögensverwaltung dient.

bb) Einpersonengründung

Keine Änderungen werden sich aus der Reform für die Gründung einer Gesellschaft allein durch den Minderjährigen ergeben:

Ogleich bei der Gründung durch eine einzelne Person nicht von der Eingehung bzw. dem Abschluss eines (Gesellschafts-)Vertrags gesprochen werden kann, nimmt die wohl hM dennoch an, dass der Vorgang entweder unmittelbar gem. § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB genehmigungsbedürftig ist¹⁷⁷ oder die Vorschrift jedenfalls entsprechend auf diese Fallgestaltung anzuwenden ist.¹⁷⁸ Für den wortlautidenten § 1852 Nr. 2 BGB-E wird dasselbe zu gelten haben. Dafür spricht einerseits, dass der Gesetzgeber im GmbHG selbst begrifflich keine Differenzierung danach vorgenommen hat, ob es sich um eine Einperson- oder Mehrpersonengründung handelt, und durchgängig von „Gesellschaftsvertrag“ spricht,¹⁷⁹ und andererseits, dass die Interessenlage identisch ist¹⁸⁰ und andernfalls Umgehungspraktiken Raum geboten würde.¹⁸¹

Die Gründung einer Einpersonenkapitalgesellschaft ist im Übrigen bereits bislang nicht auch nach § 1822 Nr. 10 BGB genehmigungsbedürftig – mangels weiterer Gesellschafter kommt eine (Ausfall-)Haftung für fremde Verbindlichkeiten (insbesondere nach § 24 GmbHG) von vornherein nicht in Betracht.¹⁸² Für § 1854 Nr. 4 BGB-E wird aus anderen, grundsätzlicheren Gründen dasselbe gelten. Daraus folgt, dass die Gründung einer GmbH allein

durch den Minderjährigen oder Betreuten nur dann der gerichtlichen Genehmigung bedarf, wenn die Gesellschaft auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts zielt.¹⁸³

3. Sonstige Genehmigungstatbestände

Unabhängig von der Rechtsform kommt im Gründungsstadium unter Umständen eine Genehmigungsbedürftigkeit aus anderen Gründen in Frage. Das Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung bei Verpflichtungen zur Verfügung über das „Vermögen im Ganzen“ (§ 1822 Nr. 1 BGB, zukünftig § 1854 Nr. 1 BGB-E) soll allerdings bei der Anteilsübertragung dargestellt werden,¹⁸⁴ da die Einbringung des gesamten Vermögens eines Minderjährigen oder Betreuten in der Praxis selten anzutreffen sein dürfte.¹⁸⁵ Bei der Gründung relevant werden kann § 1822 Nr. 12 BGB (zukünftig § 1854 Nr. 6 BGB-E) in Fällen, in denen der Gesellschaftsvertrag eine Schiedsklausel enthält; für Eltern verweist § 1643 BGB allerdings nicht auf § 1822 Nr. 12 BGB (zukünftig § 1854 Nr. 6 BGB-E durch § 1643 Abs. 5 BGB-E ausgeschlossen).¹⁸⁶ Eine Genehmigung kann ferner erforderlich sein bei einer Verpflichtung zur Leistung einer Sacheinlage, etwa wenn ein Grundstück (§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB, zukünftig § 1850 Nr. 1 BGB-E)¹⁸⁷ oder ein einzeln betriebenes Erwerbsgeschäfts (§ 1822 Nr. 3 Var. 1 BGB, zukünftig § 1852 Nr. 1 BGB-E)¹⁸⁸ einzubringen ist.

Weiter kann die Gründung unter Beteiligung eines Minderjährigen nach § 1822 Nr. 5 BGB zu genehmigen sein, wenn aus dem Gesellschaftsvertrag die Verpflichtung zur Erbringung wiederkehrender Leistungen erwächst, die ihn länger als ein Jahr nach Eintritt der Volljährigkeit bindet – insbesondere wenn Nebenleistungen (vgl. § 3 Abs. 2 GmbHG) vereinbart werden.¹⁸⁹ Für den Betreuten verweist § 1908 i Abs. 1 S. 1 BGB allerdings nicht auf diese Vorschrift. Die Rechtslage wird sich insoweit nicht verändern: Die §§ 1850 ff. BGB-E enthalten einen entsprechenden Genehmigungstatbestand nicht, sondern dieser findet sich vielmehr in § 1643 Abs. 4 BGB-E und in § 1799 Abs. 2 BGB-E.

II. Gesellschafterwechsel; Anteilsübertragung

Auch nach der Gründung kann bei Veränderungen im Gesellschafterbestand die Einholung einer gerichtlichen Ge-

175 Vgl. *Altmeyen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 1 Rn. 28; *Scholz/Cramer*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 2 Rn. 50; *MüKoGmbHG/Heinze*, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 89 a; *Michalski u. a./J. Schmidt*, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 14; *Brüggemann* FamRZ 1990, 124 (125); *Bürger* RNotZ 2006, 156 (160); in diese Richtung auch OLG Stuttgart OLZ 1978, 426 (427 f.); *Rowedder/Schmidt-Leithoff/C. Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 2 Rn. 15; *Müller* JR 1961, 326 (327).

176 Vgl. *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe*, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 2 Rn. 86; zum Anteilswerb BGH DNotZ 1990, 303 (305).

177 *MüHdb GesellR/Freitag*, III, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 31; *Henssler/Strohn/Schäfer*, GesR, 5. Aufl. 2021, § 2 GmbHG Rn. 35; *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe*, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 2 Rn. 85; *Klüsener* RPflegler 1990, 321 (328); *Oelers* MittRhNotK 1992, 69 (76).

178 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 2 Rn. 28; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/C. Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 2 Rn. 15; *Reimann* DNotZ 1999, 179 (187).

179 *Oelers* MittRhNotK 1992, 69 (76).

180 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 2 Rn. 28.

181 *Oelers* MittRhNotK 1992, 69 (76).

182 *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 2 Rn. 6; *Scholz/Cramer*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 2 Rn. 50; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 2 Rn. 28; *MüHdb GesellR/Freitag*, III, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 31; *MüKoGmbHG/Heinze*, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 89 a; *BeckOK GmbHG/C. Jaeger*, 46. Ed., Stand 1.11.2020, § 2 Rn. 42; *Henssler/Strohn/Schäfer*, GesR, 5. Aufl. 2021, § 2 GmbHG Rn. 35; *Michalski u. a./J. Schmidt*, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 14; *Bürger* RNotZ 2006, 156 (160); *Oelers* MittRhNotK 1992, 69 (80); *Reimann* DNotZ 1999, 179 (187); aA *Altmeyen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 1 Rn. 28; Genehmigung analog § 1822 Nr. 10 BGB.

183 *Scholz/Cramer*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 2 Rn. 50; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 2 Rn. 28; *BeckOK GmbHG/C. Jaeger*, 46. Ed., Stand 1.11.2020, § 2 Rn. 42; aA *Altmeyen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 1 Rn. 28.

184 Unter C. II. c).

185 Vgl. *Bürger* RNotZ 2006, 156 (160).

186 *Pluskat* FamRZ 2004, 677.

187 *Bürger* RNotZ 2006, 156 (160); *Müller* JR 1961, 326 (327); *Winkler* ZGR 1973, 177 (183); *Zelz* GmbHR 1959, 91.

188 *Winkler* ZGR 1973, 177 (183); *Zelz* GmbHR 1959, 91.

189 Vgl. *Bürger* RNotZ 2006, 156 (160); *Müller* JR 1961, 326 (327); *Rust* DStR 2005, 1942 (1949); *Winkler* ZGR 1973, 177 (183 f.).

nehmung erforderlich sein. Das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts dürfte in diesem Bereich die deutlichsten Veränderungen mit sich bringen.

1. Personengesellschaften

a) § 1822 Nr. 3 BGB und § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E

Bei der Übertragung eines Anteils an einer Personengesellschaft ist bisher im Hinblick auf § 1822 Nr. 3 BGB zwischen einem entgeltlichen Erwerb und einer Veräußerung auf der einen Seite sowie einem schenkweisen Erwerb auf der anderen zu unterscheiden.

aa) Entgeltlicher Erwerb und Veräußerung

Der entgeltliche Erwerb sowie die Veräußerung von Anteilen an einer Personengesellschaft, die ein Erwerbsgeschäft betreibt, bedurfte nach § 1822 Nr. 3 BGB stets der gerichtlichen Genehmigung,¹⁹⁰ und zwar selbst – mit den Worten des OLG Karlsruhe – bei „Zwergbeteiligungen“.¹⁹¹

Zu beachten war in diesem Zusammenhang allein, dass der BGH und Teile des Schrifttums davon ausgingen, dass eine vertragliche Reduzierung der Höhe der Beteiligung an einer Personengesellschaft, nicht einer (teilweisen) Veräußerung gleichzustellen sei, sondern vielmehr eine genehmigungsfreie Änderung des Gesellschaftsvertrags darstelle.¹⁹²

An dieser Rechtslage wird auch § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E nichts ändern. Entgeltlicher Erwerb und Veräußerung von Anteilen an Personengesellschaften, die ein Erwerbsgeschäft betreiben, bleiben auch hiernach, ohne Rücksicht auf die Höhe der Beteiligung, genehmigungspflichtig. Auch die Fortführung der Rechtsprechung des BGH zur gesellschaftsvertraglichen Reduzierung des Kapitalanteils ist durch die neue Gesetzeslage nicht zwangsläufig ausgeschlossen.

bb) Unentgeltlicher Erwerb

aaa) Bisherige Rechtslage

Bei einem schenkweisen Erwerb des Gesellschaftsanteils schied bislang eine Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 3 Var. 1 BGB mangels Entgeltlichkeit von vornherein aus. Denkbar war allein eine Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB, wenn man in dem Erwerb des Gesellschaftsanteils zugleich die Eingehung eines Gesellschaftsvertrags sehen wollte. Diese Frage war in den Einzelheiten viel und kontrovers diskutiert.

Im Ausgangspunkt allgemeine Meinung war jedoch, dass für den Beitritt eines minderjährigen oder unter Betreuung stehenden Gesellschafters in eine bestehende Personenge-

sellschaft, die ein Erwerbsgeschäft betreibt, unabhängig davon, ob der neue Gesellschafter eine Einlage übernimmt oder nicht, eine gerichtliche Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB einzuholen war,¹⁹³ da der Aufnahmevertrag einen Gesellschaftsvertrag zwischen Altgesellschaftern und neuem Gesellschafter darstellt.¹⁹⁴ Keinen Unterschied dürfte es dabei gemacht haben, ob der Aufnahmevertrag mit allen Gesellschaftern abgeschlossen wird oder ob gesellschaftsvertraglich abweichend vorgesehen ist, dass er mit einzelnen Gesellschaftern oder der Gesellschaft selbst abgeschlossen wird, die hierzu mit Wirkung für alle übrigen Gesellschafter ermächtigt sind,¹⁹⁵ denn auch dann geht der beitretende Gesellschafter aus seiner Perspektive einen Gesellschaftsvertrag ein.

Ebenso herrschende, wenn auch nicht unbestrittene Meinung war es, dass in dem umgekehrten Fall, dass der Minderjährige oder Betreute zum Kreis der Altgesellschafter gehört und ein neuer Gesellschafter hinzutritt, eine Genehmigung nicht zu fordern war, da aus Sicht der Altgesellschafter lediglich eine Änderung des Gesellschaftsvertrags vorläge.¹⁹⁶ Selbiges sollte gelten, wenn ein Gesellschafter mit Einverständnis aller übrigen verbleibenden Gesellschafter und auch des minderjährigen oder unter Betreuung stehenden Gesellschafters ausscheidet.¹⁹⁷ Auch keiner Genehmigung sollte die Zustimmung des Minderjährigen oder Betreuten zur Anteilsübertragung durch einen der übrigen Gesellschafter bedürfen.¹⁹⁸

Ebenso unbestritten war, dass ein Gesellschafterwechsel, wenn er sich als Kombination eines Austritts des Altgesellschafters mit einem Beitritt des Neugesellschafters („Doppelvertrag“) darstellte, und nicht – was in der Praxis der Regelfall sein dürfte¹⁹⁹ – als derivative Übertragung des Gesellschaftsanteils durch dessen Abtretung nach §§ 413, 398 BGB (aufgrund gesellschaftsvertraglicher Zulassung

190 Vgl. BGH NJW 1955, 1067 (1069); OLG Zweibrücken ZEV 2001, 76; OLG Bremen NJW-RR 1999, 876 (877); OLG Karlsruhe NJW 1973, 1977; schon RGZ 122, 370 (373); MüKoBGB/Kroll-Ludwig, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 17; Oetker/Lieder, HGB, 6. Aufl. 2019, § 105 Rn. 17b; BeckOGKHGB/Sanders, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 118; Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 87; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 16; Oelers MittRhNotK 1992, 69 (71); Reimann DNotZ 1999, 179 (190); Winkler ZGR 1973, 177 (185 f., 202 f.); s. aber Bost NJOZ 2012, 241, mit einer Ausn. für Publikumpersonengesellschaften.

191 OLG Karlsruhe NJW 1973, 1977; Ivo ZNotP 2007, 210 (214); Rust DSr 2005, 1992.

192 BGH DB 1968, 932 (juris); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (74); Reimann DNotZ 1999, 179 (204); Winkler, ZGR 1973, 177 (203); aA Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 20; Ivo ZNotP 2007, 210 (215).

193 Vgl. BGH NJW 1962, 2344 (2345); BayObLG FamRZ 1990, 208 (BeckRS 2010, 26658); OLG Brandenburg NZG 2020, 597 (599); LG Mainz MittRhNotK 1999, 387; BeckOK BGB/Bettin, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 1822 Rn. 12; Henssler/Strohn/Henssler, GesR, 5. Aufl. 2021, § 105 HGB Rn. 43; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Kindler, HGB, 9. Aufl. 2019, § 105 Rn. 57; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 23; BeckOGKHGB/Sanders, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 117; Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 87; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, HGB, 4. Aufl. 2020, § 105 Rn. 94; Knopp BB 1962, 939; Rust DSr 2005, 1942 (1946); Winkler ZGR 1973, 177 (185 f.).

194 Vgl. BGH NJW 1958, 668 (669); NJW 1980, 1463 (1464); NJW 1998, 1225 (1226); Henssler/Strohn/Henssler, GesR, 5. Aufl. 2021, § 105 HGB Rn. 111; BeckOKHGB/Klimke, 31. Ed., Stand 15.1.2021, § 105 Rn. 183; MAH PersG/Mutter/Brombach, 3. Aufl. 2019, § 18 Rn. 2; BeckOGKHGB/Sanders, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 390; MüKoHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn. 206.

195 Vgl. dazu zB BGH WM 1976, 15 (BeckRS 1975, 30809120); NJW 1978, 1000; NJW 1982, 877 (879); Henssler/Strohn/Henssler, GesR, 5. Aufl. 2021, § 105 HGB Rn. 112; BeckOKHGB/Klimke, 31. Ed., Stand 15.1.2021, § 105 Rn. 184; BeckOGKHGB/Sanders, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 392.

196 Vgl. auch BGH NJW 1962, 2344 (2344 ff.); Henssler/Strohn/Henssler, GesR, 5. Aufl. 2021, § 105 HGB Rn. 44; Oetker/Lieder, HGB, 6. Aufl. 2019, § 105 Rn. 84; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, HGB, 4. Aufl. 2020, § 105 Rn. 96; Hohaus/Eickmann BB 2004, 1707 (1711); Winkler ZGR 1973, 177 (206), auch zur (früher vertretenen) Gegenansicht.

197 BGH NJW 1961, 724 (725); Henssler/Strohn/Henssler, GesR, 5. Aufl. 2021, § 105 HGB Rn. 44; BeckOGKHGB/Sanders, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 117; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 94; Fortun NJW 1999, 754 (755); Winkler ZGR 1973, 177 (207); aA Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 16; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 26.

198 Vgl. Winkler ZGR 1973, 177 (207).

199 Vgl. Henssler/Strohn/Henssler, GesR, 5. Aufl. 2021, § 105 HGB Rn. 117; Oetker/Lieder, HGB, 6. Aufl. 2019, § 105 Rn. 87; MüKoHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn. 208.

oder unter Zustimmung der übrigen Gesellschafter),²⁰⁰ für den beitretenden Minderjährigen oder Betreuten als Eingehung eines Gesellschaftsvertrags der gerichtlichen Genehmigung bedurfte.²⁰¹

Zweifelhaft und umstritten war hingegen, was gelten sollte, wenn der Gesellschafterwechsel als Abtretung des Mitgliedschaftsrechts zu verstehen war, also als Verfügung über den Gesellschaftsanteil selbst,²⁰² da dann bei unbefangener Lektüre des Gesetzes wenig dafür sprach, diesen Vorgang als Eingehung eines Gesellschaftsvertrags zu begreifen.²⁰³ Gleichwohl gingen die obergerichtliche Rechtsprechung – namentlich das BayObLG, das OLG Frankfurt a. M., das OLG Oldenburg und das OLG Schleswig – sowie beachtliche Teile des Schrifttums davon aus, dass die unentgeltliche Übertragung eines Anteils an einer Personengesellschaft als Eingehung eines Gesellschaftsvertrags der gerichtlichen Genehmigung bedurfte.²⁰⁴ Denn für die Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen bzw. Betreuten mache es keinen Unterschied, ob eine Teilnahme an der Gründung oder ein nachträgliches Hinzukommen durch Anteilerwerb vorliege.²⁰⁵ Auch bei der Anteilsübertragung drohten Haftungsrisiken und ergebe sich eine langfristige „gesellschaftsrechtliche Bindung von Person und Vermögen“.²⁰⁶ Andere sahen in der Zustimmung der übrigen Gesellschafter zur Anteilsübertragung bereits den Abschluss eines neuen Gesellschaftsvertrags zwischen Neu- und Altgesellschaftern.²⁰⁷ Letztlich hinge sonst auch die Genehmigungsbedürftigkeit allein von der „Konstruktion“ des Gesellschafterwechsels ab, obgleich doch das Ergebnis dasselbe sei, der hinzutretende Gesellschafter unterwerfe sich den Bindungen eines Gesellschaftsvertrags.²⁰⁸ Dass diese Auffassung im Kontrast stände zur Rechtsprechung des BGH zur unentgeltlichen Übertragung von Anteilen an einer GmbH, rechtfertige sich aus den Unterschie-

den zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft, insbesondere aus dem Umstand, dass die Übertragung des Anteils an einer Personengesellschaft im Grundsatz – mangels abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelung – der Zustimmung aller übrigen Gesellschafter bedürfe und daher dem Abschluss eines Gesellschaftsvertrags im Wesentlichen gleichzustellen sei.²⁰⁹

Das OLG Bremen und das OLG Jena stellten diese Rechtsprechung im Ergebnis nicht in Frage: Es handelte sich jeweils um die Schenkung von Anteilen an einer „privaten, nicht gewerblich tätigen und nur vermögensverwaltenden Familien-KG“, sodass sich schon mangels „Erwerbsgeschäft“ eine Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 3 BGB nicht ergeben konnte.²¹⁰

Andere – auch das OLG München bei unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang von Gründung und Übertragung²¹¹ – gingen davon aus, dass es mit dem Wortlaut zwar nicht mehr vereinbar sei, die Anteilsübertragung als Eingehung eines Gesellschaftsvertrags anzusehen, der unentgeltliche Erwerb aber wegen der Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen bzw. Betreuten der Genehmigung analog § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB bedürfe.²¹²

Wieder andere lehnten die Anwendbarkeit des § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB auf die unentgeltliche Anteilsübertragung ab.²¹³ Der Wortlaut der Norm erfasse allein die erstmalige „Eingehung“, also den Vertragsschluss im Rahmen einer Gründung,²¹⁴ insbesondere sei auch die Zustimmung aller übrigen Gesellschafter dem Abschluss eines Gesellschaftsvertrags nicht gleichzustellen.²¹⁵ Weiterhin habe bereits der Gesetzgeber den Erwerb durch Schenkung nicht für genehmigungsbedürftig gehalten.²¹⁶ Zudem widerspreche eine analoge Anwendung dem Grundsatz der formalen und restriktiven Auslegung der §§ 1821 f. BGB.²¹⁷

bbb) Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrecht

Mit der Einführung des § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E wird die Diskussion um den unentgeltlichen derivativen Anteilerwerb an Bedeutung verlieren, denn nach dem klaren Wortlaut bedarf auch dieser der gerichtlichen Genehmigung. Lediglich wenn man die Übertragung eines Anteils

200 Vgl. zu den beiden Formen eines Gesellschafterwechsels bspw. BGH NJW 1954, 1155 (1156); NJW 1966, 499 (499 f.); NJW 1975, 166 (167); Oetker/Lieder, HGB, 6. Aufl. 2019, § 105 Rn. 87; Beck-OGKHGB/Sanders, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 402 ff.; MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 719 Rn. 17 ff.

201 Vgl. Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 50; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 16; Rust DStR 2005, 1942 (1946).

202 Vgl. BeckOGKHGB/Sanders, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 404; MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 719 Rn. 22; MüKoHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn. 210.

203 Vgl. Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 87; Maetschke BRJ 2016, 8 (10); Teichmann ZGR 1973, 24 (42); auch Weinbrenner FPR 2009, 265 (269) („direkte Anwendung [aber] zumindest vertretbar“).

204 Vgl. BayObLG FamRZ 1990, 208 (BeckRS 2010, 26658); OLG Frankfurt a. M. DNotZ 2009, 142 (142 f.); OLG Oldenburg ZEV 2019, 726 (728); OLG Schleswig RNotZ 2020, 525 (527 f.); Führ/Nikoleyczik BB 2009, 2105 (2107); Klüsener RPflegler 1990, 321 (326); Maetschke BRJ 2016, 8 (10 f.); Münch FamRZ 2019, 1916 (1918); Reimann DNotZ 1999, 179 (190 f.); Rust DStR 2005, 1942 (1946 f.); Weinbrenner FPR 2009, 265 (269); Woinar NotBZ 2020, 87 (89).

205 Vgl. OLG Frankfurt a. M. DNotZ 2009, 142 (142 f.); BayObLG FamRZ 1990, 208 (BeckRS 2010, 26658); OLG Schleswig RNotZ 2020, 525 (529); vgl. Führ/Nikoleyczik BB 2009, 2105 (2107); Weinbrenner FPR 2009, 265 (268 f.).

206 Vgl. OLG Frankfurt a. M. DNotZ 2009, 142 (143); BayObLG FamRZ 1990, 208 (BeckRS 2010, 26658); krit. Oetker/Lieder, HGB, 6. Aufl. 2019, § 105 HGB Rn. 17 a; Führ/Nikoleyczik BB 2009, 2105 (2107); Menzell/Wolf MittBayNot 2010, 186 (189); van der Loo/Strnad ZEV 2018, 617 (622 f.); Weinbrenner FPR 2009, 265 (269).

207 Vgl. Reimann DNotZ 1999, 179 (190 f.); Rust DStR 2005, 1942 (1946 f.); Winkler ZGR 1973, 177 (186); in diese Richtung OLG Oldenburg ZEV 2019, 726 (728); OLG Schleswig RNotZ 2020, 525 (529); Führ/Nikoleyczik BB 2009, 2105 (2107) („dem Abschluss [...] vergleichbar“); Klüsener RPflegler 1990, 321 (326); Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014 § 1822 Rn. 80 („gleichzustellen“).

208 Vgl. Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 87; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014 § 1822 Rn. 80; Maetschke BRJ 2016, 8 (10); in diese Richtung Klüsener RPflegler 1990, 321 (326); Münch FamRZ 2019, 1916 (1918). Vgl. OLG Schleswig RNotZ 2020, 525 (529) mit historischer Auslegung.

209 Vgl. OLG Frankfurt a. M. DNotZ 2009, 142 (143); OLG Oldenburg ZEV 2019, 726 (728); OLG Schleswig RNotZ 2020, 525 (529).

210 OLG Jena ZEV 2013, 521 (522); OLG Bremen ZEV 2008, 608 (609).

211 OLG München MittBayNot 2019, 132 (134).

212 Ivo ZEV 2005, 193 (196); vgl. BeckOK BGB/Bettin, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 1822 Rn. 12; explizit gegen eine Analogie Damrau ZEV 2000, 209 (210).

213 Vgl. Damrau ZEV 2000, 209 (210); Menzell/Wolf MittBayNot 2010, 186 (188 f.); Teichmann ZGR 1973, 24 (42); wohl auch Brüggemann FamRZ 1990, 124 (127); i. E. auch Oetker/Lieder, HGB, 6. Aufl. 2019, § 105 HGB Rn. 17 a; ferner van der Loo/Strnad ZEV 2018, 617 (621): Genehmigungsbedürftigkeit nur bei entsprechender Beteiligungshöhe. I. E. auch Brox, FS Bosch, 1976, 75 (83). Ausführlich auch Bock DNotZ 2020, 643 (650 ff.).

214 Brüggemann FamRZ 1990, 124 (127): „Urgründung“.

215 Vgl. Damrau ZEV 2000, 209 (210); Menzell/Wolf MittBayNot 2010, 186 (188 f.).

216 Vgl. Motive IV, 1145; Damrau ZEV 2000, 209 (210); Menzell/Wolf MittBayNot 2010, 186 (189).

217 Vgl. Damrau ZEV 2000, 209 (210); Menzell/Wolf MittBayNot 2010, 186 (189).

an einer Kommanditgesellschaft schon deswegen für genehmigungsfrei hielt, weil das Genehmigungserfordernis bei lediglich rechtlich vorteilhaften Rechtsgeschäften teleologisch zu reduzieren ist, verbliebe es insoweit bei der Genehmigungsfreiheit.²¹⁸ Angesichts des Umstands, dass der Gesetzgeber bewusst den unentgeltlichen Erwerb (ohne Rechtsformbezug) einer Genehmigung unterwerfen wollte, spricht allerdings wenig dafür, eine solche teleologische Reduktion in Betracht zu ziehen – sie widerspräche auch dem Grundsatz der formalen Auslegung.

Neben § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB wird kaum weiter von praktischer Bedeutung sein, ob man in dem Anteilserwerb zugleich die Eingehung eines Gesellschaftsvertrags nach § 1852 Nr. 2 BGB-E sieht. Für den Beitritt und den Gesellschafterwechsel durch Kombination von Aus- und Eintritt dürfte es hingegen angesichts des unveränderten Wortlauts bei der Genehmigungsbedürftigkeit wegen der Eingehung eines Gesellschaftsvertrags nach § 1852 Nr. 2 BGB-E bleiben.²¹⁹

b) Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 10 BGB und § 1854 Nr. 4 BGB-E

Bislang bedurfte der Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung, die eine persönliche, unbeschränkte und gesamtschuldnerische Haftung für Gesellschaftsschulden (analog) §§ 128, 130 HGB mit sich bringt, der gerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 10 BGB.²²⁰ Allein bei einer zur Vermeidung der Haftungsfolgen aus § 176 Abs. 2 HGB aufschiebend auf die Handelsregistereintragung abgetretenen Kommanditbeteiligung war eine gerichtliche Genehmigung entbehrlich.²²¹

Da § 1854 Nr. 4 BGB-E ausweislich der Entwurfsbegründung eine subsidiäre Haftung für fremde Schuld, die sich nur als Nebenfolge eines anderen Rechtsgeschäfts ergibt, nicht mehr der gerichtlichen Genehmigung unterwirft, wird in Zukunft die gesamtschuldnerische Gesellschafterhaftung ein Genehmigungserfordernis nicht mehr begründen. Damit ist ebenso wie bei der Gründung die Folge verbunden, dass die Beteiligung minderjähriger oder unter Betreuung stehender Personen an Gesellschaften, die kein Erwerbsgeschäft betreiben, durch Anteilsübertragung der gerichtlichen Genehmigung im Regelfall nicht bedarf. Der Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung zum Erwerbsgeschäft kommt damit eine nochmals gesteigerte Bedeutung zu.

c) Sonstige Genehmigungstatbestände

Der Erwerb eines Anteils an einer Personengesellschaft bedarf daneben nicht auch aus anderen Gründen der gerichtlichen Genehmigung: Die gesellschaftsrechtlichen Pflichten sind keine unmittelbare Folge der Abtretung des Gesellschaftsanteils und begründen daher nicht die Genehmi-

gungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 5 BGB (zukünftig § 1643 Abs. 4 BGB-E und § 1799 Abs. 2 BGB-E);²²² auch sind etwa bestehende persönliche Leistungspflichten aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses keine Pflichten aus einem „Dienst- oder Arbeitsverhältnis“ (§ 1822 Nr. 7 BGB, zukünftig § 1795 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E, der nur noch für den Vormund gilt²²³).²²⁴

2. Kapitalgesellschaft-GmbH

Bei Erwerb oder Veräußerung von Geschäftsanteilen einer GmbH konnte sich nach der bisherigen Rechtslage eine Genehmigungsbedürftigkeit zum einen ergeben, wenn dadurch ein Erwerbsgeschäft erworben oder veräußert wurde (§ 1822 Nr. 3 BGB), und zum anderen, wenn fremde Verbindlichkeiten übernommen wurden (§ 1822 Nr. 10 BGB). Andere Genehmigungserfordernisse waren im Einzelfall denkbar, kamen aber praktisch seltener vor. Unter Zugrundelegung der Änderungen durch das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts werden sich für beide Genehmigungserfordernisse nicht unerhebliche Änderungen ergeben.

a) § 1822 Nr. 3 BGB

aa) Bisherige Rechtslage

Zu Verfügungen über Geschäftsanteile bedurfte es bislang nicht selten keiner Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB, da für die Genehmigungsbedürftigkeit zusammentreffen musste, dass erstens die Gesellschaft ein Erwerbsgeschäft betreibt, zweitens für den Fall des Erwerbs ein Entgelt zu leisten ist und drittens die zu übertragende Beteiligung über eine nur kapitalmäßige Beteiligung hinausgeht, sodass wirtschaftlich der Minderjährige oder Betreute aufgrund seines beherrschenden Einflusses als (mittelbarer) Inhaber des Erwerbsgeschäfts gelten muss.²²⁵ Nach § 1822 Nr. 3 BGB genehmigungsfrei blieben also bspw. Übertragungen von Geschäftsanteilen an einer Gesellschaft, die nur ideelle Zwecke verfolgt oder nur eigenes Vermögen verwaltet, ebenso wie der schenkweise Erwerb oder in der Regel die Übertragung von Minderheitsbeteiligungen.

Den Erwerb von Geschäftsanteilen an einer bereits im Handelsregister eingetragenen GmbH stellte die Rechtsprechung und die hM – anders als im Personengesellschaftsrecht – auch nicht der Eingehung eines Gesellschaftsvertrags gleich, sodass eine Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB, insbesondere im Fall des unentgeltlichen Erwerbs, nicht in Betracht kam.²²⁶ Diese Schlussfolgerung sollte sich bereits aus dem Wortlaut ergeben,²²⁷ wurde aber auch auf Wertungsgesichts-

218 So *Bock* DNotZ 2020, 643 (650); *Führ/Nikoleyczik* BB 2009, 2105 (2107); in diese Richtung OLG Jena ZEV 2013, 521 (522); OLG Bremen ZEV 2008, 608 (609). Für eine dahingehende generelle Einschränkung des Genehmigungserfordernisses im Gesetz vgl. Stellungnahme des DNotV v. 11.1.2021, S. 3 f.

219 Wohl aA *Bock* DNotZ 2020, 643 (651); er hält daher eine Klarstellung für notwendig, dass § 1852 Nr. 2 BGB-E nur die Gründung erfasse.

220 *Rust* DStR 2005, 1942 (1946); *Wertenbruch* NJW 2015, 2150 (2151) zur GbR (differenzierender noch *Wertenbruch* FamRZ 2003, 1714 [1716]); wohl aA für die GbR *MüKoBGB/Kroll-Ludwigs*, 8. Aufl. 2020, § 1821 Rn. 11.

221 *Van der Loo/Strnad* ZEV 2018, 617 (622); *Weinbrenner* FPR 2009, 265 (268).

222 *Damrau* ZEV 2000, 209 (210).

223 Vgl. BR-Drs. 564/20, S. 388; BT-Drs. 19/24445, S. 289.

224 *Damrau* ZEV 2000, 209 (211); *Kurz* NJW 1992, 1798 (1802); möglw. aA *Rust* DStR 2005, 1942 (1949).

225 Dazu unter B.III.; aA *Müller* JR 1961, 326 (329): Genehmigung „schlechthin zu fordern“; ebenso *Pleyer* GmBRH 1962, 49 (51) (wegen § 1822 Nr. 10 BGB).

226 Vgl. BGH DNotZ 1990, 303 (306); *Habersack/Casper/Löbbe/Löbbe*, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 15 Rn. 287; *MüKoGmbHG/Reichert/Weller*, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 501; *Baumbach/Hueck/Servatius*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 15 Rn. 3; *Henssler/Strohn/Verse*, GesR, 5. Aufl. 2021, § 15 GmbHG Rn. 11; *Bürger* RNotZ 2006, 156 (164, 166); *Pluskat* FamRZ 2004, 677 (681); *Rust* DStR 2005, 1942 (1948); *Winkler* ZGR 1990, 131 (135).

227 Vgl. BGH DNotZ 1990, 303 (306); *Pluskat* FamRZ 2004, 677 (681).

punkte, nämlich die unterschiedliche Haftungssituation in eingetragener GmbH und Vor-GmbH, gestützt.²²⁸

Für den Erwerb von Geschäftsanteilen an einer Vor-GmbH war offen, ob eine Genehmigung erforderlich wäre; die Begründung des BGH für den Fall einer unentgeltlichen Übertragung nach Eintragung sprach aber dafür, dass vor der Eintragung im Handelsregister eine gerichtliche Genehmigung einzuholen wäre.²²⁹

bb) Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

Nach § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E besteht für den Erwerb oder die Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, die ein Erwerbsgeschäft betreiben, ausnahmslos ein Genehmigungserfordernis. Es kommt weder darauf an, dass ein Erwerb entgeltlich erfolgt, noch darauf, ob die Beteiligung des minderjährigen oder unter Betreuung stehenden Gesellschafters eine bestimmte Höhe erreicht oder sonst einen beherrschenden Einfluss vermittelt. Auch eine Differenzierung danach, ob Anteile an einer bereits im Handelsregister eingetragenen GmbH oder einer Vor-GmbH übertragen werden, erübrigt sich damit. Entscheidende Bedeutung kommt weiterhin allein der Abgrenzung des Erwerbsgeschäfts, insbesondere gegenüber der privaten Vermögensverwaltung, zu.

b) § 1822 Nr. 10 BGB

aa) Bisherige Rechtslage

Bislang konnte sich, wenn eine Anteilsübertragung nach § 1822 Nr. 3 BGB genehmigungsfrei blieb, ein Genehmigungserfordernis aus § 1822 Nr. 10 BGB ergeben.

Für den Erwerb von Geschäftsanteilen ähnelte die Frage insoweit derjenigen bei der Gründung einer GmbH, wobei einerseits zusätzlich der Inhalt der Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber zu berücksichtigen war und andererseits als weiterer Fall der Ausfallhaftung die gesamtschuldnerische²³⁰ Haftung des Erwerbers für rückständige Einlageverpflichtungen²³¹ des Veräußerers gem. § 16 Abs. 2 GmbHG hinzukam.²³²

Nach Ansicht des BGH kam nun zunächst eine Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 10 BGB nicht in Betracht, wenn eine Ausfallhaftung des Erwerbers ausgeschlossen ist, weil der Veräußerer keine offenen Verbindlichkeiten gegenüber der Gesellschaft hat (§ 16 Abs. 2 GmbHG), sämtliche übrigen Gesellschafter ihre Stammeinlage erbracht haben (§ 24 GmbHG) und Auszahlungen

entgegen § 30 GmbHG nicht erfolgt oder bereits erstattet sind (§ 31 Abs. 3 GmbHG).²³³ Vernachlässigbar sollte dabei die theoretisch immer denkbare Möglichkeit sein, dass in der Folgezeit Auszahlungen unter Verstoß gegen § 30 GmbHG erfolgen würden und sich daraus letztlich eine Ausfallhaftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG ergeben könnte,²³⁴ da es mangels konkreter Anhaltspunkte unmöglich wäre, diese rein abstrakten Risiken in die Abwägung im Rahmen der gerichtlichen Genehmigungsentscheidung sachgerecht einzustellen.²³⁵

Ferner war, soweit eine Ausfallhaftung nicht auszuschließen war, entscheidend, wer im Innenverhältnis zwischen Erwerber und Veräußerer für etwaige Verbindlichkeiten einzustehen hat.²³⁶ Waren Verbindlichkeiten bspw. bereits kaufpreismindernd berücksichtigt, war ein Regress in der Regel auszuschließen und der Erwerber sollte sie als wirtschaftlich eigene übernehmen und letztlich tragen, sodass eine Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 10 BGB ausschied.²³⁷

Es verblieb somit nach der Rechtsprechung eine Genehmigungsbedürftigkeit nur in denjenigen Fällen, in denen Verbindlichkeiten, für die der Erwerber einzustehen hätte, bestehen (und, wenn auch noch nicht fällig, so doch jedenfalls „als sicher drohen“)²³⁸ und dem Erwerber nach den vertraglichen Vereinbarungen mit dem Veräußerer bei Inanspruchnahme wegen dieser Verbindlichkeiten ein Regress gegen den Veräußerer eröffnet sein soll.²³⁹

Angesichts dieser Rechtsprechung war unklar, welche Folgen es hatte, wenn im Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung vorhandene Verbindlichkeiten übersehen wurden oder schlicht nicht zu erkennen waren.²⁴⁰

233 Vgl. BGH DNotZ 1990, 303 (305); vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 15 Rn. 8; Habersack/Casper/Löbbe/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 15 Rn. 289; MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 503; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 183; Henssler/Strohn/Verse, GesR, 5. Aufl. 2021, § 15 GmbHG Rn. 13; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 42; Bürger RNotZ 2006, 156 (164); Flume FamRZ 2016, 277 (281); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (78); aA und aufgrund abstrakter Betrachtungsweise für eine Genehmigungsbedürftigkeit Rust DStR 2005, 1942 (1948); aufgrund formeller Betrachtung gegen eine Genehmigungsbedürftigkeit Winkler ZGR 1990, 131 (140).

234 BGH DNotZ 1990, 303 (305); vgl. Altmeyden, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 15 Rn. 21; Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 15 Rn. 169; MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 503; Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 15 Rn. 244; Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 15 Rn. 5; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 184; Bürger RNotZ 2006, 156 (164); Damrau ZEV 2000, 209 (212); Flume FamRZ 2016, 277 (281); Wilde GmbHR 2010, 123 (124); Winkler ZGR 1990, 131 (137).

235 BGH DNotZ 1990, 303 (305); vgl. Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 184; Bürger RNotZ 2006, 156 (164); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (78).

236 BGH DNotZ 1990, 303 (304).

237 BGH DNotZ 1990, 303 (304 f.); MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 503; Henssler/Strohn/Verse, GesR, 5. Aufl. 2021, § 15 GmbHG Rn. 13; Flume FamRZ 2016, 277 (281).

238 BGH DNotZ 1990, 303 (305); vgl. MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 503 (wenn Haftung „konkret droht“); Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 15 Rn. 5 („bei konkreter Möglichkeit der Inanspruchnahme“); Henssler/Strohn/Verse, GesR, 5. Aufl. 2021, § 15 GmbHG Rn. 13; wenn „Erwerber fälligen Ansprüchen [...] ausgesetzt ist oder konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ihn eine derartige Haftung treffen wird“; Bürger RNotZ 2006, 156 (164).

239 Abl. Damrau ZEV 2000, 209 (212), wegen § 1629 a BGB und bei Schenkungen wegen § 523 BGB.

240 Vgl. Habersack/Casper/Löbbe/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 15 Rn. 289 (auch nicht erkennbare Verbindlichkeiten begründen ein Genehmigungserfordernis); Bürger RNotZ 2006, 156 (164 f.) (mit der Empfehlung, eine vorsorgliche Genehmigung einzuholen).

228 Vgl. BGH DNotZ 1990, 303 (306 f.); ferner MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 501; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 57; Pluskat FamRZ 2004, 677 (681); Winkler ZGR 1990, 131 (135). Zweifeln könnte man danach allein, was bei einer wirtschaftlichen Neugründung zu gelten hätte.

229 BeckOK BGB/Bettin, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 1822 Rn. 10; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 18; Rowedder/Schmidt-Leithoff/C. Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 2 Rn. 15; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 9; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 57; Rust DStR 2005, 1942 (1948); Wilde GmbHR 2010, 123 (125).

230 BGH NJW 1995, 128; Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 16 Rn. 64; Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 16 Rn. 23.

231 Nach hM identisch der „auf den Geschäftsanteil rückständigen Leistung“ nach § 16 Abs. 3 GmbHG a.F., vgl. MüKoGmbHG/Heidinger, 3. Aufl. 2018, § 16 Rn. 214; Habersack/Casper/Löbbe/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 16 Rn. 96.

232 Vgl. MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 503; Bürger RNotZ 2006, 156 (164); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (78).

Bei der Veräußerung von Geschäftsanteilen ergab sich im Regelfall kein Genehmigungserfordernis aus § 1822 Nr. 10 BGB, es sei denn in einem Anteilskaufvertrag war eine gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Veräußerer vereinbart, da die Gesamtschuldner dann bei einer Inanspruchnahme über ihren Haftungsanteil hinaus auf den Regress nach § 426 BGB verwiesen wären.²⁴¹ Vermeiden ließ sich dies durch die Vereinbarung einer Teilschuld.²⁴²

bb) Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

In Zukunft wird eine Genehmigung nach § 1854 Nr. 4 BGB-E für den Erwerb von Geschäftsanteilen im Regelfall nicht mehr in Betracht kommen, da die „Übernahme einer Verbindlichkeit“ als gesetzliche Nebenfolge eines anderen Rechtsgeschäfts nicht mehr erfasst wird. Zweifelhaft ist hingegen, was für Fälle zu gelten hat, in denen bei einer Personenmehrheit auf Erwerber- oder Veräußererseite eine gesamtschuldnerische Haftung – zB für den Kaufpreis oder bei der Verletzung von Garantien – vereinbart wird. Die Entwurfsbegründung stellt im Zusammenhang mit dem Ausschluss gesetzlicher Folgen fest, dass „in den alltäglichen Fällen der gesamtschuldnerischen Verpflichtung [...] kein besonders großes Schutzbedürfnis vor[liegt]“.²⁴³ Ob damit aber auch eine rechtsgeschäftlich übernommene gesamtschuldnerische Haftung nicht mehr § 1854 Nr. 4 BGB-E unterfallen soll, obgleich mit ihr ein beträchtliches Risiko des Entstehens für fremde Verbindlichkeiten einhergehen kann, ist unklar. Das Schutzbedürfnis scheint in diesem Fall gerade für die Genehmigungsbedürftigkeit zu sprechen.

c) Weitere Genehmigungstatbestände

Weitere Gründe für die Einholung einer gerichtlichen Genehmigung werden sich selten ergeben: Nach § 1822 Nr. 1 BGB (zukünftig § 1854 Nr. 1 BGB-E) wäre die Anteilsübertragung bspw. nur dann ausnahmsweise genehmigungsbedürftig, wenn sich der Minderjährige oder der Betreute zu einer „Verfügung über sein Vermögen im Ganzen“ verpflichtet, und zwar – anders als bei § 1365 BGB,²⁴⁴ wie bei § 311 b Abs. 2 BGB²⁴⁵ – im Sinne einer Verpflichtung zur Verfügung über das Vermögen in seiner „Gesamtheit“ („in Bausch und Bogen“) und nicht nur einer Verfügung über bestimmte einzelne Gegenstände, mögen diese

auch tatsächlich das gesamte oder nahezu das gesamte Vermögen ausmachen.²⁴⁶

III. Laufende Geschäfte und Gesellschafterbeschlüsse

Laufende Geschäfte der Gesellschaft bedürfen grundsätzlich weder bislang noch zukünftig der gerichtlichen Genehmigung.²⁴⁷ Die von der Rechtsprechung gemachte Ausnahme im Hinblick auf Grundstücksgeschäfte einer GbR wurde bereits dargestellt.²⁴⁸ Auch Gesellschafterbeschlüsse unter Beteiligung des Minderjährigen oder Betreuten sind grundsätzlich nicht genehmigungsbedürftig.²⁴⁹

IV. Erbfolge

Auch bei der Nachfolge in eine Gesellschaftsbeteiligung durch einen Minderjährigen oder Betreuten kann es unter gewissen Umständen erforderlich sein, eine gerichtliche Genehmigung einzuholen. Wesentliche Änderungen dürften sich hierbei durch das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts nicht ergeben.

1. Personengesellschaften

Bei Personengesellschaften ist nach dem Inhalt der gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen für den Fall des Todes eines Gesellschafters zu differenzieren:

Enthält der Gesellschaftsvertrag einer GbR eine einfache Fortsetzungsklausel oder verbleibt es im Vertrag einer OHG oder KG für den persönlich haftenden Gesellschafter bei der gesetzlichen Regelung des § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB, scheidet der verstorbene Gesellschafter ohne weiteres aus der Gesellschaft aus und den Erben steht allein ein Abfindungsanspruch zu (§ 738 Abs. 1 S. 2 BGB), sodass sich überhaupt kein Anknüpfungspunkt für eine gerichtliche Genehmigung ergibt, da nur rechtsgeschäftliches Handeln einem Genehmigungsvorbehalt unterliegen kann.²⁵⁰

Rückt der Minderjährige oder Betreute aufgrund einer einfachen oder qualifizierten Nachfolgeklausel oder gem. § 177 HGB in die Gesellschaft ein, fehlt es ebenfalls an einem Anknüpfungspunkt für die Genehmigung, da der Er-

241 Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 15 Rn. 8; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 15 Rn. 128; Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 15 Rn. 169; MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 503; Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 15 Rn. 5; Henssler/Strohn/Verse, GesR, 5. Aufl. 2021, § 15 GmbHG Rn. 13; *Fortun* NJW 1999, 754 (757).

242 Vgl. Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 15 Rn. 169; MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 503; Verse, Henssler/Strohn, GesR, § 15 GmbHG Rn. 13; *Fortun* NJW 1999, 754 (756).

243 BR-Drs. 564/20, S. 389; BT-Drs. 19/24445, S. 289.

244 Vgl. BGH NJW 1961, 1301 (1303); NJW 1965, 909 (910); NZM 2013, 436; zB auch Palandt/Siede, BGB, 80. Aufl. 2021, § 1365 Rn. 6; Erman/Budzikiewicz, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1365 Rn. 8 f.; MüKoBGB/Koch, 8. Aufl. 2019, § 1365 Rn. 16 f.

245 Im Einzelnen str., vgl. RGZ 69, 416 (420); 94, 314 (316); BGH NJW 1991, 353 (355); NJW 1957, 1514; OLG München BeckRS 2012, 4413; Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl. 2021, § 311 b Rn. 66; Staudinger/Schumacher, BGB, Neub. 2018, § 311 b Abs. 3 Rn. 10; vgl. eingehend jurisPK BGB/Ludwig, 9. Aufl. 2020, § 311 b Rn. 405 ff.; a. A. bspw. Erman/Grziwotz, BGB, 16. Aufl. 2020, § 311 b Rn. 91; Heckschen NZG 2006, 772 (775 ff.); Hermanns DNotZ 2013, 9 (11); Hüren RNotZ 2014, 77 (95); MüKoBGB/Rub-winkel, 8. Aufl. 2019, § 311 b Rn. 118.

246 Sog. „Gesamttheorie“, vgl. BGH DNotZ 1957, 503 (BeckRS 1957, 31205599); BeckOK BGB/Bettin, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 1822 Rn. 3; Palandt/Götz, BGB, 80. Aufl. 2021, § 1822 Rn. 2; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 4; jurisPK BGB/Lafontaine, 9. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 18; MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 504; Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 15 Rn. 244; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 2; Bürger RNotZ 2006, 156 (160); Kölmel RNotZ 2010, 1 (20); *Fortun* NJW 1999, 754; *Wilde* GmbHR 2010, 123 (127); aA *Kurz* NJW 1992, 1798 (1799).

247 Vgl. BGH NJW 1971, 375 (376); OLG Schleswig NZG 2002, 418; Henssler/Strohn/Henssler, GesR, 5. Aufl. 2021, § 105 HGB Rn. 46; BeckOGKHGB/Sanders, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 124; Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 87; Bürger RNotZ 2006, 156 (170); *Dümmig* FamRZ 2003, 1 (2); *Reimann* DNotZ 1999, 179 (198); *Winkler* ZGR 1973, 177 (211 f.); s. auch *Zelz* GmbHR 1959, 91.

248 Unter B. VII.

249 MüKoGmbHG/Drescher, 3. Aufl. 2019, § 47 Rn. 89; Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 87; *Flume* FamRZ 2016, 277 (283); *Hohaus/Eickmann* BB 2004, 1707 (1711); *Reimann* DNotZ 1999, 179 (198); *Rust* DStR 2005, 1992 (1993); *Werner* GmbHR 2006, 737 (739); *Wilde* GmbHR 2010, 123 (126).

250 Vgl. *Winkler* ZGR 1973, 177 (190).

werb der Gesellschaftsbeteiligung aufgrund (Sonder-)Erbfolge erfolgt und nicht durch rechtsgeschäftliches Handeln.²⁵¹ Es ist auch keine Genehmigung nach § 1823 BGB einzuholen.²⁵² Für die Anzeigepflichten aus § 1847 BGB-E, § 1798 Abs. 2 BGB-E und § 1645 BGB-E wird nichts anderes zu gelten haben.

Ist der Gesellschaftsanteil hingegen, bspw. zur Erfüllung eines Vermächtnisses, zu übertragen, würde man davon ausgehen, dass diese Übertragung der gerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB und zukünftig nach § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E bedarf.²⁵³ Dieses Ergebnis wurde allerdings bislang mit dem Argument kritisiert, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, dass zu einem Erwerb infolge Vermächtnisses genauso wenig wie zu einem Erwerb kraft Erbfolge eine gerichtliche Genehmigung erforderlich wäre.²⁵⁴ Ob der Gesetzgeber nunmehr, da er auch den unentgeltlichen Erwerb wegen der damit verbundenen Haftungsrisiken der gerichtlichen Genehmigung unterwirft,²⁵⁵ an dieser Ansicht festhält, geht aus der Entwurfsbegründung nicht hervor. Die Argumentation in den Motiven zum BGB,²⁵⁶ nach denen der vermächtnisweise Erwerb dem aufgrund Erbfolge – der auch nach § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E genehmigungsfrei bleiben wird – gleichzustellen ist, würden dafür sprechen, die Vermächtniserfüllung auch weiterhin für genehmigungsfrei zu halten. Nach der bisherigen Rechtslage kam auch bei Genehmigungsfreiheit der Vermächtniserfüllung nach § 1822 Nr. 3 BGB eine Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 10 BGB in Betracht.²⁵⁷ Angesichts der Neufassung des § 1854 Nr. 4 BGB-E wird dies in Zukunft ausscheiden.

Im Falle einer Eintrittsklausel (oder für den Fall, dass eine qualifizierte Nachfolgeklausel fehlschlägt und in eine Eintrittsklausel umzudeuten ist),²⁵⁸ wenn also nach dem Erbfall der schuldrechtliche Anspruch des Nachfolgers auf Aufnahme noch durch weitere Vereinbarung eines Aufnahmevertrags oder jedenfalls durch einseitige Erklärung des Nachfolgers verwirklicht werden muss,²⁵⁹ folgert die hM bisher, dass der Eintritt des minderjährigen oder unter Betreuung stehenden Nachfolgers der gerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB bedarf, da durch den Abschluss des Aufnahmevertrags bzw. die Annahme des Angebots auf Aufnahme – genau wie im Fall des Beitritts eines neuen Gesellschafters – ein „Gesellschaftsvertrag eingegangen wird“.²⁶⁰ Durch § 1852 Nr. 2 BGB-E dürften sich insoweit keine Änderungen ergeben.

Ist die Eintrittsklausel als rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel ausgestaltet, also bereits unter Beteiligung des Nachfolgers vereinbart,²⁶¹ so wird man bereits diese Vereinbarung für genehmigungsbedürftig nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB (und zukünftig § 1852 Nr. 2 BGB-E) halten müssen und nicht erst den späteren Eintritt im Zeitpunkt des Todes.

Stellt der minderjährige oder unter Betreuung stehende Erbe eines persönlich haftenden Gesellschafters einen Antrag nach § 139 Abs. 1 HGB auf Umwandlung seiner Gesellschaftstellung, dessen Annahme durch die übrigen Gesellschafter eine Änderung des Gesellschaftsvertrags darstellt,²⁶² unterliegt er dabei nicht dem Genehmigungserfordernis aus § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB (bzw. zukünftig § 1852 Nr. 2 BGB-E).²⁶³

2. Kapitalgesellschaft

Auch bei Kapitalgesellschaften kam bislang für den Anteilserwerb durch den Minderjährigen oder Betreuten als Erben ein Genehmigungserfordernis weder aus § 1822 Nr. 3 BGB noch aus § 1822 Nr. 10 BGB in Betracht, da der Übergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nicht Anknüpfungspunkt für eine gerichtliche Genehmigung sein kann.²⁶⁴ Durch das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts werden sich insoweit keine Änderungen ergeben. Werden nach dem Erbfall Geschäftsanteile – bspw. zur Erfüllung eines Vermächtnisses – übertragen, war bislang zweifelhaft, ob eine Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB erforderlich ist.²⁶⁵ In Frage kam im Einzelfall eine Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 10 BGB.²⁶⁶ Für § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E bleibt unklar, ob eine Genehmigung zu fordern ist; eine Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1854 Nr. 4 BGB-E scheidet aber jedenfalls aus. Insoweit ist die Rechtslage dieselbe wie bei dem vermächtnisweisen Erwerb von Anteilen an einer Personengesellschaft.

V. Erhöhung des Kapitals oder Veränderung der Beteiligung

Auch bei Veränderungen der Beteiligung können sich Genehmigungserfordernisse ergeben, bei Kapitalgesellschaften ist dabei vor allem an eine Kapitalerhöhung zu denken.

251 Vgl. BGH NJW 1971, 1268; Henssler/Strohn/*Verse*, GesR, 5. Aufl. 2021, § 105 HGB Rn. 43; MüKoBGB/Kroll-*Ludwigs*, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 24; Staub/*Schäfer*, HGB, 5. Aufl. 2009, § 139 Rn. 38; Erman/*Schulte-Bunert*, BGB, 16. Aufl. 2020 § 1822 Rn. 11; Staudinger/*Veit*, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 55, 83; *Damrau ZEV* 2000, 209 (213); *Klüsener RPfeger* 1990, 321 (327); *Menzell Wolf MittBayNot* 2010, 186 (190); *Reimann DNotZ* 1999, 179 (194); *Winkler ZGR* 1973, 177 (190).

252 Prütting/*Wegen/Weinreich/Bauer*, BGB, 15. Aufl. 2020, § 1823 Rn. 2; MüKoBGB/Kroll-*Ludwigs*, 8. Aufl. 2020, § 1823 Rn. 3; *jurisPK BGB/Lafontaine*, 9. Aufl. 2020, § 1823 Rn. 8.

253 So auch *Winkler ZGR* 1973, 177 (191).

254 Vgl. Motive IV, 1145; *Damrau ZEV* 2000, 209 (213); *Menzell Wolf MittBayNot* 2010, 186 (190); i. E. auch *Reimann DNotZ* 1999, 179 (195).

255 BR-Drs. 564/20, S. 387; BT-Drs. 19/24445, S. 288.

256 Vgl. Motive IV, 1145.

257 Vgl. für die GmbH *Bürger RNotZ* 2006, 156 (168).

258 Vgl. BGH NJW 1978, 264; BeckOGK HGB/*Müller/Godron*, Stand 15.11.2020, § 139 Rn. 201; MüKoBGB/*Schäfer*, 8. Aufl. 2020, § 727 Rn. 63; MüKoHGB/*K. Schmidt*, 4. Aufl. 2016, § 139 Rn. 21 f.

259 Dazu zB BeckOGK BGB/*von Proff zu Irnich*, Stand 1.2.2021, § 727 Rn. 93 ff.; MüKoHGB/*K. Schmidt*, 4. Aufl. 2016, § 139 Rn. 25 ff.

260 Vgl. *Winkler ZGR* 1973, 177 (191); ferner BeckOGK BGB/*von Proff zu Irnich*, Stand 1.2.2021, § 727 Rn. 103; MüKoBGB/*Schäfer*, 8. Aufl. 2020, § 727 Rn. 56; Staub/*Schäfer*, HGB, 5. Aufl. 2009, § 139 Rn. 38; MüKoHGB/*K. Schmidt*, 4. Aufl. 2016, § 139 Rn. 29; BeckOK BGB/*Schöne*, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 727 Rn. 22; Staudinger/*Veit*, BGB, Neub. 2014 § 1822 Rn. 82; Soergel/*Zimmermann*, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 22; *Knopp BB* 1962, 939; *Kurz NJW* 1992, 1798 (1800); *Reimann DNotZ* 1999, 179 (195); krit. *Damrau ZEV* 2000, 209 (213) mit Verweis auf die gesetzgeberische Äußerung zur Vermächtniserfüllung und die Vergleichbarkeit mit der Nachfolgeklausel.

261 Vgl. MüKoBGB/*Schäfer*, 8. Aufl. 2020, § 727 Rn. 50 ff.; MüKoHGB/*K. Schmidt*, 4. Aufl. 2016, § 139 Rn. 23.

262 Dazu zB Ebenroth/*Boujong/Joost/Strohn/Lorz*, HGB, 4. Aufl. 2020, § 139 Rn. 96; MüKoHGB/*K. Schmidt*, 4. Aufl. 2016, § 139 Rn. 69 f.

263 Vgl. Soergel/*Zimmermann*, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 22; *Reimann DNotZ* 1999, 179 (196); *Winkler ZGR* 1973, 177 (191 f.); ferner *Koller/Kindler/Roth/Drüen/Kindler*, HGB, 9. Aufl. 2019, § 139 Rn. 7; krit. *Klüsener RPfeger* 1990, 321 (327).

264 Vgl. *Reimann DNotZ* 1999, 179 (194); *Winkler ZGR* 1973, 177 (192).

265 Vgl. *Winkler ZGR* 1973, 177 (193) einerseits und *Bürger RNotZ* 2006, 156 (168), und *Reimann DNotZ* 1999, 179 (194 f.), andererseits.

266 Vgl. *Bürger RNotZ* 2006, 156 (168).

1. Personengesellschaft

Eine Änderung der Höhe der Hafteinlage eines minderjährigen oder unter Betreuung stehenden Kommanditisten bedurfte bislang als bloße Änderung des Gesellschaftsvertrags nach hM nicht der gerichtlichen Genehmigung.²⁶⁷ Mit Blick auf § 1852 Nr. 2 BGB-E wird künftig nichts anderes gelten. Ebenfalls bloße Gesellschaftsvertragsänderung soll der Wechsel von der Beteiligung als Kommanditist zu der als persönlich haftender Gesellschafter sein.²⁶⁸ Bisher war allerdings aufgrund der dadurch eintretenden unbeschränkten gesamtschuldnerischen Haftung für die – auch bereits begründeten – Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§§ 128, 130 HGB) eine gerichtliche Genehmigung nach § 1822 Nr. 10 BGB einzuholen.²⁶⁹ Durch § 1854 Nr. 4 BGB-E wird sich dies ändern, da die gesamtschuldnerische Gesellschafterhaftung als gesetzliche Nebenfolge ein Genehmigungserfordernis nicht mehr auszulösen vermag. Nicht genehmigungsbedürftig ist auch der Wechsel in umgekehrter Richtung in die Stellung eines Kommanditisten, da in der Aufgabe der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse keine teilweise „Veräußerung“ der Beteiligung an dem Erwerbsgeschäft nach § 1822 Nr. 3 Var. 2 BGB bzw. künftig des Anteils an der Personengesellschaft nach § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E zu sehen ist.²⁷⁰

2. GmbH

Bei der Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH ist mit Blick auf gerichtliche Genehmigungserfordernisse zu unterscheiden zwischen der Ausübung des Stimmrechts im Rahmen des Kapitalerhöhungsbeschlusses einerseits und der Abgabe der Übernahmeerklärung (§ 55 Abs. 1 GmbHG) andererseits. Durch das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts werden sich in dieser Hinsicht Änderungen ergeben.

a) Kapitalerhöhungsbeschluss

Für die Stimmabgabe bei einem Kapitalerhöhungsbeschluss, der eine Änderung der Stammkapitalziffer (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) und damit eine Satzungsänderung (§§ 53 f. GmbHG) bewirkt,²⁷¹ war nach der bisher hM zur Genehmigungsbedürftigkeit von Gesellschaftsvertragsänderungen eine gerichtliche Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB entbehrlich.²⁷² Dass sich daran angesichts des identischen Wortlauts des § 1852 Nr. 2 BGB-E etwas ändern sollte, steht nicht zu erwarten. Für den Zulassungsbeschluss hingegen dürfte mangels satzungsändernden Charakters ein Genehmigungserfordernis we-

der bisher nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB noch künftig nach § 1852 Nr. 2 BGB-E in Betracht kommen.²⁷³

b) Übernahmeerklärung

Mit Blick auf die Erklärung des Übernehmers nach § 55 Abs. 1 GmbHG, mit deren Annahme durch die Gesellschaft der Übernahmevertrag zustande kommt,²⁷⁴ ging die hM bislang davon aus, dass durch den Abschluss des Übernahmevertrags kein Gesellschaftsvertrag „eingegangen wird“ (§ 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB), da der Vertrag nicht zwischen den Gesellschaftern, sondern zwischen Gesellschaft und Übernehmer zustande kommt.²⁷⁵ Auch zukünftig dürfte sich ein Genehmigungserfordernis aus § 1852 Nr. 2 BGB-E nicht ergeben. Zweifelhaft ist hingegen, ob man angesichts der Neuregelung in § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E an der hM auch insoweit wird festhalten können, als diese unter Verweis auf die Rechtsprechung des BGH zur Anteilsübertragung davon ausging, dass der Erwerb der neu ausgegebenen Geschäftsanteile auch nicht nach § 1822 Nr. 3 Var. 1 BGB genehmigt werden müsse.²⁷⁶ Schon bislang musste man sich fragen, ob dann im Einzelfall doch eine Genehmigung einzuholen wäre, wenn eine Beteiligung übernommen wird, die über eine nur kapitalmäßige hinausgeht und einen beherrschenden Einfluss vermittelt.²⁷⁷ Da die wirtschaftliche Betrachtungsweise der Rechtsprechung durch § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E aufgegeben wird, wird sich zukünftig die Frage stellen, ob der Erwerb nicht ohnehin, ganz unabhängig von der Höhe der übernommenen Anteile und der Beteiligung, einer Genehmigung bedarf. Der Wortlaut des § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E scheint auf den ersten Blick in diese Richtung zu deuten, da letztlich ein Anteil an einer Kapitalgesellschaft erworben wird. Jedoch ist die Genehmigung nur notwendig zu einer „Verfügung und zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung“. Der Erwerb von Geschäftsanteilen im Rahmen einer Kapitalerhöhung beruht jedoch streng besehen nicht auf einer „Verfügung“; die Geschäftsanteile entstehen vielmehr mit der Eintragung der Erhöhung originär in der Person des Übernehmers.²⁷⁸ Vor diesem Hintergrund könnte man auch in Zukunft davon ausgehen, dass eine Genehmigung nach § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E nicht einzuholen ist.

Bislang ergab sich ein Genehmigungserfordernis jedoch dann, wenn durch die Übernahmeerklärung eine fremde Verbindlichkeit übernommen wird (§ 1822 Nr. 10 BGB), weil eine Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG für rückständige Stammeinlagen der Altgesellschafter oder noch nicht

267 Vgl. LG Stuttgart BWNNotZ 2001, 91; *Winkler ZGR* 1973, 177 (199); zw. *Wilde GmbHR* 2010, 123 (126).

268 Vgl. *Winkler ZGR* 1973, 177 (200).

269 Vgl. BGH NJW 1992, 300 (301); Henssler/Strohn/*Verse*, GesR, 5. Aufl. 2021, § 105 HGB Rn. 44; MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 65; Oetker/*Lieder*, HGB, 6. Aufl. 2019, § 105 Rn. 17 b; BeckOGK HGB/*Sanders*, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 115; Staub/*Schäfer*, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 87; Erman/*Schulte-Bunert*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 29 a; Ebenroth/*Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, HGB, 4. Aufl. 2020, § 105 Rn. 94; Soergel/*Zimmermann*, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 43; *Ivo ZNotP* 2007, 210 (212); *Weinbrenner FPR* 2009, 265 (268); *Winkler ZGR* 1973, 177 (200).

270 *Winkler ZGR* 1973, 177 (203).

271 Vgl. zB MüKoBGB/*Lieder*, 3. Aufl. 2018, § 55 Rn. 25; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 55 Rn. 6; Ulmer/Habersack/Löbbe/*Ulmer/Casper*, GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 17.

272 Dazu unter B.V.; vgl. DNotI-Report 2016, 173 (175); *Gustavus GmbHR* 1982, 10 (16).

273 Offen DNotI-Report 2016, 173 (175).

274 Vgl. bspw. Michalski u. a./*Hermanns*, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 55 Rn. 65 ff.; MüKoBGB/*Lieder*, 3. Aufl. 2018, § 55 Rn. 108 ff.; *Altmeppen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 55 Rn. 15 ff.

275 Vgl. Michalski u. a./*Hermanns*, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 55 Rn. 78; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 55 Rn. 31; Ulmer/Habersack/Löbbe/*Ulmer/Casper*, GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 64; *Bürger RNotZ* 2006, 156 (167); *Gustavus GmbHR* 1982, 10 (17); *Reimann DNotZ* 1999, 179 (191); *Rust DStR* 2005, 1942 (1948).

276 Vgl. Michalski u. a./*Hermanns*, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 55 Rn. 78; MüKoBGB/*Lieder*, 3. Aufl. 2018, § 55 Rn. 116; Scholz/*Priester/Tebben*, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 55 Rn. 107; Ulmer/Habersack/Löbbe/*Ulmer/Casper*, GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 64; so wohl auch *Werner GmbHR* 2006, 737 (738).

277 Vgl. Ulmer/Habersack/*Casper/Löbbe/Ulmer/Casper*, GmbHG, 2. Aufl. 2016 § 55 Rn. 64; *Bürger RNotZ* 2006, 156 (167); *Wilde GmbHR* 2010, 123 (126).

278 Vgl. MüKoBGB/*Lieder*, 3. Aufl. 2018, § 55 Rn. 147; Ulmer/Habersack/Löbbe/*Ulmer/Casper*, GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 90.

geleistete Einlagen weiterer Übernehmer droht²⁷⁹ oder eine Ausfallhaftung für Fehlbeträge bei überbewerteten Sacheinlagen eines anderen Übernehmers (§§ 56 Abs. 2, 9, 24 GmbHG) in Betracht kommt.²⁸⁰ Für nicht ausreichend hielt es die hM allerdings, dass eine Ausfallhaftung theoretisch bei weiteren Kapitalerhöhungen oder Verstößen gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften in der Zukunft denkbar ist.²⁸¹ Teilweise wurde ein Genehmigungserfordernis aus § 1822 Nr. 10 BGB ferner dann verneint, wenn der Minderjährige oder Betreute bereits zum Kreis der Gesellschafter gehört, da dann das Haftungspotential nicht aus der Übernahme, sondern aus der Gesellschafterstellung resultiere.²⁸² In Zukunft wird ein Genehmigungserfordernis aus § 1854 Nr. 4 BGB-E nicht in Betracht kommen, da danach genehmigungsbedürftig nur Rechtsgeschäfte sind, die unmittelbar auf die Übernahme einer Verbindlichkeit gerichtet sind und diese nicht nur als Nebenfolge mit sich bringen. Die möglichen Fälle einer Ausfallhaftung sind jedoch bloß mittelbare gesetzliche Folge der Übernahmeerklärung.

VI. Ausscheiden, Auflösung und Kündigung

1. Ausscheiden

Bisher sollte das einvernehmliche Ausscheiden des minderjährigen oder unter Betreuung stehenden Gesellschafters nach der Rechtsprechung des BGH als Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts (§ 1822 Nr. 3 Var. 2 BGB) der gerichtlichen Genehmigung bedürfen.²⁸³ Auch in Zukunft dürfte sich eine Genehmigungsbedürftigkeit aus § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E ergeben. Es handelt sich zwar streng genommen bei dem vertraglich vereinbarten Ausscheiden nicht um eine „Verfügung“, durch die ein Gesellschaftersanteil veräußert wird. Da das Ergebnis – der Verlust des Anteils – aber identisch ist, dürfte das einvernehmliche Ausscheiden der Veräußerung gleichzustellen sein.

2. Auflösung

Die Auflösung einer Gesellschaft durch Gesellschafterbeschluss unterlag bislang nach Ansicht des BGH nicht der

gerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 Var. 2 BGB, da durch den Beschluss allein der Zweck der Gesellschaft geändert werde und sich aus einem Umkehrschluss aus § 1823 BGB ergebe, dass der Gesetzgeber zwischen einer Veräußerung und der Auflösung einen Unterschied habe machen wollen.²⁸⁴ Entsprechend bestimmte § 1823 BGB (iVm § 1908 i Abs. 1 S. 1 BGB) bisher für Betreuer und Vormund allein als Ordnungsvorschrift (sog. Innengenehmigung), dass zur Auflösung eines Erwerbsgeschäfts die gerichtliche Genehmigung eingeholt werden soll.²⁸⁵ Für Eltern erfasste § 1645 BGB hingegen allein den Beginn eines neuen Erwerbsgeschäfts.²⁸⁶

Es steht nicht zu erwarten, dass sich an der Genehmigungsfreiheit durch das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts etwas ändern wird. Weiterhin wird man den Auflösungsbeschluss weder als Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts nach § 1852 Nr. 1 lit. a) BGB-E noch als Veräußerung eines Gesellschaftersanteils nach § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E begreifen können, zumal die Sonderregelungen für die „Aufgabe“ eines Erwerbsgeschäfts durch Vormund und Betreuer in §§ 1847, 1798 Abs. 2 BGB-E fortbestehen – allein sind sie künftig als Anzeige- und nicht mehr als Genehmigungspflichten ausgestaltet.

3. Kündigung

Die Kündigung der Gesellschaft war, unabhängig davon, ob sie zur Liquidation der Gesellschaft oder zum Ausscheiden des Gesellschafters gegen Abfindung führt, nach hM bislang nicht der „Veräußerung“ des Erwerbsgeschäfts (§ 1822 Nr. 3 Var. 2 BGB) gleichzustellen.²⁸⁷ Anwendbar war jedoch nach allgemeiner Meinung § 1823 BGB, da die Kündigung der Auflösung gleichstehe.²⁸⁸

279 Michalski u.a./Hermanns, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 55 Rn. 78; MüKoGmbHG/Lieder, 3. Aufl. 2018, § 55 Rn. 115 („analog“); Scholz/Priester/Tebben, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 55 Rn. 108; Ulmer/Habersack/Löbbe/Ulmer/Casper, GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 63 (sofern „nicht alsbald durch Volleinzahlung getilgt“); Bürger RNotZ 2006, 156 (168); Müller JR 1961, 326 (328); Oelers MittRhNotK 1992, 69 (79); Rust DStR 2005, 1942 (1948); Wilde GmbHR 2010, 123 (126); vgl. auch Reimann DNotZ 1999, 179 (191); DNortl-Report 2016, 173 (176).

280 Michalski u.a./Hermanns, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 55 Rn. 78; MüKoGmbHG/Lieder, 3. Aufl. 2018, § 55 Rn. 115; Scholz/Priester/Tebben, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 55 Rn. 108; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 55 Rn. 31; Werner GmbHR 2006, 737 (738).

281 Michalski u.a./Hermanns, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 55 Rn. 78; Scholz/Priester/Tebben, GmbHG, 12. Aufl. 2021 § 55 Rn. 108; Ulmer/Habersack/Löbbe/Ulmer/Casper, GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 63; wohl aA Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 55 Rn. 37 („stets“).

282 MüKoGmbHG/Lieder, 3. Aufl. 2018, § 55 Rn. 115; Scholz/Priester/Tebben, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 55 Rn. 108; Gustavus GmbHR 1982, 10 (17).

283 BGH NJW 1961, 724 (725); NJW 1962, 2344 (2345); Henssler/Strohn/Verse, GesR, 5. Aufl. 2021, § 105 HGB Rn. 43; Oetker/Lieder, HGB, 6. Aufl. 2019, § 105 Rn. 17 b; BeckOGK HGB/Sanders, Stand 1.1.2021, § 105 Rn. 118; Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 87; MüKoHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn. 145; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 96; Klüsener RPfeger 1990, 321 (327); Rosenau BB 1965, 1393 (1394); krit. Flume FamRZ 2016, 277 (283).

284 BGH NJW 1970, 33; BeckOK BGB/Bettin, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 1822 Rn. 11; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 21; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 12; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 19; Bürger RNotZ 2006, 156 (179); Flume FamRZ 2016, 277 (283); Hohaus/Eickmann BB 2004, 1707 (1711); Ivo ZNotP 2007, 210 (216); Reimann DNotZ 1999, 179 (205); Rust DStR 2005, 1992 (1993); Wilde GmbHR 2010, 123 (127); Winkler ZGR 1973, 177 (205); aA Kurz NJW 1992, 1798 (1800).

285 Vgl. MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1823 Rn. 1, 4; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1823 Rn. 9, 11; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1823 Rn. 4, 5; Reimann DNotZ 1999, 179 (205); Winkler ZGR 1973, 177 (205); Zelz GmbHR 1959, 91 (93); einschränkend für die GmbH: Wilde GmbHR 2010, 123 (127) (nur bei entsprechender Beteiligungshöhe).

286 Vgl. Staudinger/Heilmann, BGB, Neub. 2015, § 1645 Rn. 11; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1823 Rn. 1; Ivo ZNotP 2007, 210 (216); Winkler ZGR 1973, 177 (202); Zelz GmbHR 1959, 91 (93).

287 Ausf. Winkler ZGR 1973, 177 (204); vgl. Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 15 Rn. 128; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 21; Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 87; Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 15 Rn. 244; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1822 Rn. 68; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 19; Bürger RNotZ 2006, 156 (178); Klüsener RPfeger 1990, 321 (327); Kurz NJW 1992, 1798 (1801); Reimann DNotZ 1999, 179 (205); Rust DStR 2005, 1992 (1993); differenzierend Ivo ZNotP 2007, 210 (216): Kündigung der Mitgliedschaft, die zum Ausscheiden führe, sei genehmigungsbedürftig.

288 Vgl. BeckOK BGB/Bettin, 56. Ed., Stand 1.11.2020, § 1823 Rn. 2; jurisPK BGB/Lafontaine, 9. Aufl. 2020, § 1823 Rn. 9; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1823 Rn. 3; Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014, § 1823 Rn. 9; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1823 Rn. 4; Reimann DNotZ 1999, 179 (205); Rust DStR 2005, 1992 (1993); Winkler ZGR 1973, 177 (205); einschränkend für die GmbH: Wilde GmbHR 2010, 123 (127) (nur bei entsprechender Beteiligungshöhe).

Auch nach § 1852 Nr. 1 BGB-E dürfte die Kündigung weder der Veräußerung des Erwerbsgeschäfts noch der Anteilsveräußerung gleichstehen. Anders als ein rechtsgeschäftlich vereinbartes Ausscheiden führt sie nicht unmittelbar zum Anteilsverlust, sondern setzt allein die gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Kündigungsfolgen in Gang.

Zur Erhebung der Auflösungsklage nach § 133 HGB sollte bislang ebenfalls keine gerichtliche Genehmigung erforderlich sein, da in diesem Fall sämtliche Gesichtspunkte, also auch der Schutz der Minderjährigen oder Betreuten, Eingang in die gerichtliche Entscheidung über die Auflösungsklage finden.²⁸⁹ Dies dürfte auch für § 1852 Nr. 1 BGB-E fortgelten.

VII. Nießbrauch und Pfandrecht

Die Bestellung eines Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen eines minderjährigen oder unter Betreuung stehenden Gesellschafters, die schon nach § 1069 Abs. 1 BGB wie eine Vollrechtsübertragung behandelt wird, wurde von der hM bislang als „vorübergehende Teilveräußerung“²⁹⁰ nach § 1822 Nr. 3 Var. 2 BGB für genehmigungsbedürftig gehalten.²⁹¹ Bei Personengesellschaften war stets eine Genehmigung einzuholen, bei Kapitalgesellschaften nur bei einer entsprechenden Beteiligungsquote, die einen beherrschenden Einfluss gewährt.²⁹² Die Bestellung eines Vorbehaltsnießbrauchs im Rahmen vorweggenommener Erbfolge sollte hingegen keine eigenständige Genehmigungspflicht auslösen, weil man sie schon nicht als teilweise (Rück-)„Veräußerung“ angesehen hat, sondern als bereits belasteten Erwerb.²⁹³ Spiegelbildlich zur Veräußerung behandelt wurde der Fall, dass dem Minderjährigen oder Betreuten ein Nießbrauch bestellt wird, er also die Gesellschaftsanteile „teilweise erwirbt“, sofern dies entgeltlich erfolgt (§ 1822 Nr. 3 Var. 1 BGB).²⁹⁴ Die vorstehenden Grundsätze werden auch künftig im Wesentlichen unverändert fortgelten, allein ist nach § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E die Bestellung eines Nießbrauchs an Kapitalgesellschaftsanteilen unabhängig von einer bestimmten Beteiligungshöhe genehmigungsbedürftig und wird auch eine schenkweise Nießbrauchbestellung zugunsten des Minderjährigen oder Betreuten der Genehmigung bedürfen, da es auf die Entgeltlichkeit des Erwerbs nicht mehr ankommt. Die Frage nach der Genehmigungspflicht des Vorbehaltsnießbrauchs dürfte an Relevanz verlie-

ren: Vorweggenommene Erbfolgen werden in Zukunft schon wegen der Vollrechtsübertragung der Genehmigung bedürfen, da der schenkweise Erwerb nicht mehr genehmigungsfrei ist, sodass es von geringer praktischer Bedeutung ist, ob sich eine Genehmigungspflicht daneben auch aus der Bestellung des Vorbehaltsnießbrauchs ergibt.

Für die Bestellung eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts an Gesellschaftsanteilen galten bislang und dürften auch in Zukunft angesichts der parallelen Regelung in § 1274 Abs. 1 S. 1 BGB dieselben Erwägungen gelten.²⁹⁵

VIII. Treuhand

Ist der Minderjährige oder Betreute Treugeber sollte dies nach bislang hM im Hinblick auf § 1822 Nr. 3 BGB einer unmittelbaren Beteiligung gleichstehen, sodass für Erwerb und Veräußerung der treuhänderisch gehaltenen Beteiligung die allgemeinen Erwägungen zum Tragen kommen.²⁹⁶ Gleiches sollte gelten, wenn der Minderjährige oder Betreute Treuhänder ist.²⁹⁷ Diese Grundsätze dürften auch zukünftig bei § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E zu beachten sein.

IX. Stille Gesellschaft und Genossenschaft

Nicht näher behandelt werden soll hier die Beteiligung eines Minderjährigen oder Betreuten als stiller Gesellschafter²⁹⁸ oder an einer Genossenschaft.²⁹⁹

X. Unterbeteiligung

Die Begründung, der Erwerb oder die Veräußerung einer Unterbeteiligung an einer Gesellschaft, die ein Erwerbsgeschäft betreibt, bedurfte bislang nach Ansicht des OLG Hamm – auch mit Blick auf den Schutzzweck der Norm – der gerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB, sofern ein Minderjähriger bei wirtschaftlicher Betrachtung in „gesellschafterähnlicher Position“ mitwirkte oder wenn eine Beteiligung nicht nur am Gewinn der Hauptgesellschaft, sondern auch an deren Verlust vereinbart war, der Minderjährige letztlich also das unternehmerische Risiko

289 Vgl. *Winkler ZGR* 1973, 177 (205); ferner *Rowedder/Schmidt-Leit-hoff/Görner, GmbHG*, 6. Aufl. 2017, § 15 Rn. 128; *Scholz/Seibt, GmbHG*, 12. Aufl. 2018, § 15 Rn. 244.

290 So *Soergel/Zimmermann, BGB*, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 19; *Oelers MittRhNotK* 1992, 69 (74); s. a. *Winkler ZGR* 1973, 177 (208) „teilweise Übertragung“.

291 *Koller/Kindler/Roth/Drüen/Kindler, HGB*, 9. Aufl. 2019, § 105 Rn. 15; *MüKoGmbHG/Reichert/Weller*, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 502; *Erman/Schulte-Bunert, BGB*, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 12; *Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014* § 1822 Rn. 65; *Soergel/Zimmermann, BGB*, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 19; *Brüggemann FamRZ* 1990, 124 (126); *Bürger RNotZ* 2006, 156 (169); *Kruse RNotZ* 2002, 69 (85); *Oelers MittRhNotK* 1992, 69 (74); *Teichmann ZGR* 1973, 24 (43); *Winkler ZGR* 1973, 177 (208); aA *MüKoBGB/Kroll-Ludwigs*, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 19.

292 Vgl. *Oelers MittRhNotK* 1992, 69 (74); *Winkler ZGR* 1973, 177 (208 ff.).

293 So *Bürger RNotZ* 2006, 156 (169); *Teichmann ZGR* 1973, 24 (43).

294 Vgl. *Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG*, 20. Aufl. 2020, § 15 Rn. 115; *Koller/Kindler/Roth/Drüen/Kindler, HGB*, 9. Aufl. 2019, § 105 Rn. 15; *Barry RNotZ* 2014, 401 (407); *Hobaus/Eickmann BB* 2004, 1707 (1710); *Winkler ZGR* 1973, 177 (208 f., 210).

295 Vgl. *MüKoGmbHG/Reichert/Weller*, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 502; *Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014* § 1822 Rn. 65; *Soergel/Zimmermann, BGB*, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 19; *Brüggemann FamRZ* 1990, 124 (126); *Kurz NJW* 1992, 1798 (1800); *Oelers MittRhNotK* 1992, 69 (75); *Winkler ZGR* 1973, 177 (211); aA *MüKoBGB/Kroll-Ludwigs*, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 19; *Erman/Schulte-Bunert, BGB*, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 12.

296 Vgl. *Habersack/Casper/Löbbe/Löbbe, GmbHG*, 3. Aufl. 2019, § 15 Rn. 288; *Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG*, 22. Aufl. 2019, § 15 Rn. 4; *Hobaus/Eickmann BB* 2004, 1707 (1710); *Reimann DNotZ* 1999, 179 (186 f.); *Werner GmbHR* 2006, 1248 (1253 f.); aA *Oelers MittRhNotK* 1992, 69 (73 f.).

297 Vgl. *BGH DNotZ* 2004, 152 (153 f.); *Habersack/Casper/Löbbe/Löbbe, GmbHG*, 3. Aufl. 2019, § 15 Rn. 288; *Oelers MittRhNotK* 1992, 69 (73); *Werner GmbHR* 2006, 1248 (1254) aA *RGZ* 133, 7 (12), weil Minderjähriger an Gewinn oder Verlust des Unternehmers in keiner Weise beteiligt war.

298 Dazu bspw. *BGH DNotZ* 1957, 503; *Staudinger/Veit, BGB, Neub. 2014*, § 1822 Rn. 86 ff.; *Damrau ZEV* 2000, 209 (212); *Oelers MittRhNotK* 1992, 69 (71, 75 f.); *Reimann DNotZ* 1999, 179 (186); *Winkler ZGR* 1973, 177 (184 f., 188 f.).

299 Dazu zB *BGH NJW* 1964, 766; *MüKoBGB/Kroll-Ludwigs*, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 66; *Winkler ZGR* 1973, 177 (185, 189).

mittrug.³⁰⁰ Kritisiert wurde dies teilweise mit der Begründung, die Unterbeteiligung als Innengesellschaft zwischen Haupt- und Unterbeteiligtem betreibe das „Erwerbsgeschäft“ nicht, weswegen bei formaler Auslegung eine Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 3 BGB ausscheide.³⁰¹

Die Frage dürfte sich auch in Zukunft in ähnlicher Form stellen, da § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E unmittelbar nur den Erwerb eines Anteils an einer Personengesellschaft, die ein Erwerbsgeschäft betreibt, erfasst, nicht aber den Erwerb eines Anteils an der reinen Innengesellschaft zwischen Haupt- und Unterbeteiligtem. Insoweit ist also weiterhin entscheidend, ob man die Beteiligung an der Innengesellschaft der unmittelbaren Beteiligung an der Erwerbsgesellschaft gleichstellt. Die Ansicht des OLG Hamm, dass Unterbeteiligungen, die ein unternehmerisches Risiko vermitteln, der gerichtlichen Genehmigung bedürfen, ließe sich daher durchaus auch zur Neuregelung in § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E vertreten.

XI. Umwandlung

Auch bei Vorgängen nach dem UmwG können sich Genehmigungserfordernisse ergeben.

1. Verschmelzung und Spaltung unter Erhöhung des Kapitals

Soweit zur Durchführung einer Verschmelzung oder Spaltung zur Aufnahme eine Kapitalerhöhung beschlossen wird, bedurfte der Erhöhungsbeschluss bislang auf der Grundlage der hM zur Genehmigungsbedürftigkeit von Satzungsänderungen nicht der gerichtlichen Genehmigung.³⁰² Dasselbe wird man für § 1852 Nr. 2 BGB-E anzunehmen haben. Als Besonderheit ist im Umwandlungsrecht noch zu beachten, dass §§ 55 Abs. 1, 125 S. 1 UmwG die Anwendbarkeit von § 1 GmbHG ausschließen, sodass keine Übernahmeerklärung erforderlich ist – Grundlage der Übernahme sind vielmehr der Verschmelzungs- oder Spaltungsvertrag sowie der entsprechende Zustimmungsbeschluss.³⁰³ Die Übernahmeerklärung fällt damit als Anknüpfungspunkt für ein Genehmigungserfordernis weg.

2. Verschmelzung und Spaltung zur Neugründung

Eine Genehmigungsbedürftigkeit ergibt sich allerdings bislang aus § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB und auch künftig aus § 1852 Nr. 2 BGB-E, wenn bei einer Verschmelzung oder Spaltung zur Neugründung der Gesellschaftsvertrag des

zu gründenden übernehmenden Rechtsträgers (§ 37 UmwG) zum Betrieb eines „Erwerbsgeschäfts“ eingegangen wird.³⁰⁴ Ferner ergab sich bislang unter Umständen ein Genehmigungserfordernis aus § 1822 Nr. 10 BGB, weil bei der Umwandlung zur Neugründung die entsprechenden Gründungsvorschriften anzuwenden sind (§§ 35 Abs. 2, 135 Abs. 2 UmwG).³⁰⁵ Bei einer neu zu gründenden GmbH (oder auch einer AG)³⁰⁶ war allerdings zu berücksichtigen, dass der BGH eine Differenzhaftung der Gesellschafter nach § 9 GmbHG jedenfalls bei einer Kapitalerhöhung im Rahmen einer Verschmelzung zur Aufnahme für ausgeschlossen hält³⁰⁷ und ein entsprechender Ausschluss damit auch für die Verschmelzung zur Neugründung nicht ganz fernliegend ist.³⁰⁸ Damit entfiel schon bislang im Wesentlichen die Gefahr einer Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG.³⁰⁹ Da § 1854 Nr. 4 BGB-E eine etwaige Ausfallhaftung als gesetzliche Nebenfolge der Umwandlungsmaßnahme ohnehin nicht erfasst, wird sich daraus künftig ein Genehmigungserfordernis generell nicht mehr ergeben können.

3. Verschmelzung und Spaltung zur Aufnahme

Bei Umwandlungsvorgängen zur Aufnahme wird kein neuer Gesellschaftsvertrag eingegangen und angesichts der bislang hM zur Genehmigungsbedürftigkeit von Satzungsänderungen bedurfte die Abstimmung im Rahmen des Verschmelzungs- bzw. Spaltungsbeschlusses nicht der Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB, obgleich es sich um einen Grundlagenbeschluss handelt.³¹⁰ Daran wird sich durch § 1852 Nr. 2 BGB-E nichts ändern. Zweifelhaft war bislang hingegen, ob in dem Übergang des Vermögens der übertragenden Gesellschaft als Ganzes auf die aufnehmende Gesellschaft (vgl. § 2 UmwG) der „Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts“ (§ 1822 Nr. 3

300 OLG Hamm OLGZ 1974, 158 (161); MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 23; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 17; *Fortun* NJW 1999, 754 (756); *Klüsener* RPflegler 1990, 321 (329); vgl. auch *Rust* DStR 2005, 1942 (1945); weitergehend *Soergel/Zimmermann*, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 25; unabhängig davon, ob an Verlust oder Geschäftsführung beteiligt; krit. *Klamroth* BB 1975, 525 (528).

301 Vgl. *Damrau* ZEV 2000, 209 (212 f.).

302 Speziell zur Umwandlung *Böhringer* NotBZ 2014, 121 (124) (Genehmigung erforderlich).

303 Vgl. *Widmann/Mayer/Mayer*, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.3.2020, § 55 Rn. 41; *Semler/Stengel/Reichert*, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 55 Rn. 14; *BeckOGK UmwG/v. Hinden*, Stand 1.10.2020, § 55 Rn. 11; *Schmitt/Hörtnagl/Hörtnagl/Ollech*, UmwG, 9. Aufl. 2020, § 55 Rn. 8.

304 Vgl. *Widmann/Mayer/Heckschen*, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.4.2013, § 13 Rn. 141; *Henssler/Strohn/Heidinger*, GesR, 5. Aufl. 2021, § 13 UmwG Rn. 17; *Limmer*, HB Unternehmensumw., 6. Aufl. 2019, Teil 2 Rn. 92; *Semler/Stengel/Reichert*, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 50 Rn. 19; *BeckOGK UmwG/Rieckers/Cloppenburg*, Stand 1.1.2021, § 13 Rn. 61; *Lutter/Vetter*, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 59 Rn. 10; *BeckOGK UmwG/Weiß*, Stand 1.1.2021, § 59 Rn. 10; *Schmitt/Hörtnagl/Winter*, UmwG, 9. Aufl. 2020, § 13 Rn. 53; *Kallmeyer/Zimmermann*, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 43 Rn. 18, § 59 Rn. 5; *Böhringer* NotBZ 2014, 121 (123); *Rust* DStR 2005, 1992 (1994); offenbar aA *Widmann/Mayer/Vossius*, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.5.2019, § 43 Rn. 102 (Gesellschaftsvertrag komme auf Grundlage körperschaftlicher Willensbildung zustande).

305 *Widmann/Mayer/Heckschen*, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.4.2013, § 13 Rn. 141; s. aber auch *Böhringer* NotBZ 2014, 121 (124), der pauschal von einer Genehmigungspflicht nach § 1822 Nr. 10 BGB ausgeht.

306 Vgl. BGH DNotZ 2007, 854.

307 Vgl. BGH DNotZ 2019, 224; dazu bspw. *Heckschen* NZG 2019, 561; *Wicke* DNotZ 2019, 405.

308 Vgl. *Widmann/Mayer/Mayer*, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.5.2020, § 36 Rn. 101; *Lutter/Vetter*, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 56 Rn. 49; *BeckOGK UmwG/Weiß*, Stand 1.1.2021, § 36 Rn. 47; aA *Semler/Stengel/Bärwaldt*, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 36 Rn. 42.

309 So *BeckOGK UmwG/Weiß*, Stand 1.1.2021, § 59 Rn. 10; s.a. *Kallmeyer/Zimmermann*, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 59 Rn. 5.

310 Vgl. *Widmann/Mayer/Mayer*, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.12.2006, § 50 Rn. 39; *Semler/Stengel/Reichert*, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 50 Rn. 19; *BeckOGK UmwG/Rieckers/Cloppenburg*, Stand 1.1.2021, § 13 Rn. 61; *Lutter/Vetter*, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 50 Rn. 29; *Böhringer* NotBZ 2014, 121 (123); *Kallmeyer/Zimmermann*, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 50 Rn. 12; *Rust* DStR 2005, 1992 (1994); aA wohl *Widmann/Mayer/Heckschen*, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.4.2013, § 13 Rn. 139 (in Beschluss liege Satzungsänderung bzw. bei Verschmelzung zugleich Auflösungsbeschluss; bei derart weitreichenden Strukturmaßnahmen sei eine Genehmigung erforderlich, jedenfalls sofern eine persönliche Haftung nicht ausgeschlossen sei); in diese Richtung auch *Henssler/Strohn/Heidinger*, GesR, 5. Aufl. 2021, § 13 UmwG Rn. 17.

Var. 1, 2 BGB) liegen kann.³¹¹ Das war nach der bislang herrschenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise jedenfalls bei entsprechender Beteiligung am Kapital nicht ganz von der Hand zu weisen. Im Hinblick auf die Unterscheidung in § 1852 Nr. 1 BGB-E zwischen Verfügungen über ein Erwerbsgeschäft (durch den Inhaber) und Verfügungen über Gesellschaftsanteile (durch den Gesellschafter) wird man aber zukünftig annehmen müssen, dass der Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts durch eine Gesellschaft als Inhaberin nicht der Genehmigung bedarf. Die Differenzierung in § 1852 Nr. 1 BGB-E würde nämlich unterlaufen, wenn der Minderjährige oder Betreute auch im Rahmen des § 1852 Nr. 1 lit. a) BGB-E wieder bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als (gesellschaftsrechtlich vermittelter) Inhaber gelten könnte. Für gesellschaftsrechtlich vermittelte Beteiligungen dürfte vielmehr abschließend die Sonderregelung des § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E gelten, die allein Verfügungen über Gesellschaftsanteile erfasst. Dies entspricht einer formalen Betrachtung der Genehmigungsvorschriften; es verbleiben dann aber Schutzlücken.

Bislang konnte sich ein Genehmigungserfordernis noch aus § 1822 Nr. 10 BGB ergeben,³¹² etwa falls es sich bei dem aufnehmenden Rechtsträger um eine Personengesellschaft handelt und der Minderjährige oder Betreute unbeschränkt persönlich haftet (vgl. § 40 UmwG) oder das Kapital in einer der beteiligten Kapitalgesellschaft nicht vollständig aufgebracht (vgl. § 51 UmwG) oder unzulässigerweise zurückgewährt ist und daher aufgrund der Umwandlung eine Ausfallhaftung (insbesondere nach §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG) droht.³¹³ Auch hier war wiederum die neuere Rechtsprechung des BGH zu berücksichtigen, nach der eine Differenzhaftung bei Kapitalmaßnahmen zur Durchführung einer Umwandlung zur Aufnahme nicht in Betracht kommt.³¹⁴ In Zukunft wird aus § 1854 Nr. 4 BGB-E generell kein Genehmigungserfordernis für bloß gesetzliche Haftungsfolgen mehr folgen, sodass sich eine Betrachtung der Haftungsverhältnisse erübrigt.

4. Formwechsel

Ob zu einem Formwechselbeschluss unter Beteiligung eines Minderjährigen oder Betreuten die gerichtliche Genehmigung erforderlich ist, war bislang unklar. Durch das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts wird sich dies auch nicht ändern. Denn es ist für § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB und damit auch für den identischen § 1852 Nr. 2 BGB-E unklar, ob mit dem Formwechselbeschluss ein „Gesellschaftsvertrag [...] eingegangen wird“.³¹⁵ Für ein Genehmigungserfordernis spricht, dass der neue Gesellschaftsvertrag stets zwingender Bestandteil

des Formwechselbeschlusses ist (§§ 218 Abs. 1, 234 Nr. 3, 243 Abs. 1 S. 1 UmwG) und die für die neue Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften zu berücksichtigen sind (§ 197 UmwG).³¹⁶ Dagegen spricht, dass das Recht des Formwechsels durch den Grundsatz der Identität des Rechtsträgers geprägt ist³¹⁷ und der Vorgang daher einer Gesellschaftsvertragsänderung ähnlich ist.³¹⁸ Angesichts dessen treten manche für eine teleologische Reduktion des Genehmigungserfordernisses ein.³¹⁹ Andere unterscheiden zwischen den verschiedenen Arten des Formwechsels und halten für genehmigungsbedürftig allein Formwechsel von Kapital- in Personengesellschaften, nicht hingegen Formwechsel zwischen Kapitalgesellschaften, da es sich bei diesen um bloße, genehmigungsfreie Satzungsänderungen handele.³²⁰

Eine Genehmigungspflicht wegen der Übernahme einer Verbindlichkeit, die sich bislang aus § 1822 Nr. 10 BGB ergeben konnte, wenn aufgrund des Formwechsels eine persönliche gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter droht (bspw. nach § 128 HGB)³²¹ oder eine Ausfallhaftung (zB nach §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG) in Frage kommt,³²² wird in Zukunft angesichts des geänderten § 1854 Nr. 4 BGB-E nicht mehr in Betracht kommen.

5. Ausscheiden gegen Barabfindung

Unklar war bisher, ob das Ausscheiden gegen Barabfindung nach §§ 29, 125, 207 UmwG als „entgeltliche Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts“ der Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 Var. 2 BGB bedurfte.³²³ Sofern das Abfin-

311 Vgl. Henssler/Strohn/Heidinger, GesR, 5. Aufl. 2021, § 13 UmwG Rn. 17; Wilde GmbHR 2010, 123 (128); dagegen: Böhringer NotBZ 2014, 121 (123).

312 Vgl. Widmann/Mayer/Heckschen, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.4.2019, Teil 2 Rn. 91; Semler/Stengel/Reichert, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 50 Rn. 19; BeckOGK UmwG/Rieckers/Cloppenburg, Stand 1.1.2021, § 13 Rn. 61; Wilde GmbHR 2010, 123 (128); offenbar aA Schmitt/Hörtnagl/Winter, UmwG, 9. Aufl. 2020, § 13 Rn. 52 (keine Genehmigungspflicht nach § 1822 Nr. 10 BGB).

313 Vgl. Limmer, HB Unternehmensumw., 6. Aufl. 2019, Teil 2 Rn. 91; Henssler/Strohn/Heidinger, GesR, 5. Aufl. 2021, § 13 UmwG Rn. 17; Lutter/Vetter, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 50 Rn. 29; Kallmeyer/Zimmermann, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 43 Rn. 18, § 50 Rn. 12; Böhringer NotBZ 2014, 121 (124).

314 S.o., BGH DNotZ 2019, 224.

315 Für Genehmigungspflicht: Semler/Stengel/Bärwaldt, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 193 Rn. 13; Kallmeyer/Blasche, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 233 Rn. 16; § 240 Rn. 7; Widmann/Mayer/Vossius, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.4.2019, § 217 Rn. 61; Widmann/Mayer/Weiler, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.8.2018, § 193 Rn. 47; wohl auch jedenfalls für Umwandlung in Personengesellschaft Winkler ZGR 1973, 177 (180); dagegen: Schmitt/Hörtnagl/Winter, UmwG, 9. Aufl. 2020 § 193 Rn. 10; wohl auch Rust DStR 2005, 1992 (1994); differenzierend: Lutter/Göthel, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 233 Rn. 49, § 240 Rn. 22; Kallmeyer/Zimmermann, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 193 Rn. 13; Böhringer NotBZ 2014, 121 (123 f.).

316 Vgl. Semler/Stengel/Bärwaldt, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 193 Rn. 13; Kallmeyer/Blasche, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 240 Rn. 7; Lutter/Göthel, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 233 Rn. 49; Widmann/Mayer/Weiler, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.8.2018, § 193 Rn. 47; Böhringer NotBZ 2014, 121 (123); i.E. auch Widmann/Mayer/Vossius, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.4.2019, § 217 Rn. 61, Stand 1.8.2017, § 233 Rn. 37 (obgleich Akt körperschaftlicher Willensbildung wegen Anwendung des Gründungsrechts).

317 Dazu allg. Lutter/Hoger, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 190 Rn. 1; Widmann/Mayer/Vossius, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.5.2016, § 190 Rn. 23.

318 Explizit gegen diesen Gedanken Widmann/Mayer/Weiler, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.8.2018, § 193 Rn. 47.

319 So Schmitt/Hörtnagl/Winter, UmwG, 9. Aufl. 2020, § 193 Rn. 10; vgl. auch Böhringer NotBZ 2014, 121 (124).

320 So Lutter/Göthel, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 233 Rn. 49, § 240 Rn. 22; Kallmeyer/Zimmermann, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 193 Rn. 13; Böhringer NotBZ 2014, 121 (123); dagegen: Semler/Stengel/Bärwaldt, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 193 Rn. 13; Kallmeyer/Blasche, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 240 Rn. 7; Widmann/Mayer/Weiler, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.8.2018, § 193 Rn. 47.

321 Vgl. Widmann/Mayer/Weiler, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.8.2018, § 193 Rn. 48; wegen des Risikos aus § 172 Abs. 4 HGB auch, wenn der Minderjährige oder Betreute Kommanditist wird.

322 Vgl. Kallmeyer/Blasche, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 233 Rn. 16; § 240 Rn. 7; Lutter/Göthel, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 233 Rn. 49 f.; § 240 Rn. 23; BeckOGK UmwG/Simons, Stand 1.1.2021, § 193 Rn. 17; Widmann/Mayer/Vossius, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.8.2017, § 233 Rn. 36; Widmann/Mayer/Weiler, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.8.2018, § 193 Rn. 48; Schmitt/Hörtnagl/Winter, UmwG, 9. Aufl. 2020, § 193 Rn. 10; Kallmeyer/Zimmermann, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 193 Rn. 13; Böhringer NotBZ 2014, 121 (125).

323 In diese Richtung Böhringer NotBZ 2014, 121 (125).

dungsangebot durch Übertragung der Anteile nach den allgemeinen Regeln erfüllt werden kann,³²⁴ spricht nichts dagegen, auch in Zukunft von einem Genehmigungserfordernis nach § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E für diese „Verfügung“, die zur Veräußerung der Gesellschaftsanteile führt, auszugehen. Ist hingegen nur ein Ausscheiden möglich (§ 29 Abs. 1 S. 3 UmwG),³²⁵ dürfte sich im Hinblick auf Sinn und Zweck ebenfalls ein Genehmigungserfordernis ergeben, da der Minderjährige oder Betreute aufgrund seiner Entscheidung für den Austritt seines Anteils verlustig geht, auch wenn das Ausscheiden streng genommen keine „Verfügung“ darstellt.

6. Fehlerfolge

Wird die Umwandlung ohne die erforderliche gerichtliche Genehmigung eingetragen, bleibt die Wirksamkeit der Eintragung wegen § 20 Abs. 2 UmwG unberührt,³²⁶ was einen erheblichen Unterschied zu den üblichen Folgen einer unterlassenen Beteiligung des Familien- oder Betreuungsgerichts darstellt.

XI. Gesellschaftervereinbarungen

Die Genehmigungsbedürftigkeit etwaiger Erwerbs- oder Veräußerungspflichten in Gesellschaftervereinbarungen – bspw. Verkaufs- oder Ankaufsoptionen oder Mitveräußerungsrechte und -pflichten³²⁷ – richtete sich bislang nach den allgemeinen Erwägungen zu § 1822 Nr. 3 Var. 1, 2 BGB; in Zukunft wird § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E demnach eine Genehmigung erforderlich machen, ohne dass es für einen Erwerb auf die Entgeltlichkeit oder bei einer GmbH auf eine entsprechende Beteiligungshöhe ankäme.

XII. Unternehmensverträge

Bei Abschluss eines Unternehmensvertrags dürfte ein Zustimmungsbeschluss unter Beteiligung eines Minderjährigen oder Betreuten nicht der gerichtlichen Genehmigung bedürfen. Ein Genehmigungserfordernis wegen eines etwa satzungsändernden Charakters wird mit der hM zur Genehmigungsbedürftigkeit von Gesellschaftsvertragsänderungen nicht bestehen – sodass man der Frage nach dem Rechtscharakter der Zustimmungsbeschlüsse nicht nachzugehen braucht.³²⁸ Auch eine Genehmigungsbedürftigkeit wegen einer Verfügung über das Erwerbsgeschäft der abhängigen Gesellschaft wird ausscheiden: Denn den allein wirtschaftlichen Zuordnungswechsel durch etwaige Gewinnabführungs- und Verlustausgleichspflichten sowie Weisungsrechte mit einem Erwerb oder einer Veräußerung gleichzustellen, dürfte mit einer formalen Auslegung nicht mehr vereinbar sein. In Zukunft wird mit Blick auf § 1852 BGB-E nichts anderes zu gelten haben.

XIII. Veräußerung des Vermögens im Ganzen

Für einen zustimmenden Beschluss der Gesellschafter zur Veräußerung des Vermögens der Gesellschaft im Ganzen – gleich ob Wirksamkeitsvoraussetzung im Außenverhältnis oder nur im Innenverhältnis erforderlich³²⁹ – wurde bisher teilweise ein Genehmigungserfordernis nach § 1822 Nr. 3 Var. 2 BGB angenommen, da es sich um eine „Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts“ handele – bei Kapitalgesellschaften jedenfalls, sofern die Beteiligung an der Gesellschaft wirtschaftlich einer Beteiligung an dem Erwerbsgeschäft entspreche.³³⁰ Ob diese Ansicht mit Blick auf § 1852 Nr. 1 lit. a) BGB-E aufrechterhalten werden kann, bleibt abzuwarten. Die Unterscheidung in § 1852 Nr. 1 BGB-E zwischen Verfügungen über ein Erwerbsgeschäft und denjenigen über Anteile an Gesellschaften, die ein Erwerbsgeschäft betreiben, wird man wohl so deuten müssen, dass die Verfügung über ein von einer Gesellschaft betriebenes Erwerbsgeschäft nicht der gerichtlichen Genehmigung nach § 1852 Nr. 1 lit. a) BGB-E bedarf, da danach nur Verfügungen des Minderjährigen oder Betreuten als unmittelbarem Inhaber des Erwerbsgeschäfts der Genehmigung unterliegen. Die gesellschaftsrechtlich vermittelte Inhaberschaft des Minderjährigen oder Betreuten an dem Erwerbsgeschäft wird hingegen allein von § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E erfasst, nach dem nur Verfügungen über Gesellschaftsanteile der Genehmigung unterworfen sind. Daraus würden sich aber Schutzlücken ergeben.

D. Zusammenfassung

Das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts wird nicht unerhebliche Veränderungen mit sich bringen. So wird die Gleichstellung von Personen- und Kapitalgesellschaften in § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB-E dazu führen, dass sich die Überlegungen zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise erübrigen und Verfügungen über Beteiligungen an Kapitalgesellschaften in größerem Umfang der gerichtlichen Genehmigung bedürfen. Der Wegfall des Entgeltlichkeitserfordernisses bringt ein Genehmigungserfordernis auch für Schenkungen mit sich, zum Beispiel bei der vorweggenommenen Erbfolge, was sich allerdings bei Personengesellschaften angesichts der bisherigen Rechtsprechung weniger stark auswirken dürfte. Aus den Veränderungen in § 1854 Nr. 4 BGB-E wird sich ergeben, dass einer Betrachtung der Haftungsverhältnisse bei Gründung und bei Anteilsübertragungen kein Gewicht mehr zukommt, was die Wahl zwischen den Rechtsformen (insbesondere GbR und KG) beeinflussen könnte und für die Genehmigungsbedürftigkeit von Kapital- und bestimmten Umwandlungsmaßnahmen von Belang sein wird. Letztlich erlangt dadurch die Abgrenzung von privater Vermögensverwaltung und Erwerbsgeschäft noch größere Bedeutung. ■

324 Semler/Stengel/Kalss, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 29 Rn. 32; Schmitt/Hörtnagl/Winter, UmwG, 9. Aufl. 2020, § 29 Rn. 12.

325 BeckOGK UmwG/Rieder, Stand 1.1.2021, § 29 Rn. 32; Schmitt/Hörtnagl/Winter, UmwG, 9. Aufl. 2020, § 29 Rn. 14.

326 Widmann/Mayer/Vossius, UmwR, 188. Lfg., Stand 1.5.2019, § 43 Rn. 110.

327 Dazu zB Thelen RNotZ 2020, 121 (131 ff.).

328 Vgl. BGH NJW 1989, 295 (296) („gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag, der satzungsgleich den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft ändert“); MüKoAktG/Altmeppen, 5. Aufl. 2020, § 291 Rn. 40 f.; Emmerich/Habersack/Emmerich, KonzernR, 9. Aufl. 2019, § 291 AktG Rn. 25 ff.; BeckOGK AktG/Veill/Walla, Stand 19.10.2020, § 291 Rn. 29 f.

329 Zu § 179 a AktG bei der AG vgl. bspw. Grigoleit/Ehmann, AktG, 2. Aufl. 2020, § 179 a Rn. 4; BeckOGK AktG/Holzborn, Stand 19.10.2020, § 179 a Rn. 17; der BGH (NJW 2019, 1512) hält § 179 a AktG bei der GmbH nicht für entsprechend anwendbar, wohl aber einen Gesellschafterbeschluss im Innenverhältnis für erforderlich; vgl. Giedinghagen/Keller NJW Spezial 2019, 271; Heinze NJW 2019, 1995; Müller NZG 2019, 807; für Personengesellschaften ist unklar, ob ein Zustimmungsbeschluss nur im Innenverhältnis vorliegen muss oder auch im Außenverhältnis als Wirksamkeitsvoraussetzung erforderlich ist (vgl. BGH NJW 1995, 596; Hüren RNotZ 2014, 77 (88 f.); Meier DNotZ 2020, 246).

330 Wilde GmbHR 2010, 123 (128).

1. Liegenschaftsrecht – Kein Anspruch auf Erteilung einer Löschungsbewilligung für eine Zwangshypothek nach Restschuldbefreiung

(BGH, Urteil vom 10.12.2020 – IX ZR 24/20)

BGB §§ 875 Abs. 1, 1137 Abs. 1 S. 2, 1147, 1163 Abs. 1 S. 2, 1168, 1169

InsO § 301

VerglO § 82 Abs. 2

ZPO §§ 867, 868, 894 S. 1

ZVG § 10 Abs. 1 Nr. 4

Die Restschuldbefreiung begründet keinen Anspruch auf Erteilung einer Löschungsbewilligung hinsichtlich einer vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetragenen Zwangshypothek.

Zur Einordnung

Die gegenständliche Entscheidung behandelt die Frage, ob ein Eigentümer, dem nach Durchlaufen eines Insolvenzverfahrens Restschuldbefreiung erteilt wurde, vom Gläubiger einer vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetragenen Zwangshypothek die Erteilung einer Löschungsbewilligung verlangen kann.

Will ein Gläubiger wegen einer titulierten Geldforderung in unbewegliches Vermögen vollstrecken, so kann dies nach seiner Wahl durch Zwangsversteigerung, Zwangsverwaltung oder Eintragung einer Zwangshypothek erfolgen (vgl. § 866 ZPO). Die Zwangshypothek ermöglicht dem Gläubiger dabei nur die Sicherung seiner Forderung, nicht aber deren Erfüllung (vgl. Musielak/Voit/Flockenhaus, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 867 Rn. 1). Sie entsteht durch Eintragung im Grundbuch, die auf Antrag des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 2160; ihre Mindesthöhe beträgt dabei EUR 750,01, § 866 Abs. 3 ZPO). Die Zwangshypothek ist stets Sicherungshypothek (§ 866 Abs. 1 ZPO) und unterliegt damit einer gesteigerten Akzessorietät: Die Geltendmachung der Hypothek hängt stets vom Bestand und der Einredfreiheit der Forderung ab; insbesondere ist einem Zessionar die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs verwehrt (vgl. § 1185 BGB sowie MüKoBGB/Lieder, 8. Aufl. 2020, BGB § 1169 Rn. 3).

Während Einwendungen stets unmittelbar einen Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB begründen (vgl. Staudinger/Wolfsteiner [2019], BGB § 1169 Rn. 5, 10), findet bei Einreden § 1169 BGB Anwendung: Danach kann der Eigentümer vom Gläubiger dann den Verzicht auf die Hypothek verlangen, wenn ihm eine Einrede zusteht, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen ist. Die Norm schützt den Eigentümer somit vor einer Blockierung seines Grundstücks mit Grundpfandrechten, die nicht mehr durchgesetzt werden können (vgl. BeckOK BGB/Rohe, 56. Ed. 1.11.2020, BGB § 1169 Rn. 1); anstelle des Verzichts kann dabei auch die Abgabe einer Aufhebungserklärung nebst Löschungsbewilligung verlangt werden (vgl. MüKoBGB/Lieder, 8. Aufl. 2020, BGB § 1169 Rn. 9). Voraussetzung für den Verzichts- bzw. Aufhebungsanspruch ist das Bestehen einer Einrede, die dauerhafter Natur ist: Dies ist etwa der Fall für die Einrede der rechtsgrundlosen Berei-

cherung in Bezug auf die Hypothek (§§ 812, 821 BGB), die Einrede, dass das dingliche Recht aus unerlaubter Handlung erlangt wurde, die Einrede des Rücktritts oder der Minderung sowie bei einer von einem Gläubiger einer Zwangshypothek eingegangenen Verpflichtung, aus dem Titel nicht mehr zu vollstrecken (vgl. Staudinger/Wolfsteiner [2019], BGB § 1169 Rn. 7 mwN). Zu beachten ist zudem, dass nach der Wertung des Gesetzgebers bestimmte (dauernde) Einreden ausdrücklich vom Anwendungsbereich des § 1169 BGB ausgenommen sind, wie etwa die Einrede der beschränkten Erbenhaftung (§ 1137 S. 2 BGB), die Einrede der Verjährung (§ 216 Abs. 1 BGB) sowie die Einrede der Herabsetzung der persönlichen Forderung im Insolvenzplanverfahren (vgl. MüKoBGB/Lieder, 8. Aufl. 2020, BGB § 1169 Rn. 5); in diesen Fällen soll die Hypothek den Ausfall der Forderung gerade kompensieren.

Eine vergleichbare Sonderregelung hat der Gesetzgeber auch für die Restschuldbefreiung vorgesehen: Die Restschuldbefreiung – die nach § 301 Abs. 1 S. 1 InsO gegenüber allen Insolvenzgläubigern wirkt – führt nach § 301 Abs. 3 InsO zwar nicht zum Erlöschen der Forderung, wandelt diese aber in eine nicht durchsetzbare unvollkommene Verbindlichkeit (vgl. Kayser/Thole/Waltenberger, InsO, 10. Aufl. 2020, § 301 Rn. 3). Dabei statuiert § 301 Abs. 2 S. 1 InsO eine ausdrückliche Durchbrechung des Akzessorietätsgrundsatzes für Rechte der Insolvenzgläubiger, die im Insolvenzverfahren zur abgesonderten Befriedigung berechtigen: Auf diese Sicherheiten können Gläubiger auch nach der Restschuldbefreiung weiter zugreifen (vgl. Kayser/Thole/Waltenberger, InsO, 10. Aufl. 2020, § 301 Rn. 1). Ob auch Zwangshypotheken von der Regelung erfasst werden, war bislang höchststrichterlich nicht entschieden. Die Literatur bejahte dies jedoch mit Verweis auf den Wortlaut sowie die Tatsache, dass der BGH auch die Vorgängerregelung des § 193 S. 2 KO zum Zwangsvergleich auf Zwangshypotheken erstreckte (vgl. Rein VIA 2020, 32; K. Schmidt/Henning, InsO, 19. Aufl. 2016, § 301 Rn. 10).

Im Streitfall hatte der BGH nun Gelegenheit, diese Frage zu beantworten. Im Einklang mit der Literatur und dem vorinstanzlichen OLG Koblenz bejahte der Senat die Anwendbarkeit des § 301 Abs. 2 S. 1 InsO auf die Zwangshypothek, da sie ebenso wie die rechtsgeschäftliche Hypothek nach § 49 InsO zur abgesonderten Befriedigung berechtigt.

Die Entscheidung ruft die Grundlagen des Hypothekenrechts in Erinnerung und kommt zu einem konsequenten Ergebnis. Für die Praxis ist darauf hinzuweisen, dass der zugrunde liegende Sachverhalt eher einen Sonderfall darstellt, da dingliche Sicherheiten im Zeitpunkt des Anspruchs der Restschuldbefreiung zumeist bereits verwertet sein dürften (vgl. Kayser/Thole/Waltenberger, InsO, 10. Aufl. 2020, § 301 Rn. 13).

Die Schriftleitung (JW)

Zum Sachverhalt:

[1] Am 20. März 2003 ließ die Beklagte im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens wegen offener Gewerbesteuerforderungen in Höhe von 50.122,27 € eine Zwangssicherungshypothek an einem Grundstück des Klägers eintra-

gen. Mit Beschluss vom 13. Juni 2010 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Klägers eröffnet. Am 10. Juni 2016 wurde dem Kläger die Restschuldbefreiung erteilt. Der Kläger verlangt nunmehr von der Beklagten die Erteilung einer Löschungsbewilligung hinsichtlich der Zwangssicherungshypothek, weil die durch sie gesicherte Forderung auf Dauer nicht mehr durchsetzbar sei. Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag auf Erteilung der Löschungsbewilligung weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist ohne Erfolg

[2] Die Revision bleibt ohne Erfolg.

Auffassung des Berufungsgerichts

I.

[3] Nach Ansicht des Berufungsgerichts (vgl. MDR 2020, 631) hat sich die Restschuldbefreiung nicht auf die streitgegenständliche Zwangshypothek ausgewirkt. Diese bestehe vielmehr gemäß § 301 Abs. 2 Satz 1 InsO fort. Die Zwangshypothek berechtige im Insolvenzverfahren zur abgesonderten Befriedigung gemäß § 49 InsO. Sie unterstehe sich insoweit nicht von einer rechtsgeschäftlich bestellten Hypothek. Anhaltspunkte dafür, dass eine Zwangshypothek nicht unter die Ausnahmeregelung des § 301 Abs. 2 Satz 1 InsO falle, gebe es nicht. Ob der Insolvenzverwalter das Grundstück freigegeben habe, sei unerheblich.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung stand

II.

[4] Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

Anspruchsgrundlage ist § 1169 BGB

[5] 1. Grundlage des Begehrens des Klägers ist § 1169 BGB. Nach dieser Vorschrift kann der Grundstückseigentümer vom Hypothekengläubiger verlangen, auf die Hypothek zu verzichten, wenn ihm eine Einrede zusteht, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird. Statt eines Verzichts gemäß § 1168 BGB, durch welchen die Hypothek auf den Eigentümer übergeht, kann der Eigentümer nach seiner Wahl auch die Bewilligung der Löschung der Hypothek gemäß § 875 Abs. 1 BGB verlangen, denn der Hypothekengläubiger wird hierdurch nicht zusätzlich belastet (RGZ 91, 218, 226). Mit der Rechtskraft eines stattgebenden Urteils gilt die Löschungsbewilligung als erteilt (§ 894 Satz 1 ZPO).

Dessen Voraussetzungen sind aber nicht erfüllt

[6] 2. Die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 1169 BGB sind jedoch nicht erfüllt. Die dem Kläger gewährte Restschuldbefreiung steht einer Geltendmachung der vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetragenen Zwangshypothek nicht entgegen.

§ 1169 BGB setzt eine dauernde Einrede voraus

[7] a) Voraussetzung einer Zwangshypothek ist ein vollstreckbarer Titel des Gläubigers gegen den Schuldner, der regelmäßig zugleich auch der Grundstückseigentümer ist. Die Sicherungshypothek wird auf Antrag des Gläubigers in das Grundbuch eingetragen. Die Eintragung wird auf

dem vollstreckbaren Titel vermerkt. Mit der Eintragung entsteht die Hypothek (vgl. § 867 Abs. 1 Satz 1 und 2 ZPO). Die Zwangshypothek ist eine Sicherungshypothek im Sinne von § 1184 BGB. Als solche ist sie streng akzessorisch. Das Recht des Vollstreckungsgläubigers aus der Hypothek bestimmt sich nur nach der Forderung. Erlischt die Forderung nach Eintragung der Hypothek, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek als Eigentümerhypothek (§ 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB). Ebenso kann der Eigentümer in den Grenzen des § 767 Abs. 2, § 796 Abs. 2 ZPO die ihm als dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden gelten machen (§ 1137 Abs. 1 BGB). Das sind grundsätzlich alle Einreden, die den Schuldner berechtigen, die Befriedigung der Forderung auf Dauer oder für eine bestimmte Zeit zu verweigern, etwa die Einrede der Stundung, des Zurückbehaltungsrechts oder des nicht erfüllten Vertrages.

Bei bestimmten dauernden Einreden greift § 1169 BGB aber gerade nicht ein

[8] b) Es gibt jedoch auch Einreden und Einwendungen gegen die gesicherte Forderung, die einer Inanspruchnahme der Hypothek gerade nicht entgegenstehen. In diesen Fällen soll die Sicherung als solche zum Tragen kommen, die Hypothek den Ausfall der Forderung also gerade kompensieren. So kann sich der Eigentümer nach dem Tod des Forderungsschuldners nicht wie dessen Erben auf die beschränkte Erbenhaftung berufen (§ 1137 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Einrede der Verjährung steht ihm ebenfalls nicht zu (§ 216 Abs. 1 BGB). Die Herabsetzung der Forderung durch einen Zwangsvergleich (§ 193 Satz 2 KO) oder einen Vergleich (§ 82 Abs. 2 VerglO) nach altem Recht konnte der Eigentümer ebenso wenig geltend machen. Im Insolvenzverfahren berechtigt die Hypothek nach Maßgabe des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung zur abgesonderten Befriedigung (§ 49 InsO), obwohl die durch die Hypothek gesicherte persönliche Forderung nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgt werden kann (§ 87 InsO) und eine Befriedigung im Wege der Einzelzwangsvollstreckung nicht möglich ist (§ 89 InsO). In allen genannten Fällen hatte oder hat der Eigentümer die Zwangsvollstreckung aus der Hypothek in das belastete Grundstück zu dulden, ohne sich auf die mangelnde Durchsetzbarkeit der gesicherten Forderung berufen zu können.

Nach § 301 Abs. 2 S. 1 InsO werden die Rechte der Insolvenzgläubiger aus einem Recht, das im Insolvenzverfahren zur abgesonderten Befriedigung berechtigt, durch die Restschuldbefreiung nicht berührt

[9] c) Die Restschuldbefreiung dient dazu, den Schuldner von seinen im Insolvenzverfahren über sein Vermögen nicht befriedigten Verbindlichkeiten zu befreien (§ 1 Satz 2, § 286 InsO). Sie wirkt gegen alle Insolvenzgläubiger (§ 301 Abs. 1 Satz 1 InsO). Die Restschuldbefreiung führt, wie sich insbesondere aus § 301 Abs. 3 InsO ergibt, nicht zum Erlöschen der von ihr betroffenen Forderung. Diese wird vielmehr zu einer unvollkommenen Verbindlichkeit, zu einer Naturalobligation, die weiterhin erfüllbar, aber nicht erzwingbar ist (BT-Drucks. 12/2443, S. 194 zu § 250 InsO-E; BGH, Beschluss vom 25. September 2008 – IX ZB 205/06, WM 2008, 2219 Rn. 11; vom 3. Dezember 2009 – IX ZB 247/08, BGHZ 183, 258 Rn. 36; Urteil vom 22. März 2018 – IX ZR 163/17, WM 2018, 909 Rn. 19; Beschluss vom 18. Juni 2020 – IX ZB 46/18, WM 2020, 1313 Rn. 19). Eine Hypothek, die eine Insolvenzforderung sichert, geht folglich durch die Erteilung der Restschuldbefreiung nicht gemäß § 1163 Abs. 1

Satz 2 BGB auf den Eigentümer über. Gemäß § 301 Abs. 2 Satz 1 InsO werden die Rechte der Insolvenzgläubiger aus einem Recht, das im Insolvenzverfahren zur abgesonderten Befriedigung berechtigt, durch die Restschuldbefreiung auch im Übrigen nicht berührt. Die Hypothek berechtigt zur Befriedigung aus dem belasteten Grundstück (vgl. § 1113 Abs. 1 BGB). Im Insolvenzverfahren berechtigt sie gemäß § 49 InsO zur abgesonderten Befriedigung.

§ 301 Abs. 2 S. 1 InsO gilt auch für die Zwangshypothek

[10] d) Für eine Zwangshypothek gilt insoweit nichts anderes als für rechtsgeschäftlich bestellte Hypotheken. Sie fällt ebenfalls unter § 49 InsO (vgl. etwa MünchKomm-InsO/Ganter, 4. Aufl., § 49 Rn. 55, 69; HK-InsO/Lohmann, 10. Aufl., § 49 Rn. 3, 20; vgl. auch BGH, Urteil vom 19. Januar 2006 – IX ZR 232/04, BGHZ 166, 74 Rn. 13). Die Zwangshypothek ist ein Recht an einem Grundstück gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG (vgl. etwa Böttcher, ZVG, 6. Aufl., § 10 Rn. 49), nach den Vorschriften des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung also, auf das § 49 InsO verweist. Damit unterfällt sie § 301 Abs. 2 Satz 1 InsO. Sie bleibt von der Restschuldbefreiung unberührt. Der Gläubiger kann aus ihr während des Insolvenzverfahrens, nach Freigabe des Grundstücks durch den Verwalter, nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens und auch nach Erteilung der Restschuldbefreiung vollstrecken.

[11] e) Die Einwände der Revision und diejenigen des Klägers in den Vorinstanzen greifen nicht durch.

§ 301 Abs. 2 S. 1 InsO statuiert eine ausdrückliche Abweichung vom Grundsatz der Akzessorietät

[12] aa) Der Grundsatz der Akzessorietät von Hypothek und gesicherter Forderung gilt nur, soweit § 301 Abs. 2 Satz 1 InsO keine abweichende Regelung trifft.

[13] bb) Entgegen der vorinstanzlich geäußerten Rechtsansicht des Klägers bedarf der Gläubiger einer Zwangshypothek keines Duldungstitels, soweit er sich im Wege der Zwangsversteigerung befriedigen will. Gemäß § 867 Abs. 3 ZPO genügt hierfür der vollstreckbare Titel, soweit auf ihm die Eintragung der Hypothek vermerkt ist. Wenn es diese Vorschrift nicht gäbe oder wenn der Gläubiger die Hypothek in anderer Weise als im Wege der Zwangsversteigerung verwerten will, ändert sich im Ergebnis nichts. Der Gläubiger kann gemäß § 1147 BGB aus der Hypothek auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück klagen. Einer Durchsetzung der persönlichen Forderung, die nach der Erteilung der Restschuldbefreiung nicht mehr möglich wäre, bedarf es nicht.

[14] cc) Die Vorschrift des § 868 ZPO ist im Falle der Erteilung der Restschuldbefreiung schließlich ebenfalls nicht anwendbar. Nach dieser Vorschrift erwirbt der Eigentümer des Grundstücks die Zwangshypothek, wenn die zu vollstreckende Entscheidung oder ihre vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben worden ist. Gegenüber § 868 ZPO ist § 301 Abs. 2 Satz 1 InsO die speziellere Vorschrift. Sie besagt ausdrücklich, dass die Rechte aus einer Hypothek – auch einer Zwangshypothek – von der Erteilung der Restschuldbefreiung unberührt bleiben.

[15] 3. Ob und in welcher Höhe die zur Tabelle angemeldeten und vom Insolvenzverwalter festgestellten Zins- und sonstigen Nebenforderungen durch die Zwangshypothek gesichert sind, bedarf hier keiner Entscheidung. Gegenstand des Rechtsstreits ist die Frage, ob die Beklagte zur Erteilung einer Löschungsbewilligung verpflichtet ist. Das ist, wie gezeigt, nicht der Fall. ■

2. Liegenschaftsrecht – Zur Erforderlichkeit eines Erbscheins bei Grundbuchberichtigung aufgrund notariellen Testaments mit Scheidungsklausel

(KG, Beschluss vom 29.10.2020 – 1 W 1463/20)

BGB §§ 2077, 2268
GBO § 35

Der Senat hält daran fest, dass eine in einem öffentlichen Ehegattentestament enthaltene Scheidungsklausel, wonach u. a. bereits der Antrag auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe die Unwirksamkeit des Testaments zur Folge haben soll, für sich keine Zweifel an dem behaupteten Erbrecht zu begründen vermag, die das Verlangen des Grundbuchamts nach Vorlage eines Erbscheins rechtfertigen könnten (Fortführung von Senat, Beschluss vom 13. November 2012 – 1 W 382/12 – FamRZ 2013, 1073; entgegen OLG München, ZEV 2016, 401; OLG Naumburg, FamRZ 2019, 1656).

Zur Einordnung

Notarielle Verfügungen von Todes wegen haben gegenüber eigenhändigen Testamenten zahlreiche Vorteile (vgl. dazu insgesamt Kölner FormularHB ErbR/Bous, 3. Aufl. 2020, Kap. 2 Rn. 5 ff.): Zu nennen sind etwa die Aufklärung, Beratung und präzise Formulierung durch den Notar, die Prüfung der Geschäftsfähigkeit des Erblassers, die gewährleistetete spätere Auffindbarkeit der Verfügung sowie deren Schutz vor Fälschung und Vernichtung. Darüber hinaus kommt der notariellen Verfügung eine erhöhte Beweiskraft insbesondere im Grundbuchverfahren zu: Grundsätzlich hat der Nachweis der Erbfolge hier durch Erbschein oder Europäisches Nachlasszeugnis zu erfolgen (§ 35 Abs. 1 S. 1 GBO). Beruht die Erbfolge jedoch auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt nach § 35 Abs. 1 S. 2 GBO die Vorlage dieser Verfügung nebst Eröffnungsprotokoll. Notarielle Verfügungen von Todes wegen machen damit grundsätzlich eine spätere Erbscheinsbeantragung überflüssig und führen so oftmals zu einer nicht unerheblichen Kosten- und Zeitersparnis (vgl. Rechenbeispiele bei Kölner FormularHB ErbR/Bous, 3. Aufl. 2020, Kap. 2 Rn. 8 ff.).

Ergibt sich die Erbfolge aus einer notariellen Verfügung von Todes wegen, so hat das Grundbuchamt diese nach Form und Inhalt zu prüfen (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 788; Bauer/Schaub/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 35 Rn. 135). Es hat auch bei rechtlich schwierigen Fragen die Verfügung selbständig auszulegen und die gesetzlichen Auslegungsregeln anzuwenden (vgl. BeckOK GBO/Wilsch, 41. Ed. 1.2.2021, GBO § 35 Rn. 104). Die Vorlage eines Erbscheins bzw. Nachlasszeugnisses darf das Grundbuchamt dabei nur dann verlangen, wenn sich bei der Prüfung des Erbrechts begründete (konkrete) Zweifel ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den tatsächlichen Willen des Erblassers oder sonstige tatsächliche Verhältnisse geklärt werden können (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020 Rn. 788). Nicht ausreichend ist dagegen das Bestehen lediglich abstrakter Möglichkeiten, die das aus der Verfügung hervorgehende Erbrecht nur unter besonderen Umständen in Frage stellen können, wie etwa pauschal behauptete Zweifel an der Testierfähigkeit oder die auf bloße Vermutungen gestützte Möglichkeit, dass die Verfügung später aufgehoben oder geändert

sein könnte (vgl. Bauer/Schaub/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 35 Rn. 141 ff. mwN).

Fraglich ist in diesem Zusammenhang die Behandlung notarieller Verfügungen von Ehegatten, denn diese unterliegen zumeist entweder der gesetzlichen Auslegungsregel nach § 2077 BGB oder enthalten ausdrücklich vereinbarte Scheidungsklauseln. Hier ist zu differenzieren: Greift mangels Scheidungsklausel alleine die Auslegungsregel nach § 2077 BGB, so ist anerkannt, dass ohne das Hinzutreten weiterer konkreter Anhaltspunkte lediglich eine abstrakte Möglichkeit der Unwirksamkeit der Verfügung besteht, die keine Vorlage weiterer Nachweise rechtfertigt (vgl. KG NJOZ 2013, 1168; Weber MittBayNot 2017, 164 [165]; Lange ZEV 2009, 371 [373]; DNotl-Report 2006, 181 [182]). Enthält die Verfügung dagegen eine über die Auslegungsregel des § 2077 BGB hinausgehende (erweiternde) Scheidungsklausel, wonach etwa bereits die Stellung des Scheidungsantrags durch einen Ehegatten die Unwirksamkeit der Verfügung bewirkt, so sind die Konsequenzen streitig: Das KG und Teile der Literatur sind auch in diesen Konstellationen der Auffassung, dass das Grundbuchamt ohne besondere Anhaltspunkte keinen weiteren Nachweis verlangen darf (vgl. KG NJOZ 2013, 1168; Bauer/Schaub/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 35 Rn. 145; Weber MittBayNot 2017, 164 [165]; Volmer ZEV 2016, 402 [403]). Dagegen sehen insbesondere das OLG München und das OLG Naumburg eine Nachweislücke, denn es handele sich im Falle erweiternder Scheidungsklauseln nicht mehr um eine bloß entfernte Möglichkeit der Unwirksamkeit der Verfügung; diese Lücke sei etwa durch eidesstattliche Versicherung des überlebenden Ehegatten zu überwinden (vgl. OLG München ZEV 2016, 401; OLG Naumburg RNotZ 2019, 546 m. Einordn. d. Schriftl.).

Im Streitfall hatte nun das KG erneut über eine erweiternde Scheidungsklausel zu entscheiden und hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest. Alleine der Umstand hoher Scheidungsquoten ändere nach Auffassung des Senats nichts daran, dass es auch bei einer erweiternden Scheidungsklausel konkreter Anhaltspunkte für die Unwirksamkeit der Verfügung bedarf, um weitere Nachweise zu verlangen.

Die Entscheidung ist aus Praxissicht zu begrüßen; jedoch dürfte angesichts der entgegenstehenden Rechtsprechung des OLG München und des OLG Naumburg weiterhin mit lokal unterschiedlichen Handhabungen durch die Grundbuchämter zu rechnen sein. Geht das Grundbuchamt im Einzelfall von einer Nachweislücke aus, so kann diese etwa durch eidesstattliche Versicherung oder eine Bescheinigung des zuständigen Familiengerichts geschlossen werden (vgl. OLG Naumburg RNotZ 2019, 546 m. Einordn. d. Schriftl.; vgl. insgesamt zum Nachweis von Negativtatsachen auch Völzmann RNotZ 2012, 380).

Die Schriftleitung (JW)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Der Beteiligte und seine am ... 2019 verstorbene Ehefrau sind seit dem ... 1982 zu je ½ als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

[2] Die Eheleute errichteten am 18. Mai 2006 zur UR-Nr. ... der Notarin ... in B. ein Testament, worin sie sich gegenseitig zu „alleinigen Vollerben“ einsetzten. Unter IV. der Urkunde heißt es wörtlich:

„Für den Fall, dass unsere Ehe vor dem Tode eines Ehegatten aufgelöst oder Klage auf Aufhebung erhoben oder die Scheidung der Ehe beantragt wurde oder im Falle der Zustimmung zur Scheidung durch den Erblasser selbst, sollen die hier getroffenen Verfügungen ihrem ganzen Inhalt nach unwirksam sein, und zwar unabhängig davon, wer von uns beiden den Antrag auf Scheidung gestellt oder Klage auf Aufhebung erhoben hat.“

[3] Unter dem 30. August 2020 hat der Beteiligte unter Beifügung beglaubigter Ablichtungen des Eröffnungsprotokolls des Nachlassgerichts vom 21. Oktober 2019 sowie der UR-Nr. ... die Berichtigung des Grundbuchs beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Verfügung vom 1. September 2020 unter Fristsetzung die Vorlage eines Erbscheins erfordert. Die Tatsache, dass die Ehe weder aufgelöst noch Scheidungsklage eingereicht wurde und damit das Testament unwirksam ist, lasse sich mit grundbuchtauglichen Mitteln nicht nachweisen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten vom 12. Oktober 2020, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 16. Oktober 2020 nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet

[4] Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO, und hat auch in der Sache Erfolg. Die angefochtene Zwischenverfügung des Grundbuchamts ist nicht veranlasst, weil das darin aufgezeigte Eintragungshindernis nicht besteht, vgl. § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GBO.

Der Nachweis der Erbfolge ist grundsätzlich durch Erbschein zu führen

[5] Die Berichtigung einer unrichtigen Grundbucheintragung erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 GBO, wenn die Unrichtigkeit durch öffentliche Urkunden, § 29 GBO, nachgewiesen wird, § 22 Abs. 1 GBO. Bei Unrichtigkeit des Grundbuchs wegen des Todes eines Berechtigten ist der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen, § 35 Abs. 1 S. 1 GBO.

Etwas anderes gilt grundsätzlich bei Vorliegen einer notariellen Verfügung von Todes wegen

[6] Beruht die Erbfolge aber auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, genügt es in der Regel, wenn an Stelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden, § 35 Abs. 1 S. 2 HS. 1 GBO. Das Grundbuchamt hat eine solche Verfügung von Todes wegen dahin zu überprüfen, ob sich aus ihr das von dem Antragsteller behauptete Erbrecht ergibt. Es hat die Verfügung in eigener Verantwortung auszulegen, auch wenn es sich um die Klärung rechtlich schwieriger Fragen handelt. Die Pflicht zu eigener Auslegung entfällt allerdings dann, wenn für diese erst zu ermittelnde tatsächliche Umstände maßgebend sind (vgl. Senat, Beschluss vom 23. Juni 2020 – 1 W 1276/20 – juris).

Dabei können entfernte abstrakte Möglichkeiten, die das aus der Urkunde hervorgehende Erbrecht nur unter besonderen Umständen in Frage stellen, nicht das Verlangen nach Vorlegung eines Erbscheins rechtfertigen

[7] Entfernte abstrakte Möglichkeiten, die das aus der Verfügung hervorgehende Erbrecht nur unter ganz beson-

deren Umständen in Frage stellen, können hingegen das Verlangen nach Vorlegung eines Erbscheins wiederum nicht rechtfertigen (Demharter, GBO, 31. Aufl., § 35, Rn. 39). Das wird im Rahmen der in §§ 2268 Abs. 1, 2077 Abs. 1 BGB enthaltenen gesetzlichen Auslegungsregeln angenommen (Krause, in: Meikel, GBO, 11. Aufl., § 35, Rn. 119; DNotI-Report 2006, 181, 182). Danach wird ein gemeinschaftliches Testament seinem ganzen Inhalt nach unwirksam, wenn die Ehe vor dem Tod des Erblassers aufgelöst worden ist oder der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes unter jeweils bestimmten weiteren Voraussetzungen die Scheidung der Ehe beantragt, ihr zugestimmt oder den Antrag auf Auflösung der Ehe gestellt hatte. Liegen keine konkreten Anhaltspunkte für eine Scheidung oder ihr gleichstellende Anträge vor, kann das Grundbuchamt keinen Erbschein verlangen. Ansonsten wäre verheirateten Personen ein Nachweis im Rahmen des § 35 Abs. 1 S. 2 GBO nicht möglich (DNotI-Report, a.a.O.).

Dies gilt nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats – entgegen der Auffassung anderer Oberlandesgerichte – auch bei Vorliegen einer (erweiternden) Scheidungsklausel

[8] Der Senat hat bereits entschieden, dass dies bei einer sich an den Voraussetzungen der §§ 268 Abs. 1, 2077 Abs. 1 BGB orientierenden Scheidungsklausel in einem Ehegattentestament nicht anders ist (Senat Beschluss vom 13. November 2012 – 1 W 382/12 – FamRZ 2013, 1073, 1074). Das ist von anderen Oberlandesgerichten bei solchen Klauseln anders gesehen worden, die von gesetzlichen Auslegungsregeln des § 2077 Abs. 1 BGB – erweiternd – abweichen. Da Ehescheidungen alles andere als selten vorkämen, sei die Stellung eines Antrags auf Scheidung keine ganz entfernte, bloß auf theoretischen Überlegungen beruhende Möglichkeit (OLG München, ZEV 2016, 401, 402; OLG Naumburg, FamRZ 2019, 1656, 1657).

[9] Eine solche erweiternde Klausel liegt hier vor, denn das gemeinschaftliche Testament sollte u. a. bereits bei einer Klage auf Aufhebung oder einem Antrag auf Scheidung der Ehe seinem ganzen Inhalt nach unwirksam sein. Das geht über § 2077 Abs. 1 S. 2 oder 3 BGB hinaus. Nach den gesetzlichen Auslegungsregeln genügen entsprechende Anträge allein nicht. Zusätzlich müssen die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe im Zeitpunkt des Todes des Erblassers gegeben sein, § 2077 Abs. 1 S. 2 BGB, bzw. der Erblasser zur Zeit seines Todes berechtigt gewesen sein, die Aufhebung der Ehe zu beantragen, § 2077 Abs. 1 S. 3 BGB. Der Entscheidung des Senats vom 13. November 2012 (a.a.O.) lag inhaltlich keine andere Scheidungsklausel zugrunde. Dort sollten ebenfalls allein Anträge auf Scheidung bzw. Aufhebung der Ehe die Unwirksamkeit des notariellen gemeinschaftlichen Testaments zur Folge haben.

Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest; auch hohe Scheidungsquoten ändern nichts daran, dass es auch bei einer (erweiternden) Scheidungsklausel konkreter Anhaltspunkte für die Unwirksamkeit des Ehegattentestaments bedarf

[10] Der Senat hält nach nochmaliger Prüfung an seiner in der Entscheidung vom 13. November 2012 zum Ausdruck gekommenen Auffassung fest. Allein der Umstand hoher Scheidungsquoten ändert nichts daran, dass es auch bei einer Scheidungsklausel wie der vorliegenden konkreter Anhaltspunkte für die Unwirksamkeit des Ehegattentestaments bedarf. Hohe Scheidungsquoten beruhen auf ent-

sprechenden gerichtlichen Entscheidungen, § 1564 BGB. Solche Quoten lassen aber nicht den Schluss auf entsprechend hohe Zahlen von Anträgen zu, in denen es letztlich nicht zur Scheidung gekommen ist, sei es etwa wegen Antragsrücknahme oder Erledigung durch den Tod eines der Ehegatten. Solche Verfahren bleiben in den Statistiken des Statistischen Bundesamtes unberücksichtigt (vgl. Genesisonline, Statistik 12631). Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass während einer bestehenden Ehe ein solcher Antrag einmal gestellt worden ist. Gleichwohl handelt es sich doch immer noch um nicht mehr als eine abstrakte Möglichkeit, die den durch § 35 Abs. 1 S. 2 GBO zum Ausdruck kommenden Wert eines notariellen Testaments nicht zu schmälern vermag (Reymann, in: jurisPK-BGB, 2020, § 2268, Rn. 23; Weber, MittBayNot 2017, 163, 165; Volmer, ZEV 2016, 402, 403).

[11] Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass nichts Anderes gelten kann, wenn eine Scheidungsklausel den Inhalt der gesetzlichen Auslegungsregeln lediglich wiederholt.

[12] Im vorliegenden Fall liegen konkrete Anhaltspunkte weder für eine Auflösung der Ehe vor dem Tod der Ehefrau des Beteiligten noch für die Stellung eines Scheidungs- oder Aufhebungsantrags durch einen von ihnen vor.

[13] Die Zulassung der Rechtsbeschwerde, § 78 Abs. 2 S. 1 GBO, kommt trotz Abweichung von den Entscheidungen der Oberlandesgerichte München und Naumburg mangels Beschwer des Beteiligten, dessen Rechtsmittel Erfolg hat, nicht in Betracht (Senat, Beschluss vom 28. Februar 2012 – 1 W 41/12 – juris; Demharter, a.a.O., § 78, Rn. 6.1). ■

3. Liegenschaftsrecht – Zur Zusammenfassung von Reallasten bzw. Vorkaufsrechten bei Zusammenlegung von Wohnungserbbaurechten

(*OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 21.12.2020 – I-3 Wx 200/19, mitgeteilt durch *Notar Dr. Christian Hartmann*, Jüchen)

BGB §§ 133, 157, 877, 890

GBO § 29

GG Art. 140

WRV Art. 137 Abs. 5

Reichskonkordat Art. 13

Gesetz über die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens § 1 Abs. 1

1. Bei der Vereinigung zweier in je hälftigem Miteigentum stehender, gleichförmig mit Erbbauzinsreallasten und Vorkaufsrechten für den Grundstückseigentümer (Fabrikfonds in der Katholischen Kirchengemeinde ...) belasteter, baulich zu einer Wohnung zusammengelegter Wohnungserbbaurechtseinheiten („2“ und „3“) können Reallast und Vorkaufsrecht jeweils als einheitliches Recht auf der Einheit „2/3“ eingetragen werden, ohne dass es einer Neubestellung oder Nachbelastungen mit Rangrücktrittserklärung bereits eingetragener Berechtigter bedarf.
2. Zur Auslegung einer vom Vorsitzenden des Kirchenvorstandes und zwei seiner Mitglieder mit Genehmungsvermerk des erzbischöflichen Generalvikariats als kirchlicher Aufsichtsbehörde erklärten Genehmigung notarieller Grundbucheklärungen eines voll-

machtlosen Vertreters als Erklärung nicht für die Kirchengemeinde, sondern für den Fabrikfonds in der Katholischen Kirchengemeinde.

Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des OLG Düsseldorf betrifft die Möglichkeit der einheitlichen Eintragung einer je zusammengefassten Erbbauzinsrealast und eines Vorkaufsrechtes für den Grundstückseigentümer bei Vereinigung zweier Wohnungserbbaurechtseinheiten.

§ 890 BGB sieht zwei Möglichkeiten vor, mehrere Grundstücke im Rechtssinne (dazu zählen – jedenfalls bei Verbindung untereinander – auch Wohnungs- und Teileigentum, Erbaurechte und Wohnungserbbaurechte, vgl. etwa Staudinger/Picker, BGB, Neubearb. 2019, § 890 Rn. 18 ff. mwN) zu einem einzigen Grundstück zu verbinden: Die Vereinigung (Abs. 1) und die Bestandteilszuschreibung (Abs. 2). Materiell-rechtlich genügt jeweils eine formlose Erklärung des Eigentümers, verfahrensrechtlich ist allerdings über § 30 GBO die Form des § 29 GBO zu beachten (vgl. nur Schöner/Stöber, GrundbuchR, 16. Aufl. 2020, Rn. 628 u. 655 mwN). Weiterhin darf die Verbindung nur erfolgen, wenn Verwirrung nicht zu besorgen ist (§§ 5 f. GBO). Wann genau das der Fall ist, ist im Einzelnen umstritten (vgl. ausführlich BeckOGKBGB/Hertel, Stand 1.10.2019, § 890 Rn. 48 ff.; Staudinger/Picker, BGB, Neubearb. 2019, § 890 Rn. 14). Eine Verbindung soll nach der GBO jedenfalls dann unterbleiben, wenn die Einzelgrundstücke mit unterschiedlichen oder in unterschiedlicher Rangfolge eingetragenen Grundpfandrechten oder Reallasten belastet sind (§§ 5 Abs. 1 S. 2, 6 Abs. 2 GBO), wobei es auf den Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch ankommt (OLG Hamm RNotZ 2015, 570 m. Einordn. d. Schrftl.; BeckOGKBGB/Hertel, Stand 1.10.2019, § 890 Rn. 50).

Sowohl Vereinigung als auch Bestandteilszuschreibung führen zur Entstehung eines neuen, einheitlichen Grundstücks. In Abteilung II eingetragene Belastungen bleiben unverändert bestehen (vgl. BeckOK GBO/Kral, Stand 1.2.2021, § 5 Rn. 57 u. § 6 Rn. 36; Schöner/Stöber, GrundbuchR, 16. Aufl. 2020, Rn. 624). Ein Unterschied zwischen Vereinigung und Zuschreibung besteht im Hinblick auf Grundpfandrechte: Während bei der Vereinigung keine Änderung der Haftung eintritt, erstrecken sich gem. § 1131 S. 1 BGB die an dem Hauptgrundstück bestehenden Hypotheken (ebenso Grundschulden, vgl. MÜKoBGB/Lieder, 8. Aufl. 2020, § 1131 Rn. 16) auf das zugeschriebene Grundstück (sog. verdeckte Nachverpfändung, vgl. BeckOK BGB/H.-W. Eckert, Stand 1.11.2020, § 890 Rn. 15).

Soll im Zuge einer Vereinigung von Grundstücken eine Belastung des einen auf das andere Grundstück erstreckt werden, kann dies grundsätzlich nicht durch Inhaltsänderung (§ 877 BGB) geschehen. Denn die Erstreckung richtet sich wegen der darin liegenden Erweiterung des Umfangs der Belastung nicht nach § 877 BGB, sondern ist als Neubestellung auf dem anderen Grundstück (§ 873 BGB) zu behandeln (vgl. ausführlich Staudinger/Heinze, BGB, Neubearb. 2018, § 877 Rn. 22 ff.). Allerdings hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit die Zusammenfassung mehrerer Grundpfandrechte zu Gunsten desselben Gläubigers als Inhaltsänderung der bisher selbständigen Rechte qualifiziert (RGZ 145, 47 [49]). Daran anknüpfend sieht das OLG Schleswig bei einer Schließung der Wohnungsgrundbücher die Vereinheitlichung der bisher bestehenden und alle zu Gunsten der gleichen Gläubigerin eingetragenen Grundschulden zu einer einzigen, nun-

mehr auf dem Grundstück lastenden Grundschuld, ebenfalls als Inhaltsänderung an (OLG Schleswig NJW-RR 1991, 848, aA Meyer-Stolte Rpfleger 1991, 150).

Das OLG Düsseldorf kommt in seiner Entscheidung in Fortführung dieser Rechtsprechung zu dem Ergebnis, dass bei Vereinigung zweier Wohnungserbbaurechte die Vereinigung der darauf lastenden Vorkaufsrechte und Erbbauzinsreallasten (letztere als Summe der bisherigen Reallasten) zu Gunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers als Inhaltsänderung eintragungsfähig ist.

Für die notarielle Praxis ist zu beachten, dass gleich- und nachrangig eingetragene Gläubiger einer Inhaltsänderung (im Spezialfall des § 9 Abs. 3 S. 2 ErbbauRG: gleich- und vorrangige Gläubiger; vgl. v. Oefele/Winkler/Schlögel, HB ErbbauR, 6. Aufl. 2016, Rn. 6.284 ff.) ebenso wie einer als Neubestellung zu behandelnden Erweiterung zustimmen müssen, wenn das geänderte bzw. erweiterte Recht den Rang des ursprünglichen Rechts erhalten soll (vgl. etwa DNotI-Gutachten Nr. 93314; Palandt/Herrler, BGB, 80. Aufl. 2021, § 877 Rn. 7; MÜKoBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 877 Rn. 10).

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Der Beteiligte zu 2. ist der Eigentümer des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks, die Beteiligten zu 1. sind je hälftige Miteigentümer der beiden Wohnungserbbaurechte. Letztere sind gleichförmig belastet, nämlich in Abteilung II jeweils mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (lfd. Nr. 1), einer Grunddienstbarkeit (lfd. Nr. 2) sowie der Erbbauzinsrealast unter lfd. Nr. 3 und einem Vorkaufsrecht unter lfd. Nr. 4, je für den jeweiligen Grundstückseigentümer; in Abteilung III sind die Rechte jeweils lastenfrei. Die beiden Wohnungen sind benachbart und wurden bereits durch den errichtenden Bauträger baulich zu einer Wohnung zusammengelegt. Sie wurden durch die Beteiligten zu 1. gemeinsam erworben. Die beiden Einheiten mit den Nummern 2 und 3 sollen auch künftig als eine Einheit genutzt und deshalb zu einer Sondereigentumseinheit vereinigt werden.

[2] Am 30. November 2018 ließen die Beteiligten zu 1. sowie der Beteiligte zu 2., dieser vollmachtlos vertreten, dabei die Beteiligten zu 1. als Eigentümer und der Beteiligte zu 2. als Fabrikfonds bezeichnet, vor dem vertretenden Notar zu UR-Nr. 1168/2018 H unter anderem folgende Erklärungen beurkunden:

„§ 2 Vereinigung von Wohnungseigentum, Inhaltsänderung von Erbbauzinsreallasten und Vorkaufsrechten

(1) Die Eigentümer vereinigen hiermit die beiden vorbezeichneten Wohnungserbbaurechte ... gemäß § 890 Abs. 1 BGB zu einem Wohnungserbbaurecht mit der Nummer „2/3“. Sie sind sich über diese Rechtsänderung einig. [später ergänzt durch Änderungsurkunde: Die neu gebildete Sondereigentumseinheit Nr. 2/3 ist in dem ... Lageplan rot umrandet und mit den Nummern 2 und 3 gekennzeichnet.]

(2) Der Fabrikfonds und der Eigentümer sind sich darüber einig, dass

a) die beiden ... Erbbauzinsreallasten ... zu einem einheitlichen Recht vereinigt werden, und zwar mit der Höhe der Summe beider bisher getrennten Erbbauzinsreallasten,

b) die beiden Vorkaufsrechte für den Grundstückseigentümer ... zu einem einheitlichen Recht vereinigt werden,

die sich jeweils auf das durch Vereinigung der bisherigen Wohnungserbbaurechte entstandene Wohnungserbbau-recht als Belastungsgegenstand beziehen.

§ 3 Zustimmung des Grundstückseigentümers

Der Fabrikfonds in der Katholischen Kirchengemeinde ... stimmt hiermit der Zusammenlegung der beiden Wohnungserbbaurechtseinheiten zu.

§ 4 Grundbucheklärungen

(1) Die Wohnungserbbauberechtigten bewilligen und beantragen,

- a) die Eintragung der Zusammenlegung im Grundbuch,
- b) die Schließung der beiden Wohnungserbbaugrundbücher,
- c) die Anlegung eines neuen Wohnungserbbaugrundbuchblattes für die vertragsgegenständliche Sondereigentums-einheit.

(2) Fabrikfonds und Eigentümer bewilligen und beantragen die Vereinigung der beiden Erbbauzinsreallasten zu einem einheitlichen Recht in Höhe der Summe beider bisherigen getrennten Erbbauzinsreallasten und die Vereinigung beider Vorkaufsrechte zu einem einheitlichen Recht.“

[3] Mit Datum vom 11. Dezember 2018 gaben der Vorsitzende des Kirchenvorstandes und zwei seiner Mitglieder mit Genehmigungsvermerk des erzbischöflichen Generalvikariats als kirchlicher Aufsichtsbehörde eine Genehmigungserklärung ab, die lautete:

„Für die beim Abschluss der Urkunde Nr. 1168/2018 H vom 30. November 2018 des Notars Dr. ... mit Amtssitz in ... vollmachtlos vertretene Katholische Kirchengemeinde ... sind in der vorgenannten Urkunde Erklärungen abgegeben worden.

Die Katholische Kirchengemeinde hat vom Inhalt der vorgenannten Urkunde vollinhaltlich Kenntnis genommen und tritt dieser Urkunde in allen Teilen genehmigend bei.“

[4] Mit Schrift vom 18. Januar 2019 hat der beurkundende Notar die vorbezeichneten Unterlagen zum Vollzug aller Grundbucheklärungen nach § 4 der Urkunde beim Grundbuchamt eingereicht. Nachdem sich dieses zunächst durch eine Hinweisverfügung nach § 28 Abs. 1 FamFG geäußert und sich die Beteiligten hiergegen im Wege einer sodann zurückgenommenen Beschwerde gewehrt hatten, hat das Grundbuchamt die Anträge durch die angefochtene Entscheidung zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt:

[5] Sowohl bei den Reallasten als auch bei den Vorkaufsrechten sei eine Zusammenfassung nur möglich, wenn jeweils eine Nachbelastung mit Rangrücktrittserklärung bereits eingetragener Berechtigten erfolge; ohne diese sei eine Zusammenfassung mehrerer Belastung nur möglich, wenn sie auf einem identischen Belastungsgegenstand im Rang gleich oder unmittelbar nacheinander eingetragen seien, woran es bei einer Vereinigung nach § 890 Abs. 1 BGB fehle. Die vorhandene Zustimmung sei keine des Grundstückseigentümers, nämlich des rechtlich selbständigen Fabrikfonds; eine anderweitige Auslegung der Genehmigungserklärung vom 11. Dezember 2018 komme nicht in Betracht. Die Mängel führten zur Zurückweisung insgesamt, da die Anträge ausdrücklich unter dem Vorbehalt gleichzeitiger Erledigung gestellt worden seien.

[6] Gegen diese Zurückweisung wenden sich die Beteiligten mit ihrem Rechtsmittel.

[7] Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Grundakte Bezug genommen

Aus den Gründen:

II.

[8] Die Sache ist dem Senat infolge der mit weiterem Beschluss des Grundbuchamts vom 14. Oktober 2019 ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, vgl. § 75 GBO.

[9] Das Rechtsmittel ist als unbeschränkte Grundbuchbeschwerde zulässig (§§ 71 Abs. 1, 72, 73 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GBO).

[10] Es hat auch in der Sache Erfolg. Die vom Grundbuchamt gesehenen Eintragungshindernisse bestehen nicht.

Die Reallast bzw. das Vorkaufsrecht können ohne Neubestellung oder Nachbelastung durch Inhaltsänderung als einheitliches Recht eingetragen werden

[11] 1. Reallast und Vorkaufsrecht können mit den von den Antragstellern begehrten Modalitäten jeweils als einheitliches Recht auf der Einheit 2/3 eingetragen werden, ohne dass es einer Neubestellung oder Nachbelastungen bedarf. Ausreichend ist vielmehr die je erklärte Inhaltsänderung nach § 877 BGB.

Bei einer Vereinigung ist zur Belastungserstreckung auf das jeweils andere Grundstück grundsätzlich eine Nachverpfändung erforderlich

[12] Zwar ist richtig, dass sich bei einer Vereinigung nach § 890 Abs. 1 BGB, der – zur selben Gemeinschaft gehörende Wohnungseigentumsrechte (BGHZ 146, 241 ff. – juris-Version Tz. 11) und damit (§ 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG) – auch die hier gegebenen Wohnungserbbaurechte zugänglich sind, die Belastungen auf den Einzelrechten von Gesetzes wegen auf diese beschränkt bleiben und nicht etwa – sei es als Gesamt-, sei es als einheitliches Recht – das vereinigte Recht ergreifen (statt aller: Palandt-Herrler, BGB, 79. Aufl. 2020, § 890 Rn. 4); soll eine Belastung auf den neu hinzugekommenen Teil erstreckt werden, ist das ein rechtsgeschäftlicher Vorgang, der als Pfanderstreckung oder Nachverpfändung den Regeln der Neubestellung der Belastung folgt (Staudinger-Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2019, Einl. zu §§ 1113 ff. Rn. 225; § 1114 Rn. 9). Auch wird vertreten (dazu und zum Folgenden: Staudinger-Heinze, BGB, Neubearb. 2018, § 877 Rn. 8 und 22-36 m. umfangr. Nachw.), dass alle Rechtsgeschäfte, die den Umfang eines Liegenschaftsrechts erweitern sollen, aus dem Anwendungsbereich des § 877 BGB herausfallen und als Begründung eines neuen Rechts begriffen werden müssen; dieser Ansicht ist ersichtlich das Grundbuchamt gefolgt und hat sich dabei zumindest der Sache nach insbesondere den Ausführungen von Meyer-Stolte in Rechtspfleger 1991, S. 150 f. angeschlossen. Damit wird jedoch das Problem der sogenannten rechtserweiternden Inhaltsänderung jedenfalls bei Sachverhalten nicht erschöpft, bei denen die zu vereinigenden Teile vollständig gleichartig und dem Rang nach einander entsprechend belastet sind und keine den in Rede stehenden Belastungen gleich- oder nachrangigen belastenden Rechte vorhanden sind, so dass sich, da die Rechtsstellung vorangehender Berechtigter unberührt bleibt, Fragen der Erforderlichkeit einer Zustimmung anderer Berechtigter nicht stellen.

Verschiedentlich hat die Rechtsprechung bestimmte Erweiterungen des Rechtsumfangs als Inhaltsänderung aufgefasst

[13] Die Rechtsprechung hat bestimmte Erweiterungen des Rechtsumfangs als Inhaltsänderung behandelt. So handele es sich um eine Änderung des Inhalts der Belastung, wenn ein Grundpfandrecht an einem Miteigentumsanteil nach Erwerb des Alleineigentums durch den Inhaber dieses Anteils auf das gesamte Grundstück ausgedehnt werden soll (vgl. RGZ 68, 79 ff.). Ferner ist entscheiden worden: Werde das Wohnungseigentum aufgehoben, das Wohnungsrundbuch geschlossen und ein neues Grundstücksgrundbuch gebildet, könnten die auf verschiedenen Anteilen lastenden Grundschulden zu einer Einheitsgrundschuld vereinigt werden, wenn es sich um im Rang einander entsprechende Grundpfandrechte derselben Gläubigerin handele; die Umwandlung von Einzelpfandrechten, die letztlich lediglich ihre Selbständigkeit aufgaben, in ein Einheitsgrundpfandrecht bedeute lediglich eine Inhaltsänderung (OLG Schleswig NJW-RR 1991, 848 f.).

Hier geht es nicht um eine Erweiterung des Rechtsumfangs, sondern um die bloße Aufgabe der Selbständigkeit der Einzelrechte

[14] Im zu beurteilenden Fall gibt es keine gleich- oder nachrangigen Belastungen der beiden einzelnen Einheiten; Rangentsprechung und Gläubigeridentität sind bei den Reallasten wie auch bei den Vorkaufsrechten gegeben. Danach geht es auch hier nicht nur bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise, sondern auch bei rechtlicher Sicht nicht um eine Erweiterung des Rechtsumfangs, sondern allein um eine Aufgabe der Selbständigkeit von Einzelrechten, dies nicht anders als bei der Zusammenfassung mehrerer, im Rang gleichstehender oder unmittelbar aufeinanderfolgender Belastungen desselben Gläubigers auf demselben Grundstück zu einem einheitlichen Recht. Dem wird die Gegenmeinung nicht gerecht, denn nach ihr münden die Nachbelastungen und Zusammenfassungen auf den ehemals getrennten Einheiten in ein Gesamtrecht, nicht aber in ein Einheitsrecht auf der neugebildeten Einheit (in diesem Sinne ausdrücklich Meyer-Stolte a.a.O., S. 151, re. Sp.).

Die Genehmigung des vollmachtlos vertretenen Fabrikfonds liegt vor

[15] 2. Die Genehmigung des vollmachtlos vertretenen Beteiligten zu 2. liegt vor.

Der Kirchenvorstand vertritt sowohl die katholische Kirchengemeinde als auch den Fabrikfonds

[16] Der Senat hatte sich in der Vergangenheit wiederholt und eingehend mit Kirchengemeinden, Pfarrgemeinden, Fabrikfonds oder Pfarrfonds im Grundstücksverkehr zu befassen (in: Rpfleger 2012, 684 f.; 2018, 442 ff; sowie Beschluss vom 8. Januar 2019 in Sachen I-3 Wx 34/17). An seinen bislang entwickelten Grundsätzen hält er fest. Danach gilt unter anderem: Nicht nur nach kirchlichem, sondern auch nach staatlichem Recht sind sowohl Katholische Kirchengemeinden (diese als Körperschaften des öffentlichen Rechts, Artt. 140 GG, 137 Abs. 5 WRV, 13 Reichskonkordat) als auch Fabrikfonds (bzw. Kirchenfabriken) selbständige mit Rechtsfähigkeit ausgestattete Rechtsträger, und der Kirchenvorstand einer Katholischen Kirchengemeinde verwaltet und vertritt sowohl diese selbst als auch den Fabrikfonds als verselbständigte Vermögensmasse, vgl. § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens vom 24. Juli 1924.

Die Genehmigungserklärung ist auslegungsbedürftig und auslegungsfähig

[17] Danach ist die Erklärung vom 11. Dezember 2018 auslegungsbedürftig, aber auch auslegungsfähig. Allerdings sind bei der Auslegung von Grundbucheintragungen der das Grundbuchverfahren beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen (§ 29 GBO) zu berücksichtigen. Eine Auslegung kommt daher nur in Betracht, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt, wobei auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen ist, wie sie sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Urkunde ergibt (Senat 2018 und 2019, je a.a.O. m.w.Nachw.).

Die Falschbezeichnung des Vertretenen war ohne weiteres als solche erkennbar

[18] Da hier der Kirchenvorstand eine Erklärung abgegeben hat, stellt sich die Frage, für welches der beiden durch ihn vertretbaren Zurechnungsendsubjekte er dies tat. Das ist dem Wortlaut nach die Kirchengemeinde. Dem unbefangenen Leser der Eintragungsunterlagen drängt sich indes ohne weiteres der als Deutung nächstliegende Schluss auf, dass es sich dabei um eine Fehlbezeichnung handeln und der Beteiligte zu 2. gemeint sein müsse. Denn die Erklärung ist ausdrücklich als Genehmigungserklärung bezeichnet; dafür, dass bereits darin ein Irrtum liege, spricht nichts. Sie bezieht sich auf in einer bestimmten, genau bezeichneten notariellen Urkunde abgegebene Erklärungen. Dort hatte aber einzig der Beteiligte zu 2. Erklärungen abgegeben, nicht die Kirchengemeinde, dementsprechend war auch nur der Beteiligte zu 2. vollmachtlos vertreten worden; sogar materiell war nicht jene, sondern allein dieser als Grundstückseigentümer betroffen. Dies führt – aus Sicht des Senats zwingend – zur Auslegung, genehmigt würden die für den Beteiligten zu 2. vollmachtlos abgegebenen Erklärungen. Dass auch der kirchlichen Aufsichtsbehörde die Falschbezeichnung nicht auffiel, kann das Ergebnis nicht erschüttern oder gar widerlegen; auch dieser können Flüchtigkeiten unterlaufen.

III.

[19] Im Hinblick auf den Erfolg des Rechtsmittels ist weder eine Kostenentscheidung, noch eine Wertfestsetzung veranlasst, und ein Grund für die Zulassung der Rechtsbeschwerde besteht jedenfalls deshalb nicht, weil sie mangels – erforderlicher formeller oder materieller (BGH NJW 2016, 250 f.) – Beschwer der Beteiligten nicht zulässigerweise eingelegt werden könnte. ■

4. Erbrecht – Zur Angabe einzelner Nachlassgegenstände im Europäischen Nachlasszeugnis

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.10.2020 – 3 Wx 158/20)

BGB §§ 433, 1371 Abs. 1, 2371
EuErbVO Art. 21 Abs. 1, Art. 67, Art. 68
FamFG §§ 58 ff., § 84

Bei Erbfällen mit Auslandsberührung kommt nach der vom Senat geteilten herrschenden Meinung (vgl. u. a. OLG München ZEV 2017, 580 f.; OLG Nürnberg ZEV 2017, 579 f.) die Angabe einzelner Nachlassgegenstände (hier: Eigentumswohnung in Polen) im Europäischen Nachlasszeugnis unter Anwendung deutschen Erbrechts (Art. 21

Abs. 1 EuErbVO) nicht in Betracht, insbesondere dann nicht, wenn dem Übergang des gesamten Eigentums ein Erbschafts Kauf zugrunde liegt.

Zur Einordnung

Der Beschluss des OLG Düsseldorf betrifft die Frage, ob gem. Art. 68 Buchst. I) EuErbVO einzelne Nachlassgegenstände im Europäischen Nachlasszeugnis angegeben werden dürfen, wenn auf die Erbfolge deutsches Erbrecht anzuwenden ist (grundlegend zum Europäischen Nachlasszeugnis *Schmitz* RNotZ 2017, 269 ff.), insbesondere wenn der Erbe den Vermögensgegenstand zur Hälfte aufgrund eines Erbschafts Kaufvertrags erwarb.

Die hM in Rechtsprechung und Literatur verneint die Möglichkeit, bei Anwendung deutschen Sachrechts auf die Erbfolge einzelne Vermögensgegenstände gem. Art. 68 Buchst. I) EuErbVO im Europäischen Nachlasszeugnis anzugeben (OLG Nürnberg ZEV 2017, 579 f. mAnm Weinbeck; OLG München ZEV 2017, 580 f.; MüKoBGB/Dutta, 8. Aufl. 2020, Art. 63 EuErbVO Rn. 16, 18 und Art. 68 EuErbVO Rn. 9 mwN; Kroiß/Horn/Solomon/Köhler, Nachfolgerecht, 2. Aufl. 2019, Art. 68 EuErbVO Rn. 3; *Schmitz* RNotZ 2017, 269 [282]). Art. 68 Buchst. I) EuErbVO erfasst nur Vermögensgegenstände, die dem Erben mit dinglicher Wirkung „unmittelbar“ zugewiesen sind, weil ihm einzelne Vermögensgegenstände vererbt werden. Dies ist etwa bei einer im deutschen Recht nicht vorgesehenen dinglich wirkenden Teilungsanordnung der Fall. Der Erbschafts Kaufvertrag ist nur eine schuldrechtliche Vereinbarung, die der dinglichen Erfüllung bedarf (MüKoBGB/Musielak, 8. Aufl. 2020, Vor § 2371 Rn. 1; BeckOGK BGB/Grigas, Stand 15.8.2020, § 2371 Rn. 4). Zudem rückt der Erbschaftskäufer nicht in die Erbenstellung des Verkäufers ein. Nur Letzterer darf daher im Erbschein als Erbe genannt werden, nicht jedoch der Erbschaftskäufer (BeckOGK BGB/Grigas, Stand 15.8.2020, § 2371 Rn. 4).

Das OLG Düsseldorf sieht es als unzulässig an, den betroffenen Vermögensgegenstand, eine Immobilie in Polen, bei Anwendung deutschen Sachrechts auf die Erbfolge im Europäischen Nachlasszeugnis anzugeben. Es stützt sich auf die zuvor zitierte Rechtsprechung und hL, insbesondere die Formstrenge des Europäischen Nachlasszeugnisses (Art. 68 EuErbVO), sowie den Charakter des Erbschafts Kaufvertrags. Abschließend erläutert das OLG Düsseldorf, warum die Heranziehung des Urteils des EuGH in der Rechtssache „Mahnkopf“ zur Angabe des erhöhten gesetzlichen Erbteils des Ehegatten im Europäischen Nachlasszeugnis (RNotZ 2018, 250 ff.) zu keinem anderen Ergebnis führt.

Das Urteil unterstreicht die Formstrenge des Europäischen Nachlasszeugnisses, das andere als die in Art. 68 EuErbVO aufgeführten Angaben nicht zulässt. Sofern das zuständige Gericht oder die Behörde eines Mitgliedsstaats ein mit diesen Angaben korrekt ausgestelltes Zeugnis nicht als Erbnachweis ausreichen lässt, muss der Erbe gegebenenfalls gegen diese Entscheidung vor Ort Rechtsmittel einlegen.

Die Schriftleitung (AG)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Auf Antrag der Beteiligten zu 1 stellte das Nachlassgericht am 22. Januar 2018 ein für die Dauer von sechs

Monaten gültiges Europäisches Nachlasszeugnis aus, ausweislich dessen die Beteiligte zu 1 Erbin des Erblassers aufgrund notariell errichteter letztwilliger Verfügung vom 2. Februar 1973 ist. Als weiterer Erbe zu ½ wurde der Beteiligte zu 2 aufgeführt. Bereits am 15. November 2016 hatte der Beteiligte zu 2 mit notariell beurkundetem Vertrag seinen Erbanteil auf die Beteiligte zu 1 übertragen.

[2] Zum Nachlass gehört eine Eigentumswohnung in ... in Polen. Den unter Vorlage des Europäischen Nachlasszeugnisses vom 22. Januar 2018 von der Beteiligten zu 1 gestellten Antrag auf Eintragung als Alleineigentümerin wies das zuständige Gericht in Polen zurück. Nach dem erstinstanzlichen Vorbringen der Beteiligten zu 1 hätten die polnischen Behörden den Grundbesitz nicht dem Nachlass zuordnen können.

[3] Um ihre Eintragung in Polen erreichen zu können, hat die Beteiligte zu 1 am 15. August 2019 beim Nachlassgericht ein Europäisches Nachlasszeugnis beantragt, das den Grundbesitz in Polen ausdrücklich als Nachlassgegenstand aufführt. Mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 13. Februar 2020 hat sie diesen Antrag wiederholt und hilfsweise beantragt, dass zusätzlich zur Angabe ihres Erbteils ein Hinweis auf die Erbteilsübertragung vom 15. November 2016 und seine dingliche Wirkung auf sämtliche Nachlassgegenstände im Nachlasszeugnis aufgenommen werde. Sie meint, trotz der Formstrenge des Europäischen Nachlasszeugnisses sei es möglich und nach Sinn und Zweck des Zeugnisses – die Erleichterung der Durchsetzung von Rechten bei einem Erbfall mit grenzüberschreitendem Bezug – auch geboten, im Zeugnis bestimmte Vermögenswerte anzugeben, die einem bestimmten Erben zustehen sollen. Jedenfalls diene es dem Zweck des Nachlasszeugnisses, wenn eine Erläuterung über die nach deutschem Recht unzweifelhaft eintretende Rechtsfolge des Erbteilsübertragungsvertrages vom 15. November 2016, aufgrund dessen sie auch dingliche Eigentümerin aller Nachlassgegenstände geworden sei, im Zeugnis aufgenommen würde.

[4] Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 9. April 2020 die Anträge vom 13. Februar 2020 zurückgewiesen. Die Aufnahme des Grundbesitzes in das Europäische Nachlasszeugnis sei nicht zulässig, da entsprechende Angaben nicht in Art. 68 EuErbVO vorgesehen seien; insbesondere liege kein Fall der Zuweisung eines Nachlassgegenstandes mit dinglicher Wirkung durch den Erblasser vor, Art. 68 Buchstabe I) EuErbVO, denn nach deutschem Recht liege eine Universalsukzession vor. Mit dem Erbteilskauf erwerbe der Erwerber auch lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf (dingliche) Übertragung des Erbteils im Ganzen. Die Auflistung in Art. 68 EuErbVO sei abschließend. Das entspreche auch der Ratio der Norm, eine in allen Mitgliedsstaaten standardisierte Bescheinigung zu schaffen. Die Vermutungswirkung des Art. 69 EuErbVO gelte für informatorische Angaben im Nachlasszeugnis ohnehin nicht. Es entspreche auch nicht dem Willen des Ordnungsgebers, einzelne Nachlassgegenstände zur Bescheinigung ihrer Nachlasszugehörigkeit im Zeugnis aufzuführen (Erwägung Nr. 71 EuErbVO). Auch die hilfsweise beantragte Aufnahme des Erbteilskaufs sei nicht in Art. 68 EuErbVO vorgesehen. Zwar sei es möglich, eine Erbannahme oder eine Ausschlagung anzugeben; davon unterscheide sich jedoch der Erbteilskauf, der den veräußernden Erben lediglich mit einer Forderung belaste.

[5] Gegen den ihren Verfahrensbevollmächtigten am 24. April 2020 zugestellten Beschluss wendet sich die Be-

teiligte zu 1 mit ihrer am 25. Mai 2020 eingegangenen Beschwerde, mit der sie sowohl ihr Haupt- als auch ihr Hilfsbegehren weiter verfolgt. Sie führt aus, das polnische Gericht habe die Auffassung vertreten, der Erbteilskauf habe die Immobilie in Polen nicht erfasst. Jene Ansicht widerspreche dem richtigerweise anzuwendenden deutschen Recht. Der von ihr begehrte Zusatz im Nachlasszeugnis würde entsprechendes dem polnischen Gericht deutlich machen und die Umschreibung des Eigentums in Polen ermöglichen bzw. erleichtern.

[6] Das Nachlassgericht hat am 10. Juli 2020 einen Nichtabhilfe- und Vorlagebeschluss erlassen. Es hat ausgeführt, soweit das polnische Gericht eine dem anzuwendenden deutschen Recht widersprechende Auffassung vertrete, sei die Beteiligte zu 1 auf das dortige Rechtsmittel zu verweisen.

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

Aus den Gründen:

II.

Das Rechtsmittel ist zulässig, aber unbegründet

[8] Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 1 ist dem Senat infolge der mit weiterem Beschluss vom 10. Juli 2020 ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, § 68 Abs. 1 Satz, 1, 2. Halbsatz FamFG.

[9] Es ist als befristete Beschwerde nach Maßgabe der §§ 58 ff. FamFG statthaft und auch im übrigen zulässig. In der Sache bleibt es ohne Erfolg. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Nachlassgericht sowohl den Haupt- als auch den Hilfsantrag der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Auf die zutreffenden Ausführungen des Nachlassgerichts im angefochtenen Beschluss und im Nichtabhilfebeschluss zu den Gründen, aus denen die von der Beteiligten zu 1 begehrten Ergänzungen nicht im Europäischen Nachlasszeugnis aufgenommen werden können, wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen. Veranlasst sind lediglich folgende ergänzende Anmerkungen:

Der Senat folgt der hM in Rechtsprechung und Literatur, wonach die Angabe einzelner Vermögensgegenstände im Nachlasszeugnis bei Anwendung deutschen Erbrechts nicht in Betracht kommt

[10] Der vom Nachlassgericht eingenommene Rechtsstandpunkt entspricht der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, wonach bei Erbfällen mit Auslandsberührung die Angabe einzelner Nachlassgegenstände im Europäischen Nachlasszeugnis nicht in Betracht kommt, sofern – wie hier (nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO unterliegt die Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort hat) – deutsches Erbrecht zur Anwendung kommt (vgl. OLG Nürnberg ZEV 2017, 579 f., mit Anmerkung von Weinbeck; OLG München ZEV 2017, 580 f.; Münchener Kommentar/Dutta, 8. Aufl. 2020, EuErbVO Art. 63 Rn. 18 und Art. 68 Rn. 9 m.w.N.; Kroiß/Horn/Solomon-Köhler, Nachfolgerecht, 2. Aufl. 2019, Art. 68 EuErbVO Rn. 3). Der Senat sieht insbesondere mit Blick auf die Formstrenge des Art. 68 EuErbVO und die zwingend vorgeschriebene Verwendung des von der EU Kommission vorgegebenen Formulars (vgl. hierzu: BeckOGK/J. Schmidt, Stand: 1. August 2020, Art. 67 EuErbVO Rn. 13; Kroiß/Horn/Solomon-Köhler,

a.a.O., Art. 68 EuErbVO Rn. 1) keinen Anlass, von der herrschenden Meinung abzuweichen.

Auch der Erbschafts Kauf, der schon nicht im Anwendungsbereich der EuErbVO liegt, erlaubt keine Angabe des Vermögensgegenstands

[11] Ergänzend zu den vom Nachlassgericht bereits erwähnten und den entgegenstehenden Motiven des Verordnungsgebers für den Erlass der Erbrechtsverordnung sei auf die amtlichen Erwägungen unter Ziffern 9, 11, 14 und 15 verwiesen, wonach sich der Anwendungsbereich der Verordnung nur auf die zivilrechtlichen Aspekte der Rechtsnachfolge von Todes wegen erstrecken soll (Nrn. 9 und 15). Aus Gründen der Klarheit ausgenommen sein sollen indes Fragen, die als mit Erbsachen zusammenhängend betrachtet werden können (Nr. 11); ebenfalls nicht erfasst sein sollen Rechte oder Vermögenswerte, die auf andere Weise als durch Rechtsnachfolge von Todes wegen entstehen oder übertragen werden (Nr. 14).

[12] Bei dem hier in Rede stehenden Erbschafts Kauf – und nur dieser kommt hier als Grundlage für einen Übergang des gesamten Eigentums an der in Polen gelegenen Wohnung in Betracht – handelt es sich indes nicht um einen Fall der Rechtsnachfolge von Todes wegen, für den der Anwendungsbereich der EuErbVO eröffnet sein soll. Der Erbschafts Kauf des BGB ist vielmehr ein schuldrechtlicher Kaufvertrag, auf den, soweit sich aus §§ 2371 ff. BGB nichts anderes ergibt, die Vorschriften der §§ 433 ff. BGB anwendbar sind. Der Erbschafts Kauf bedarf der sachenrechtlichen Erfüllung. Er ändert insbesondere nichts an der Erbenstellung des Verkäufers, sondern der Käufer tritt nur wirtschaftlich und schuldrechtlich an die Stelle des Verkäufers (vgl. statt aller: BeckOGK/Grigas, Stand: 15. August 2020, § 2371 BGB Rn. 4 ff.). Auch in einem Erbschein, der in Verfahren ohne grenzüberschreitenden Bezug beantragt wird, kann nur der veräußernde Erbe eingetragen werden, der Erwerber eines Erbschafts Kaufs kann nicht aufgeführt werden (BeckOGK/Grigas, a.a.O., § 2371 Rn. 22; BeckOK/Litzenburger, 55. Edition, Stand: 1. August 2020, § 2371 BGB Rn. 22).

Die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Mahnkopf rechtfertigt keine andere Betrachtung

[13] Keine andere Betrachtungsweise rechtfertigt sich nach Auffassung des Senats mit Blick auf die von der Beteiligten zu 1 zitierte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 1. März 2018 – C-558/16 (Mahnkopf), NJW 2018, 1377 ff.). Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs betraf die Frage, ob und wie in einem Europäischen Nachlasszeugnis die aus § 1371 Abs. 1 BGB folgende Erhöhung des Erbteils des überlebenden Ehegatten aufzunehmen ist. Für diesen besonderen Fall hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass § 1371 Abs. 1 BGB in erster Linie die Rechtsnachfolge nach dem Tod eines Ehegatten betreffe und nicht das eheliche Güterrecht. Dementsprechend hat der Europäische Gerichtshof den Anwendungsbereich der EuErbVO für eröffnet gehalten und die Angabe des erhöhten Erbteils des überlebenden Ehegatten im Europäischen Nachlasszeugnis bejaht. Damit vergleichen lässt sich der hier in Rede stehende Erbschafts Kauf jedoch nicht, denn er berührt nicht die Frage der Rechtsnachfolge nach dem Tod des Erblassers und die Rechtsstellung eines Erben sowie seiner Erbensprüche, sondern er begründet ausschließlich ein Rechtsverhältnis zwischen einem Erben und dem Erwerber seines Erbteils und einen schuldrechtlichen Anspruch der Erbwerbers gegenüber dem Erben.

III.

[14] Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. Danach soll das Gericht die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels demjenigen Beteiligten auferlegen, der es eingelegt hat. Für einen Ausnahmefall ist hier nichts ersichtlich.

[15] Für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG besteht kein Anlass.

[16] Die Wertfestsetzung stützt sich auf §§ 61, 40 Abs. 1 Nr. 2 GNotKG und der für die Wertfestsetzung maßgebliche Nachlasswert errechnet sich auf der Grundlage der Angaben der Beteiligten zu 1 im Wertermittlungsbogen vom 6. Februar 2018. ■

5. Steuerrecht – Zum Abzug der anteiligen Instandhaltungsrücklage bei Berechnung der Grunderwerbsteuer

(BFH, Urteil vom 16.9.2020 – II R 49/17)

GrEStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1

WEG a.F. §§ 1 Abs. 3, 10 Abs. 7 S. 1 u. 2, 21 Abs. 5 Nr. 4
WEG n.F. §§ 1 Abs. 3, 9 a, 19 Abs. 2 Nr. 4

Beim rechtsgeschäftlichen Erwerb von Teileigentum ist der vereinbarte Kaufpreis als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht um die anteilige Instandhaltungsrückstellung zu mindern.

Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des BFH befasst sich mit der Frage, ob beim Kauf von Teileigentum die wirtschaftlich auf das Kaufobjekt entfallende Instandhaltungsrücklage aus der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer herauszurechnen ist.

Die durch Zahlungen der Miteigentümer gespeiste Instandhaltungsrücklage (in der Terminologie des WEG: Erhaltungsrücklage, vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 4 WEG; früher: Instandhaltungsrückstellung, vgl. § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG aF) steht der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu (vgl. BGH NZM 2015, 544 [545]; BeckOK WEG/Elzer, Stand 1.1.2021, § 19 Rn. 138). Die Miteigentümer haben hieran keinen Anteil, der Gegenstand einer Verfügung oder Zwangsvollstreckungsmaßnahme sein könnte (Palandt/Wicke, BGB, 77. Aufl. 2018, § 10 Rn. 38; BeckOGK WEG/Karkmann, Stand 1.3.2020, § 21 Rn. 103; Bärmann/Pick/Emmerich, WEG, 20. Aufl. 2020, § 21 Rn. 121; Bärmann/Merle, WEG, 14. Aufl. 2018, § 21 Rn. 146). Ein Miteigentümer ist auch nicht berechtigt, sich die auf ihn wirtschaftlich entfallende Rücklage auszahlen zu lassen (MüKoBGB/Engelhardt, 8. Aufl. 2020, § 21 WEG Rn. 59).

In der notariellen Gestaltungspraxis wird beim Kauf von Wohnungs- oder Teileigentum oftmals ausdrücklich festgehalten, in welcher Höhe die auf das Kaufobjekt anteilig entfallende Instandhaltungsrücklage angespart ist (vgl. etwa die Formulierungen bei BeckNotarHB/Herrler, 7. Aufl. 2019, Kap. 1 § 1 Rn. 989 [Kaufvertrag Eigentumswohnung], Ziff. III.1. Abs. 2; Krauß, Immobilienkaufverträge idP, 8. Aufl. 2017, Rn. 5512 [Standardkaufvertrag »vermietete Eigentumswohnung«], § 3 Abs. 2). Die Relevanz dieser Angabe ergibt sich daraus, dass nach hergebrachter Auffassung der Finanzrechtsprechung (BFH MittRhNotK 1991, 328) wie auch der Literatur (Boruttau/

Loose, GrEStG, 17. Aufl. 2011, § 9 Rn. 108; Pahlke, GrEStG, 6. Aufl. 2018, § 2 Rn. 28) der auf die anteilige Instandhaltungsrücklage entfallende Kaufpreisanteil nicht zur Grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung gehöre und daher aus der Bemessungsgrundlage herauszurechnen sei. Es handle sich nicht um Entgelt zum Erwerb des Sondereigentums, sondern zur Erlangung eines geldwerten Anspruchs auf Bezahlung künftiger Instandhaltungsaufwendungen, und zwar unabhängig vom zivilrechtlichen Charakter der Rücklage (BFH MittRhNotK 1991, 328 [329]; vgl. auch Boruttau/Loose, GrEStG, 17. Aufl. 2011, § 9 Rn. 506). Unter Rückgriff auf die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer durch den BGH (DNotZ 2005, 776) und ihrer damit einhergehenden Inhaberschaft der Instandhaltungsrücklage sprach sich der BFH in einem Urteil aus dem Jahr 2016 gegen die Kürzung der Bemessungsgrundlage aus, wenn eine Eigentumswohnung in der Zwangsversteigerung erworben wird (MittBayNot 2017, 99). Ob dies künftig auch für den rechtsgeschäftlichen Erwerb gelten solle, ließ der BFH ausdrücklich offen (MittBayNot 2017, 99 [100 f.]). In der Literatur wurde nur teilweise davon ausgegangen, dass für Kaufverträge die bisherige, zur Minderung der Bemessungsgrundlage führende Rechtsprechung fortgelte (BeckNotarHB/Rapp, 7. Aufl. 2019, Kap. 1 § 3 Rn. 11; tendenziell auch Fahsel DStR 2016, 1587 [1590 f.]; aA Boruttau/Loose, GrEStG, 19. Aufl. 2018 § 9 Rn. 106; Zweifel auch bei Wälzholz MittBayNot 2017, 9 [18]).

In seinem Urteil verneint der BFH den Abzug der anteiligen Instandhaltungsrücklage bei einem Kaufvertrag über mehrere Teileigentumseinheiten. Entscheidend dafür sei, dass ein Grunderwerbsteuerlich relevanter Rechtsträgerwechsel hinsichtlich der Instandhaltungsrücklage nicht stattfindet.

Für die notarielle Praxis ist relevant, dass die Entscheidung zwar konkret zum Verkauf von Teileigentumseinheiten ergangen ist, die Argumentation des BFH aber nicht spezifisch auf Teileigentum abzielt und außerdem von der bisher zum Verkauf einer Eigentumswohnung ergangenen Senatsentscheidung (MittRhNotK 1991, 328) ausdrücklich Abstand genommen wird (Rn. 19).

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) erwarb mit notariellem Kaufvertrag vom [...] 5.2016 Sondereigentum an vier Gewerbeeinheiten und neun Tiefgaragenstellplätzen in Verbindung mit den Miteigentumsanteilen an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu denen sie gehörten (Teileigentumsrechte). In dem Kaufvertrag heißt es, der Anteil des Verkäufers an den gemeinschaftlichen Geldern (Vorschüsse, Instandhaltungsrücklage usw.) gehe bei Besitzübergang auf den Käufer über. Der Kaufpreis betrug 40.000 €.

[2] Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) setzte die Grunderwerbsteuer mit Bescheid vom 18.5.2016 unter Berücksichtigung des im Vertrag vereinbarten Kaufpreises auf 2.600 € fest.

[3] Mit ihrem Einspruch machte die Klägerin geltend, die Bemessungsgrundlage sei um die Instandhaltungsrücklage von insgesamt 14.815,19 € zu mindern. Bei entsprechender Aufschlüsselung des um die Instandhaltungsrücklage

geminderten Kaufpreises auf die 13 Objekte lägen die Einzelkaufpreise unter der Wertgrenze des § 3 Nr. 1 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) von 2.500 €. Der Einspruch blieb erfolglos.

[4] Ihre Klage stützte die Klägerin zum einen darauf, dass sich die Instandhaltungsrücklage kaufpreismindernd auswirke, zum anderen auf deren ertragsteuerrechtliche Behandlung als Wirtschaftsgut. Zwar sei die Wohnungseigentümergeinschaft nach § 10 des Wohnungseigentumsgesetzes i. d. F. vom 26.3.2007 (BGBl I 2007, 370 – WEG –) mittlerweile teilrechtsfähig und Eigentümerin des Verwaltungsvermögens. Gleichwohl stelle die Beteiligung des Wohnungseigentümers an der Instandhaltungsrücklage ein bilanzierungspflichtiges Wirtschaftsgut dar (Beschluss des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 5.10.2011 – I R 94/10, BFHE 235, 367, BStBl II 2012, 244). Als Geldforderung, die auf den Erwerber übergehe, müsse sie aus der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ausgeschieden werden. Dem entsprechend sei der Kaufpreis beim Verkäuferer anteilig als Verkaufspreis für das Wirtschaftsgut „Instandhaltungsrücklage“ zu behandeln. Das BFH-Urteil vom 2.3.2016 – II R 27/14 (BFHE 253, 271, BStBl II 2016, 619) widerspreche dem nicht, da es zu einem Erwerb in der Zwangsversteigerung ergangen sei.

[5] Das Finanzgericht (FG) wies die Klage ab. Die anteilige Instandhaltungsrückstellung sei Teil des Verwaltungsvermögens der Wohnungseigentümergeinschaft und gehe bei einem Eigentümerwechsel nicht auf den Erwerber über. Ein für die Grunderwerbsteuer als Rechtsverkehrssteuer typischer Rechtsträgerwechsel finde diesbezüglich nicht statt. Dies gelte unabhängig davon, ob der Erwerb durch Meistgebot oder wie vorliegend durch Kaufvertrag erfolge.

[6] Mit ihrer Revision rügt die Klägerin eine Verletzung der §§ 8 Abs. 1 und 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.

[7] Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung, die Einspruchsentscheidung vom 28.7.2016 und den Grunderwerbsteuerbescheid vom 18.5.2016 aufzuheben.

[8] Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

[9] Die Revision ist unbegründet und war daher nach § 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zurückzuweisen. Das FG hat zu Recht entschieden, dass beim Erwerb von Teileigentum der vereinbarte Kaufpreis als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht um die anteilige Instandhaltungsrückstellung zu mindern ist.

Eine Teileigentumseinheit ist ein Grundstück im Grunderwerbsteuerlichen Sinne

[10] 1. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG unterliegt der Grunderwerbsteuer u. a. ein Kaufvertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übereignung eines inländischen Grundstücks begründet.

[11] Gegenstand des steuerbaren Verpflichtungsgeschäfts ist nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GrEStG ein Grundstück im Sinne des bürgerlichen Rechts. Gemäß § 1 Abs. 3 WEG ist Teileigentum das Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen eines Gebäudes in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört; für jeden Miteigentumsanteil wird ein besonderes Grundbuchblatt angelegt (§§ 3 Abs. 1

und 7 Abs. 1 WEG). Teileigentum unterfällt damit dem Grundstücksbegriff des Grunderwerbsteuergesetzes (vgl. für Wohnungseigentum BFH-Urteil vom 30.7.1980 – II R 19/77, BFHE 131, 100, BStBl II 1980, 667).

Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ist der Kaufpreis als Gegenleistung des Käufers

[12] 2. Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ist gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG die Gegenleistung.

[13] a) Bei einem Grundstückskauf gilt nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG als Gegenleistung der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen und der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen. Danach gehören alle Leistungen des Erwerbers zur Grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistung (Bemessungsgrundlage), die dieser nach den vertraglichen Vereinbarungen gewährt, um das Grundstück zu erwerben (BFH-Urteil vom 25.4.2018 – II R 50/15, BFHE 262, 169, BStBl II 2018, 602, Rz. 13, m. w. N.).

[14] b) Beim Erwerb von Teileigentum ist der vereinbarte Kaufpreis als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht um die anteilige Instandhaltungsrückstellung zu mindern.

Eine Aufteilung des Kaufpreises ist geboten, wenn der Kaufvertrag auch Gegenstände umfasst, deren Erwerb nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt

[15] aa) Nach dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ist grundsätzlich der Kaufpreis als Bemessungsgrundlage anzusetzen. Eine Aufteilung des Kaufpreises entsprechend den Grundsätzen zur Aufteilung einer Gesamtgegenleistung ist nur dann geboten, wenn der Kaufvertrag Gegenstände umfasst, deren Erwerb nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt (vgl. BFH-Urteil vom 9.10.1991 – II R 20/89, BFHE 165, 548, BStBl II 1992, 152). Leistungen des Erwerbers, die nicht den der Grunderwerbsteuer unterliegenden Rechtsvorgang betreffen, insbesondere also für eine andere Leistung aufgewendet werden als für die Verpflichtung, Besitz und Eigentum an dem Grundstück zu verschaffen, scheiden folglich aus der Gegenleistung i.S. der §§ 8 Abs. 1 und 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG aus (BFH-Urteil vom 6.12.2017 – II R 55/15, BFHE 261, 58, BStBl II 2018, 406, Rz. 12, m.w.N.).

Die Instandhaltungsrücklage gehört zum Vermögen der teilrechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft

[16] bb) Die anteilige Instandhaltungsrückstellung ist Teil des Verwaltungsvermögens der Wohnungseigentümergeinschaft (§ 10 Abs. 7 Satz 1 WEG; Merle in Bärman, Wohnungseigentumsgesetz, 14. Aufl., § 21, Rz. 146) und damit nicht Vermögen des Wohnungseigentümers, sondern Vermögen eines anderen Rechtssubjekts (BFH-Urteil in BFHE 253, 271, BStBl II 2016, 619, Rz. 13).

[17] (1) Die Wohnungseigentümergeinschaft ist ein vom jeweiligen Mitgliederbestand unabhängiger teilrechtsfähiger und parteifähiger Verband sui generis (vgl. BFH-Urteil in BFHE 253, 271, BStBl II 2016, 619, Rz. 14, m.w.N.). Ihr gehört nach § 10 Abs. 7 Satz 1 WEG das Verwaltungsvermögen. Dieses besteht aus den im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gesetzlich begründeten und rechtsgeschäftlich erworbenen Sachen und Rechten sowie den entstandenen Verbindlichkeiten (§ 10 Abs. 7 Satz 2 WEG).

Ein Übergang der anteiligen Instandhaltungsrücklage auf den Käufer ist ausgeschlossen

[18] (2) Eine ordnungsmäßige, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer entsprechende Verwaltung erfordert nach § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG auch die Ansammlung einer angemessenen Instandhaltungsrückstellung, die zum Verwaltungsvermögen zählt. Die Instandhaltungsrückstellung i.S. des § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG, bei der es sich nicht um eine Rückstellung im bilanztechnischen Sinne handelt, ist die Ansammlung einer angemessenen Geldsumme, die der wirtschaftlichen Absicherung künftig notwendiger Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen am Gemeinschaftseigentum dient und die im Wesentlichen durch Beiträge der Wohnungseigentümer angesammelt wird (Merle in Bärmann, a.a.O., § 21 Rz. 144, 147). Sie bleibt bei einem Eigentümerwechsel Vermögen der Wohnungseigentümergeinschaft. Anders als das Zubehör eines Grundstücks i.S. des § 97 Abs. 1 Satz 1, § 98 Nr. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt (vgl. BFH-Beschluss vom 3.6.2020 – II B 54/19, BFH/NV 2020, 1174, Rz. 8), kann damit die (anteilige) Instandhaltungsrückstellung beim Eigentumserwerb durch Rechtsgeschäft auch bei entsprechender Einigung von Veräußerer und Erwerber über den Übergang der Instandhaltungsrückstellung nicht auf den Erwerber übergehen.

Ein Rechtsträgerwechsel findet insoweit nicht statt

[19] (3) Ein für die Grunderwerbsteuer als Rechtsverkehrsteuer typischer Rechtsträgerwechsel findet bezüglich der Instandhaltungsrückstellung nicht statt. Die Wohnungseigentümer haben keinen Anteil am Verwaltungsvermögen, über den sie verfügen können (BFH-Urteil in BFHE 253, 271, BStBl II 2016, 619, Rz. 16, m.w.N.). Auch wenn die Vertragsparteien vereinbart haben, dass ein Teil des Kaufpreises „für die Übernahme des in der Instandhaltungsrückstellung angesammelten Guthabens“ geleistet wird, und der Instandhaltungsrückstellung im Kaufvertrag folglich ein eigenständiger Wert zugemessen wurde, handelt es sich dabei nicht um Aufwand für die Übertragung einer geldwerten nicht unter den Grundstücksbegriff des Grunderwerbsteuergesetzes fallenden Vermögensposition (anders noch zum WEG a. F. BFH-Urteil in BFHE 165, 548, BStBl II 1992, 152, unter II.a). Ein rechtsgeschäftlicher Erwerb dieser Position ist zivilrechtlich nicht möglich (Loose in Boruttau, Grunderwerbsteuergesetz, 19. Aufl., § 9 Rz. 106).

Der Erwerber wendet auch das wirtschaftlich auf die anteilige Instandhaltungsrücklage entfallende Entgelt dazu auf, das Grundstück zu erwerben

[20] (4) Vor diesem Hintergrund gehört auch das Entgelt, das der Erwerber bei wirtschaftlicher Betrachtung für die anteilige Instandhaltungsrücklage aufwendet, zu denjenigen Leistungen, die er nach Maßgabe des BFH-Urteils in BFHE 262, 169, BStBl II 2018, 602 gewährt, um das Grundstück zu erwerben. Unbeachtlich ist dabei, wie die Instandhaltungsrücklage ertragsteuerrechtlich zu behandeln ist.

Dass der Erwerber kraft Gesetzes Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft wird, führt zu keinem anderen Ergebnis

[21] cc) Auch der mit dem Eigentumsübergang des Teileigentums verbundene gesetzliche Übergang der Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft auf den Erwerber rechtfertigt es nicht, die Bemessungsgrund-

lage der Grunderwerbsteuer um die anteilig auf das Teileigentum entfallende Instandhaltungsrückstellung zu mindern.

[22] (1) Die Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft begründet kraft Gesetzes eine schuldrechtliche Sonderrechtsbeziehung, aus der sich eine Vielzahl von Rechten und Pflichten ergibt, die untrennbar mit dem Sondereigentum an der Wohnung und dem Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum verbunden sind (BFH-Urteil in BFHE 253, 271, BStBl II 2016, 619, Rz. 18, m.w.N.). Zu den Rechten des einzelnen Eigentümers gehört z.B. der Anspruch gegenüber der Gemeinschaft auf pflichtgemäße Ermessensentscheidung, ob größere Reparaturarbeiten aus der Instandhaltungsrückstellung bezahlt werden sollen oder ob insoweit eine Sonderumlage erhoben wird (Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 27.3.2003 – 2Z BR 37/03, Zeitschrift für Miet- und Raumrecht 2003, 694, unter II.2.b(1), m.w.N.; Reichel-Scherer in Herberger/Martinek/Rußmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 21 WEG Rz. 357; vgl. ferner Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25.9.2015 – V ZR 244/14, BGHZ 207, 99, Rz. 22).

[23] (2) Bei einer Veräußerung des Teileigentums wird der Erwerber mit Einigung der Beteiligten über den Eintritt der Rechtsänderung und Eintragung ins Grundbuch Eigentümer des Teileigentums (§ 4 Abs. 1 WEG) und kraft Gesetzes zugleich Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft. Die Mitgliedschaft kann für sich allein nicht Gegenstand einer gesonderten Veräußerung sein. Soweit sie überhaupt einen bezifferbaren Wert hat, ist die entsprechende Leistung des Erwerbers untrennbarer Bestandteil dessen, was er aufwendet, um das Grundstück zu erwerben.

[24] 3. Das FG ist rechtsfehlerfrei von den dargelegten Maßstäben über die Berücksichtigung der Instandhaltungsrückstellung ausgegangen und hat ihren Abzug bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage zu Recht abgelehnt.

[25] 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO. ■

6. Berufsrecht – Zum berechtigten Sicherungsinteresse bei einer Verwahrung

(BGH, Urteil vom 16.11.2020 – NotSt(Brfg) 2/19)

BeurkG a.F. § 54 a Abs. 2 Nr. 1

BeurkG § 57 Abs. 2 Nr. 1

1. Dem Notar steht bei der Prüfung der Frage, ob ein berechtigtes Sicherungsinteresse für eine Hinterlegung von Geld auf einem Notaranderkonto besteht, ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu.
2. Dementsprechend kommt ein Einschreiten der Dienstaufsicht nur in eindeutigen Fällen in Betracht, etwa wenn der Notar seinen Beurteilungsspielraum ersichtlich nicht ausgeübt oder überschritten hat oder sich allein von dem nicht berechtigten Wunsch der Beteiligten hat leiten lassen. Der Aufsichtsbehörde ist es verwehrt, ihr eigenes Beurteilungsermessen an die Stelle desjenigen des Notars zu setzen.

Zur Einordnung

Gegenstand des nachfolgend abgedruckten Urteils ist eine Disziplinarverfügung im Zusammenhang mit mehreren von einem Notar übernommenen Verwahrungsgeschäften. Die Dienstaufsicht beanstandete, dass der Notar bei Verträgen verschiedener Art die Zahlung der Gegenleistung ganz oder teilweise über ein Notaranderkonto abgewickelt, obwohl kein berechtigtes Sicherungsinteresse vorgelegen habe.

Gem. § 57 Abs. 2 BeurkG (§ 54 a Abs. 2 BeurkG aF) darf der Notar Geld zur Verwahrung nur unter den dort geregelten Voraussetzungen entgegennehmen, insbesondere wenn für die Verwahrung ein berechtigtes Sicherungsinteresse der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen besteht. Durch diese Anforderung wollte der Gesetzgeber der „formulärmäßig“ vorgesehenen Verwahrung entgegenwirken und die Anzahl der Verwahrungsgeschäfte reduzieren, vor allem bei Grundstückskaufverträgen die direkte Abwicklung der Kaufpreiszahlung als Standard einführen. Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung und der hL steht dem Notar bei der Prüfung, ob ein berechtigtes Sicherungsinteresse vorliegt, ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu (KG RNotZ 2019, 492 ff.; OLG Frankfurt BeckRS 2014, 16741; OLG Celle RNotZ 2011, 367 [371]; OLG Rostock BeckRS 2010, 27067; Frenz/Miermeister/Hertel, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 57 Rn. 8; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 54 a Rn. 54; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner; BeurkG und DNot, 8. Aufl. 2020, § 57 Rn. 22; BeckOK BeurkG/Kämper, Stand 1.11.2020, § 57 Rn. 10; Zimmermann DNotZ 2002, 164 [167]).

Der BGH bestätigt im Ergebnis die vorinstanzliche Entscheidung des Kammergerichts (RNotZ 2019, 492 ff. m. Einordn. d. Schriftl.), soweit sie mit der Berufung angegriffen wurde. Insbesondere gewährt er dem Notar einen nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbaren Beurteilungsspielraum. Hierzu macht der Senat vertiefende Ausführungen, vor allem dass die Dienstaufsicht wegen der Vielfalt der Fallkonstellationen und Motive für die Vertragsgestaltung nur eindeutige Verstöße gegen § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG beanstanden darf. Sofern der Notar das Vorliegen eines berechtigten Sicherungsinteresses im Einzelfall bejaht hat, muss die Dienstaufsicht ein rational nachvollziehbares Ergebnis als Ausdruck der notariellen Unabhängigkeit der Amtsführung (§ 1 BNotO) akzeptieren. Trotz des Beurteilungsspielraums prüft der BGH für die streitgegenständlichen Verwahrungsgeschäfte, zu denen es bisher keine vergleichbare Judikatur gibt, das Vorliegen des berechtigten Sicherungsinteresses umfassend und bejaht es in den überwiegenden Fällen.

Wichtig für die notarielle Praxis ist ferner der Hinweis des BGH zum Verschulden des Notars als Voraussetzung für das Einschreiten der Dienstaufsicht: Dieses ist zu verneinen, wenn die Auslegung des Gesetzes durch den Amts-träger zwar möglicherweise objektiv unrichtig, aber nach gewissenhafter Prüfung der gebotenen Hilfsmittel auf vernünftige Erwägungen gestützt ist, etwa wenn eine Vorschrift für die Auslegung Zweifel in sich trägt, die noch nicht ausgetragen sind. Bei § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG handelt es sich um eine solche Vorschrift. Dies zeigt sich schon daran, dass in dem vorliegenden Fall die Dienstaufsicht und die Vorinstanz unterschiedliche Auffassungen zum Vorliegen des berechtigten Sicherungsinteresses haben.

Die Schriftleitung (AG)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Der Kläger ist seit 1986 als Rechtsanwalt zugelassen. Seit Anfang 1996 ist er Notar mit Amtssitz in Berlin.

[2] Nach einer turnusmäßigen Prüfung seiner Amtsgeschäfte Anfang 2017 leitete die Präsidentin des Landgerichts ein Disziplinarverfahren gegen den Kläger ein. Gegenstand waren Beanstandungen im Zusammenhang mit verschiedenen vom Kläger übernommenen Verwahrungsgeschäften.

[3] Im Berufungsverfahren geht es noch um folgende Vorgänge:

[4] 1. Am 21. April 2016 beurkundete der Kläger zu UR-Nr. 393/2016 einen Vertrag über die Veräußerung einer damals in Abteilung III des Grundbuchs unbelasteten Eigentumswohnung nebst zweier – ebenso lastenfreier – Stellplätze zum Kaufpreis von insgesamt 780.000 €. Davon war ein „erster Kaufpreisteilbetrag“ in Höhe von 50.000 € binnen 14 Tagen seit der Beurkundung auf einem Notaranderkonto des Klägers zu hinterlegen. Dieser Betrag sollte im Zeitpunkt der (näher konkretisierten) Fälligkeit des – im Übrigen direkt zu zahlenden – Restkaufpreises auf ein Konto des Verkäufers gezahlt werden. In § 2 Nr. III Abs. 3 der Vertragsurkunde heißt es weiter:

„Zahlt der Käufer einen Kaufpreisteilbetrag bei jeweiliger Fälligkeit nicht, kann der Verkäufer vom Vertrag zurücktreten, wenn er dem Käufer erfolglos eine Frist von 7 Kalendertagen zur Zahlung bestimmt hat. (...) Sofern der Verkäufer aus diesem Grund vom Vertrag zurücktritt, hat er Anspruch auf einen pauschalen – und abschließenden – Schadensersatz in Höhe von 50.000,00 €. Der Notar wird von den Vertragsparteien – einseitig nicht widerruflich – angewiesen, in diesem Fall die bei ihm hinterlegte Anzahlung an den Verkäufer auszukehren.“

[5] 2. Bereits am 11. Januar 2016 zu UR-Nr. 52/2016 hatte der Kläger in ähnlicher Weise einen Kaufvertrag über ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück zum Preis von 2.150.000 € beurkundet, demzufolge ebenfalls ein „erster Kaufpreisteilbetrag“ von 300.000 € auf einem Anderkonto des Klägers zu hinterlegen war, der bei Fälligkeit auszukehren war und im Fall eines berechtigten Rücktritts der Verkäuferin als pauschaler Schadensersatz verfallen sollte (§ 2 Ziffer IV Abs. 4 der Vertragsurkunde).

[6] 3. Am 11. Juli 2016 beurkundete der Kläger zu UR-Nr. 713/2016 einen Vertrag über den Kauf und die Abtretung eines Gesellschaftsanteils an einer GmbH zu einem Kaufpreis von 4.025.000 €. Auch hier vereinbarten die Parteien die Abwicklung des Vertrags über ein Anderkonto des Klägers. In § 2 Abs. 2 der Urkunde ist Folgendes geregelt:

„Auf Verlangen des Verkäufers hat der Käufer den Kaufpreis bereits auf dem Notaranderkonto mit der Bezeichnung (...) zu treuen Händen des Notars hinterlegt, was der Notar hiermit bestätigt.“

Der Notar wird von den Vertragsparteien unwiderruflich angewiesen, den Kaufpreis innerhalb von drei Bankarbeitstagen nach Unterzeichnung dieses Anteilskaufvertrages auf das Konto (...) [Verkäufer] auszuzahlen.“

[7] Gemäß § 3 der Urkunde sollte die Abtretung des Geschäftsanteils aufschiebend bedingt auf den Tag der voll-

ständigen Auszahlung des Kaufpreises vom Notaranderkonto (Übertragungsstichtag) erfolgen.

[8] 4. Ferner beurkundete der Kläger in der Zeit zwischen August und Oktober 2015 im Zusammenhang mit verschiedenen Verträgen über die Veräußerung von Baugrundstücken nebst Miteigentumsanteilen an Gemeinschaftsflächen eine Reihe von – gleichzeitig abgeschlossenen – sogenannten „Erschließungsvereinbarungen“ zwischen den Käufern der jeweiligen Grundstücke („Erschließungsnehmern“) und einer mit der Verkäuferin verbundenen Gesellschaft („Erschließungsgeberin“). Darin verpflichtete sich die Erschließungsgeberin, Maßnahmen zur Erschließung der Baugrundstücke (Verlegung von Hauptversorgungsleitungen, Hausanschlussleitungen, Telefonanschluss etc.) gegen ein jeweils vereinbartes Entgelt von 25.000 € zu erbringen. Im Gegenzug hatten die Erschließungsnehmer das für die Baumaßnahmen zu entrichtende Entgelt auf einem Anderkonto des Klägers zu hinterlegen. Die die Erschließungsverträge betreffenden Urkunden (UR-Nr. 759/15, 810/15, 894/15, 918/15, 920/15 und 967/15) enthalten jeweils folgende Passage:

„Der Notar belehrt darüber, dass der Erschließungsvertrag auch ohne Hinterlegung des Entgelts auf einem Notaranderkonto abgewickelt werden könnte. Weil der Erschließungsnehmer ein besonderes Interesse daran hat, dass die Erschließung seines Baugrundstücks alsbald erfolgt, und der Erschließungsgeber zur Durchführung der Erschließungsleistungen nur bereit ist, wenn das Entgelt sichergestellt ist, wünschen die Parteien die Abwicklung über ein Notaranderkonto.“

[9] 5. Alle aufgeführten Verträge wurden problemlos abgewickelt.

II.

[10] Wegen der dem Kläger angelasteten Dienstpflichtverletzungen – unter anderem wegen des Vorwurfs, Gelder zur Verwahrung entgegen genommen zu haben, ohne dass ein berechtigtes Sicherheitsinteresse bestanden habe – erteilte ihm die Präsidentin des Landgerichts mit Disziplinarverfügung vom 17. April 2018 einen Verweis und verhängte eine Geldbuße von 3.500 €.

[11] Dagegen richtet sich die Anfechtungsklage des Klägers, mit der er – soweit im Berufungsverfahren noch von Bedeutung – dem Vorwurf, Verwahrungsgeschäfte ohne berechtigtes Sicherheitsinteresse vorgenommen zu haben, entgegentritt.

[12] 1. Er hat geltend gemacht, einem Notar stehe bei der Frage, ob im Einzelfall ein berechtigtes Sicherheitsinteresse für ein Verwahrungsgeschäft vorliege, ein Beurteilungsspielraum zu, der nicht vollumfänglich überprüfbar sei. Disziplinarrechtliche Maßnahmen seien nur dann zulässig, wenn der Notar formularmäßig und ohne berechtigtes Sicherheitsinteresse Anderkonten verwende. Seine Standardvertragsmuster sähen jedoch generell Direktzahlungen vor. Eine Anderkontenregelung nehme er stets nur ausnahmsweise aufgrund der von den Parteien genannten besonderen Umstände des Einzelfalls in die Verträge auf. Dies ergebe sich auch aus dem Verhältnis zwischen der Anzahl der Urkundennummern pro Jahr und den angelegten Anderkonten. In der Sache zu UR-Nr. 393/2016 sei die aus Russland stammende Verkäuferin, die es aus ihrer Heimat gewohnt gewesen sei, dass die Zahlung bereits bei Vertragsschluss entweder direkt erfolge oder bei einem Treuhänder hinterlegt werde, äußerst misstrauisch gewesen. Die Vertragsparteien seien daher übereingekommen, dass

die erste Teilzahlung von 50.000 € zur Sicherung der tatsächlichen Kaufpreiszahlung auf ein Notaranderkonto gezahlt werde. Durch den pauschalen Schadensersatz habe die Käuferin gleichfalls dazu angehalten werden sollen, den restlichen Kaufpreis zu zahlen, um die Anzahlung nicht zu verlieren. Ohne die vereinbarte, auf das Anderkonto zu leistende Teilzahlung wäre die Verkäuferin nicht bereit gewesen, weiteren Kaufinteressenten – die den gesamten Kaufpreis zu hinterlegen bereit gewesen seien – abzusagen. Der dem Kaufvertrag zu UR-Nr. 52/16 zugrundeliegende Sachverhalt sei gleichgelagert gewesen.

[13] Bei dem Anteilskauf gemäß UR-Nr. 713/2016 habe sein erster Vertragsentwurf zwar kein Notaranderkonto vorgesehen. Die Beteiligten hätten sich jedoch auf die Hinterlegung des Kaufpreises verständigt. Trotz Hinweises auf die Kosten und den nicht erkennbaren Sicherungszweck hätten sie mitgeteilt, die Verkäuferin sei nicht bereit, den Kaufvertrag zu beurkunden, wenn nicht die Käuferin – die mit einem weit unterhalb des Kaufpreises liegenden Stammkapital ausgestattet gewesen sei – zuvor den Kaufpreis hinterlegt hätte.

[14] Die Erschließungsverträge könnten nicht losgelöst von den jeweiligen Grundstückskaufverträgen betrachtet werden. Es sei eine schnellstmögliche Erschließung gewünscht worden, damit die Käufer die Grundstücke hätten bebauen können. Aus diesem Grund hätten auch die Kaufverträge eine Zahlung des Kaufpreises über ein Anderkonto und eine unmittelbare Übergabe der Grundstücke samt Nutzen- und Lastenübergang am Tag nach vollständiger Kaufpreishinterlegung vorgesehen. Beide Verträge hätten miteinander stehen und fallen sollen. Die grundsätzlich bestehende Endfälligkeit des Werklohns nebst der erforderlichen Abnahme der Leistung besagten nichts darüber, ob und wie der Anspruch abgesichert werden dürfe.

[15] 2. Das Kammergericht hat unter Abweisung der weitergehenden Klage die Disziplinarverfügung des Beklagten teilweise dahin abgeändert, dass es die Geldbuße auf 2.000 € herabgesetzt hat. Der Vorwurf, der Kläger hätte Gelder zur Verwahrung entgegengenommen, ohne dass dafür ein berechtigtes Sicherheitsinteresse bestanden habe, sei nicht begründet.

[16] 3. Mit der von der Vorinstanz zugelassenen Berufung verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag – soweit er erfolglos geblieben ist – weiter.

[17] Das Kammergericht habe die den Beurkundungen zu UR-Nr. 52/2016 und 393/2016 zugrundeliegenden Sachverhalte nicht umfassend gewürdigt. In Bezug auf die Urkunde zu UR-Nr. 393/2016 habe es den Inhalt eines E-Mail-Schreibens der die Verkäuferin vertretenden Rechtsanwältin vom 3. April 2016 nicht berücksichtigt. Danach sei es der Verkäuferin nur um die Sicherung möglicher Schadensersatzansprüche gegangen und nicht um eine Anzahlung im Sinne einer teilweise vorgezogenen Erfüllung der Kaufpreisschuld. Die Anzahlung sichere zudem nicht die Zug-um-Zug-Abwicklung des Kaufvertrags, sondern allein die Interessen des Verkäufers für den Fall eines vertragswidrigen Verhaltens des Käufers. Das Sicherheitsinteresse des Käufers entstehe erst durch das Verlangen des Verkäufers nach einer Anzahlung zur Sicherung von potentiellen Sekundäransprüchen. Bei dem Liegenschafts Kaufvertrag zur UR-Nr. 52/2016 lägen die Dinge nicht anders. Die sogenannte Druckfunktion, die die Anzahlung für den Käufer hinsichtlich weiterer Kaufpreistraten enthalte, könne die Hinterlegung nicht rechtfertigen.

[18] Im Fall des Geschäftsanteilskauf- und -abtretungsvertrags zur UR-Nr. 713/2016 hätte die Abwicklung ebenso gut objektiv durch die auf die Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingte Abtretung gesichert werden können. Es sei nicht um die sichere Abwicklung der gewollten Transaktion gegangen, sondern allein darum, dem Wunsch der Verkäuferin nach Hinterlegung des Kaufpreises Rechnung zu tragen. Der Aspekt, dass das Stammkapital der – vermutlich erst zur Durchführung des Geschäfts gegründeten – Gesellschaft zur Begleichung des Kaufpreises nicht ausreichend gewesen sei, sei nicht geeignet, die Durchführung des Vertrags als überdurchschnittlich unsicher erscheinen zu lassen. Die Höhe des Stammkapitals besage für sich genommen nichts über die Wahrscheinlichkeit der Kaufpreiszahlung.

[19] Den Erschließungsverträgen habe eine besondere Konstellation zugrunde gelegen. Hätte sich hingegen die Verkäuferin – der der Wertzuwachs zugute gekommen wäre – den Käufern gegenüber selbst zur Erbringung der Erschließungsleistungen verpflichtet, wäre die Makler- und Bauträgerverordnung anwendbar gewesen. Hiernach hätte allenfalls für die letzte Kaufpreisrate ein berechtigtes Sicherungsinteresse bejaht werden können. Erst die Aufspaltung des beabsichtigten Geschäfts in den Grundstückskauf- und den Erschließungsvertrag habe dazu geführt, dass die Makler- und Bauträgerverordnung nicht anzuwenden gewesen sei. Die Auszahlungsanweisungen trügen den berechtigten Sicherungsinteressen der Erschließungsnehmer darüber hinaus nicht hinreichend Rechnung.

Sie verkürzten – indem sie auf die Fertigstellung und nicht die Abnahme abstellten – deren Rechte für den Fall der nicht mangelfreien Herstellung des Werks.

[20] Der Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Kammergerichts die Klage gegen die Disziplinarverfügung der Präsidentin des Landgerichts Berlin vom 17. April 2018 – NotRev II D IV F SH 1/17 – insgesamt abzuweisen.

[21] Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

[22] Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil.

[23] Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, der Akten des disziplinarrechtlichen Ermittlungsverfahrens sowie der Personalakten nebst Sonderheften verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist zulässig, aber unbegründet

[24] Die zulässige Berufung des Beklagten ist nicht begründet. Ein über die vom Kläger der Sache nach akzeptierten Vorwürfe hinausgehender weiterer schuldhafter Pflichtverstoß wegen der Entgegennahme von Geldern zur Verwahrung trotz fehlenden berechtigten Sicherungsinteresses ist ihm nicht zur Last zu legen.

I.

Das Kammergericht hat ein berechtigtes Sicherungsinteresse und einen Beurteilungsspielraum des Notars diesbezüglich bejaht

[25] Das Kammergericht (veröffentlicht in RNotZ 2019, 492) hat – soweit für das Berufungsverfahren von Bedeu-

tung – ausgeführt, bei dem nach objektiven Kriterien zu bestimmenden „berechtigten Sicherungsinteresse“ handle es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Voraussetzungen der Notar eigenverantwortlich unter Abwägung der an ihn herangetragenen Wünsche der Beteiligten und einer Prognose der künftigen Abwicklungsmöglichkeiten im jeweiligen Einzelfall zu prüfen habe. Dabei stehe ihm ein nur eingeschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Entgegen der Auffassung des Klägers seien disziplinarrechtliche Maßnahmen aber nicht auf solche Fälle beschränkt, in denen der Notar die Abwicklung über ein Notaranderkonto regelmäßig ohne berechtigtes Sicherungsinteresse vorsehe. Dass nach dem Willen des Gesetzgebers formularmäßige Abwicklungen über Notaranderkonto vermieden werden sollten, stehe der Ahndung einer amtspflichtwidrigen Verwahrung im Einzelfall nicht grundsätzlich entgegen. Bei den fraglichen Urkundengeschäften habe jedoch ein berechtigtes Sicherungsinteresse bestanden. In den Fällen der UR-Nr. 393/2016 und 52/2016 habe die – jeweils auf das Notaranderkonto geleistete – Anzahlung nicht nur der Sicherung eines pauschalierten Schadensersatzanspruchs, sondern auch der Teilerfüllung der Hauptleistungspflicht des jeweiligen Käufers gedient. Es könne daher offengelassen werden, ob auch die Sicherung von Sekundäransprüchen die Verwahrung hätte rechtfertigen können. Nur für den Fall des Rücktritts des jeweiligen Verkäufers wegen nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises habe nach erfolgloser Nachfristsetzung ein pauschalierter Schadensersatzanspruch entstehen sollen. Hätte der Vertrag hingegen aus von dem Verkäufer zu vertretenden Gründen nicht durchgeführt werden können, wäre dem jeweiligen Käufer ein – anderenfalls ungesicherter – Anspruch auf Rückzahlung der Anzahlung entstanden. Es sei daher naheliegend gewesen, die Hinterlegung der Anzahlung auf dem Anderkonto des Klägers vorzusehen. Ein berechtigtes Sicherungsinteresse im Zusammenhang mit dem Unternehmenskaufvertrag zu UR-Nr. 713/2016 habe in dem – durch die geringe Kapitalausstattung der Erwerberin – begründeten Risiko gelegen, dass der Vertrag letztlich doch nicht durchgeführt werde. Dem Kläger könne auch in Bezug auf die von ihm beurkundeten Erschließungsvereinbarungen nicht vorgeworfen werden, dass kein berechtigtes Sicherungsinteresse für die Verwahrung der jeweiligen Werklohnforderung bestanden habe. Durch die Sicherheit werde die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers nicht berührt. Der Kläger habe davon ausgehen dürfen, dass die gesetzlichen Regelungen dem Sicherungsinteresse der Erschließungsgeberin nur unvollkommen entsprochen hätten. Auch die dem Kläger erteilten Auszahlungsanweisungen widersprächen nicht dem gesetzlichen Leitbild des Werkvertrags.

II.

Das Urteil des Kammergerichts hält einer Überprüfung im Ergebnis stand

[26] Diese Ausführungen halten einer Überprüfung im Ergebnis stand. Ein Dienstvergehen (§ 95 BNotO), das – zusammen mit den weiteren der Sache nach nicht angegriffenen Pflichtverletzungen – eine höhere Geldbuße als 2.000 € rechtfertigen würde, liegt nicht vor.

Zur Intention des Gesetzgebers bei der Einführung der Voraussetzung des berechtigten Sicherungsinteresses

[27] 1. Nach § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG (in der Fassung des Dritten Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze vom 31. August 1998, BGBl. I S. 2585, 2595 [a.F.]; jetzt [inhaltlich unverändert] § 57

Abs. 2 Nr. 1 BeurkG, eingefügt durch Art. 2 Nr. 17 des Gesetzes zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des elektronischen Urkundenarchivs bei der Bundesnotarkammer sowie zur Änderung weiterer Gesetze vom 1. Juni 2017, BGBl. I S. 1396, 1407 [n.F.]) darf der Notar Geld zur Verwahrung nur entgegennehmen, wenn hierfür ein berechtigtes Sicherungsinteresse der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen besteht. Hierdurch sollte einer „formulärmäßig“ vorgesehenen – kostenpflichtigen – Verwahrung entgegenwirkt und die Zahl der Verwahrungsgeschäfte reduziert werden (Begründung des Entwurfs des Dritten Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze vom 21. März 1996, BT-Drs. 13/4184, S. 37 f.; Renner in NotBZ 2008, 142 mwN; Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler BNotO, 8. Aufl., § 23 Rn. 49). Bis zum Erlass dieser Regelung bestand vor allem im norddeutschen Raum eine weit verbreitete, aber beträchtlichen Haftungsrisiken unterliegende Praxis, Grundstückskaufverträge unterschiedslos über Notaranderkonto abzuwickeln. Dies sollte unterbunden und die direkte Abwicklung als Standardmodell implementiert werden (vgl. zB BNotK – Rundschreiben 1/1996 vom 11. Januar 1996 [zum Regierungsentwurf der später in Kraft getretenen Textfassung des § 54 a BeurkG], abgedruckt bei Weingärtner/Gassen/Sommerfeldt, DONot, 13. Aufl., Anhang 5; bestätigt durch Rundschreiben 31/2000 vom 4. September 2000; vgl. auch Verlautbarung der Notarkammer Hamm und des Präsidenten des OLG Hamm, u. a. abgedruckt in ZNotP 2002, 137 f.; OLG Celle, RNotZ 2011, 367, 371; OLG Frankfurt, BeckRS 2014, 16741 Rn. 101; Renner aaO S. 145; Grziwotz in Grziwotz/Heinemann, Beurkundungsgesetz, 3. Aufl., § 57 Rn. 5). Die Frage des berechtigten Sicherungsinteresses ist daher vor allem beim Grundstückskauf von Bedeutung, kann sich aber auch in anderen Konstellationen stellen (Hertel in Frenz/Miermeister, Bundesnotarordnung, 5. Aufl., § 57 BeurkG Rn. 23; Sandkühler aaO).

Das berechtigte Sicherungsinteresse ist nach objektiven Kriterien zu bestimmen

[28] a) Ob ein berechtigtes Sicherungsinteresse besteht, ist nach objektiven Kriterien zu bestimmen (BT-Drs. 13/4184 aaO; OLG Celle aaO; Hertel aaO Rn. 6; ders. in Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 4. Aufl., Rn. 1569; Renner in Armbrüster/Preuß/Renner, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 8. Aufl., § 57 BeurkG Rn. 9; Tönnies, ZNotP 1999, 419; jeweils mwN; abweichend: Möhrle, DB 2000, 605; Tröder, ZNotP 1999, 462 f.; Weingärtner, DNotZ 1999, 393, 395). Es steht mithin nicht zur Disposition der Beteiligten (Hertel in Ganter/Hertel/Wöstmann aaO).

Ein berechtigtes Sicherungsinteresse ist anzunehmen, wenn die Verwahrung gegenüber der Direktzahlung ein „Plus an Sicherheit“ bietet

[29] Ein berechtigtes Sicherungsinteresse ist anzunehmen, wenn eine Absicherung der Beteiligten allein durch die notarielle Verwahrung gewährleistet ist oder diese gegenüber der Direktzahlung zumindest deutlich erleichtert, die Verwahrung mithin ein „Plus an Sicherheit“ bietet (vgl. zB Hertel in Frenz/Miermeister aaO Rn. 7; ders. in Ganter/Hertel/Wöstmann aaO Rn. 1568; Renner in Armbrüster/Preuß/Renner aaO § 57 BeurkG Rn. 10). Dies ist etwa der Fall, wenn bei einer direkten Abwicklung eine Absicherung der Beteiligten nur durch Gewährung von Sicherheiten außerhalb des Vertragsobjekts oder durch Einschaltung eines anderen Treuhänders möglich wäre (Hertel in

Ganter/Hertel/Wöstmann aaO). Das Sicherungsinteresse fehlt, wenn das Geschäft ebenso gut ohne die Einschaltung eines Notars im Wege der Direktzahlung abgewickelt werden könnte (BT-Drs. 13/4184 aaO; OLG Celle aaO sowie BeckRS 2010, 22387, unter II 2 a; Hertel jeweils aaO; Winkler, Beurkundungsgesetz, 19. Aufl., § 57 Rn. 10; Grziwotz aaO). Der demgegenüber vertretenen Auffassung, eine Abwicklung über ein Notaranderkonto sei auch dann zulässig, wenn es eine nur „gleichwertige Sicherheit“ biete (etwa Weingärtner aaO; allgemein kritisch zur Direktzahlung Möhrle aaO S. 606), ist schon deswegen nicht zu folgen, weil anderenfalls dem Anliegen des Gesetzgebers, die Zahl der Verwahrungsgeschäfte zu reduzieren, nicht hinreichend Rechnung getragen werden würde.

Der einvernehmliche Wunsch der Beteiligten nach einer Verwahrung genügt nicht

[30] Allein der einvernehmliche Wunsch der Beteiligten nach einer Verwahrung genügt daher nicht (so auch Verlautbarung der Notarkammer Hamm und des Präsidenten des OLG Hamm aaO; Handreichung der Schleswig-Holsteinischen Notarkammer zur ordnungsgemäßen Durchführung von Verwahrungsgeschäften gemäß §§ 54a-54e BeurkG, Stand: Mai 2002; Hertel in Frenz/Miermeister aaO Rn. 6; ders. in Ganter/Hertel/Wöstmann aaO; Winkler aaO; Franken, in MüllerEngels, BeckOGK, Beurkundungsgesetz, § 57 Rn. 7; Elsing in Kilian/Sandkühler, Praxishandbuch Notarrecht, 3. Aufl., § 13 Rn. 17; Brambring in DNotZ 1999, 381, 384; Lerch, Beurkundungsgesetz, 5. Aufl., § 54 a Rn. 2; abweichend zB Weingärtner aaO; einschränkend auch Grziwotz aaO Rn. 5 f; Blaesche, RNotZ 2005, 330, 349). Dies schließt indessen nicht von vornherein aus, dass bei der Bestimmung des objektiven Sicherungsinteresses auch subjektive Elemente (etwa Geschäftswandtheit, Alter, Krankheit oder Ortsabwesenheit) eine Rolle spielen können (vgl. Handreichung der Notarkammer Schleswig-Holstein aaO; Franken aaO Rn. 8).

Fallgruppen, in denen Vertreter der Literatur und die obergerichtliche Rechtsprechung ein berechtigtes Sicherungsinteresse bejahen

[31] b) Ein berechtigtes Sicherungsinteresse an einer Verwahrung ist unter Berücksichtigung dieser Grundsätze in Anlehnung an die von der Bundesnotarkammer (Rundschreiben 1/1996) und einigen Ländernotarkammern (Notarkammer Hamm aaO; Notarkammer Schleswig-Holstein aaO) entwickelten Fallgruppen, denen sich auch die Vertreter der Literatur (vgl. zB Sandkühler aaO Rn. 53; Renner aaO Rn. 14; Hertel in Frenz/Miermeister aaO Rn. 9 ff.; Franken aaO Rn. 13 ff.) und die obergerichtliche Rechtsprechung (vgl. KG MittBayNot 2005, 430, 431; OLG Bremen MittBayNot 2005, 428, 429) – von Abweichungen im Detail abgesehen – im Wesentlichen angeschlossen haben, in folgenden (nicht abschließenden) Konstellationen regelmäßig zu bejahen: Verringerung des Vorleistungsrisikos einer Vertragspartei, Sicherung einer Mehrheit von Grundpfandgläubigern, die zu einer Abstimmung untereinander nicht bereit sind, freihändige Veräußerung eines Grundstücks während eines Zwangsversteigerungsverfahrens, Einbehalt eines Teils der Gegenleistung als Sicherheit oder Fälle, in denen von vornherein Probleme bei der Abwicklung, verbunden mit der Gefahr des Scheiterns des Vertrags, zu erwarten sind (vgl. zB Handreichung der Schleswig-Holsteinischen Notarkammer aaO; Verlautbarung der Notarkammer Hamm und des Präsidenten des OLG Hamm aaO; Brambring aaO S. 388 ff.; ders. in DNotZ 1990, 615 ff., 621; Winkler aaO

Rn. 16 ff.; Franken aaO Rn. 12 ff.; Renner in Armbrüster/Preuß/Renner aaO Rn. 14).

Die typischerweise bei der Abwicklung eines jeden (Immobilien-)Kaufvertrags bestehenden allgemeinen Risiken rechtfertigen regelmäßig keine notarielle Verwahrung

[32] Demgegenüber rechtfertigen die typischerweise bei der Abwicklung eines jeden (Immobilien-)Kaufvertrags bestehenden allgemeinen Risiken regelmäßig keine notarielle Verwahrung (vgl. zB Renner aaO Rn. 13). Beim Grundstückskaufvertrag wird ein Sicherungsinteresse daher grundsätzlich zu verneinen sein, wenn das verkaufte Grundstück lastenfrei ist, die Belastungen vom Käufer übernommen oder sie vom Verkäufer mit eigenen Mitteln zur Löschung gebracht werden, wenn der Käufer den Kaufpreis aus eigenen Mitteln aufbringen kann oder nur ein finanzierender und/oder ein abzulösender Gläubiger vorhanden ist (vgl. zB BNotK, Rundschreiben 1/1996 aaO S. 710, Brambring, DNotZ 1999 S. 386 f.; Sandkühler aaO Rn. 54; Hertel in Ganter/Hertel/Wöstmann aaO Rn. 1590).

[33] c) Fehlt ein berechtigtes Sicherungsinteresse hat der Notar die Amtspflicht, die Verwahrungstätigkeit abzulehnen (Brambring aaO S. 383; Winkler aaO Rn. 10; anders zB Grziwotz aaO Rn. 5 f.).

Dem Notar steht hinsichtlich des berechtigten Sicherungsinteresses ein von der Dienstaufsicht nur beschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu

[34] Allerdings steht dem Notar bei der Auslegung des Begriffs des „berechtigten Sicherungsinteresse“ – ein unbestimmter Rechtsbegriff (vgl. zB Sandkühler aaO Rn. 52; Renner in Armbrüster/Preuß/Renner aaO Rn. 10) – ein aufgrund der sachlichen Unabhängigkeit seiner Amtsführung (§ 1 BNotO) von der Dienstaufsicht nur beschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu (vgl. Senat, Beschlüsse vom 14. Dezember 1992 – NotZ 3/91, DNotZ 1993, 465, 467 und vom 13. Dezember 1971 – NotZ 2/71, BGHZ 57, 351, 354; OLG Celle, RNotZ 2011 S. 371; Hertel, aaO, § 57 BeurkG Rn. 8; Renner aaO Rn. 22; Sandkühler aaO). Insoweit hat er in jedem Einzelfall die vorhandenen Interessen abzuwägen und zu bewerten sowie eine Prognose der künftigen Abwicklungsmöglichkeiten vorzunehmen (vgl. Zimmermann, DNotZ 2000, 164, 166; Sandkühler aaO). Da die in der Praxis auftretenden Konstellationen und die möglichen Motive für die gewählte Vertragsgestaltung ganz unterschiedlich sein können, darf die Dienstaufsicht einen Verstoß gegen § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG a.F./§ 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG n.F. nur in eindeutigen Fällen beanstanden (Renner, NotBZ 2008 S. 145, ders. in Armbrüster/Preuß/Renner aaO Rn. 22; Zimmermann aaO S. 167; Sandkühler aaO). Ein Pflichtverstoß wird vor allem – aber nicht ausschließlich – dann in Betracht zu ziehen sein, wenn sich Anzeichen für eine formularmäßig systematische Vorgehensweise wegen einer atypisch häufig vorkommenden Verwahrungstätigkeit ergeben (vgl. Hertel in Ganter/Hertel/Wöstmann aaO Rn. 1571; ders. in Frenz/Miermeister aaO Rn. 8) oder es sich um eine sonstige eindeutige Fallgestaltung handelt, in der eine Verwahrung keine bessere Absicherung der Beteiligten bedeutet. Solche Umstände werden üblicherweise nahelegen, dass der Notar den ihm zukommenden Beurteilungsspielraum nicht genutzt oder ihn überschritten hat. Der Aufsichtsbehörde ist es aber verwehrt, ihr eigenes Beurteilungsermessen an die Stelle desjenigen des Notars zu setzen (Rack, ZNotP 2008, 474, 478). Hat der – mit dem

Einzelfall und den Beteiligten vertraute – Notar daher auf der Basis einer von ihm vorgenommenen Risikoprognose das Vorliegen eines berechtigten Sicherungsinteresses bejaht, ist ein rational nachvollziehbares Ergebnis als Ausdruck notarieller Unabhängigkeit zu akzeptieren (vgl. auch BNotK Rundschreiben 31/2000 vom 4. September 2000; Verlautbarung der Notarkammer Hamm und des Präsidenten des OLG Hamm, aaO S. 137; Rack aaO). Selbst wenn ein Fall vorliegt, in dem normalerweise eine Abwicklung ohne Notaranderkonto angezeigt ist, kann daher nicht von vornherein unterstellt werden, der Notar habe keine – seinem Beurteilungsspielraum unterfallende – Prüfung vorgenommen (Zimmermann aaO).

Auch die unberechtigte Abwicklung über Notaranderkonto im Einzelfall kann ein Dienstvergehen sein

[35] Entgegen der Auffassung des Klägers wird es dem eindeutigen Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG a.F. (§ 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG n.F.) jedoch nicht gerecht, die Annahme eines Dienstvergehens allein auf die Fälle zu beschränken, in denen der betroffene Notar in seiner Praxis eine standardisierte („formularmäßige“) Einrichtung von Notaranderkonten bei der Abwicklung von (Immobilienkauf-)Verträgen vornimmt. Dies würde zudem die Gefahr in sich bergen, dass die gebotene Beurteilung des Einzelfalls – ungeachtet der ohnehin bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten – durch eine abstrakte Betrachtung der Anzahl der Verwahrungsgeschäfte ersetzt werden würde.

Dem Kläger kann kein disziplinarrechtlicher Vorwurf gemacht werden

[36] 2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze kann dem Kläger im Ergebnis ein disziplinarrechtlicher Vorwurf nicht gemacht werden.

Keine Anhaltspunkte für eine systematische Verwendung von Notaranderkonten und keine schuldhaften Verstöße gegen das Erfordernis des berechtigten Sicherungsinteresses bei den konkret beanstandeten Fällen

[37] Anhaltspunkte für eine systematische Verwendung von Notaranderkonten lassen sich in Bezug auf das vom Kläger geführte Notariat – mit einem regelmäßigen Geschäftsanfall von mehr als 1.000 Urkunden pro Jahr – nicht feststellen. Die beanstandeten Verwahrungsgeschäfte betreffen im Verhältnis zu dem gesamten Geschäftsvolumen des Klägers nur wenige Fälle, in denen zudem streitig ist, ob der Kläger das berechtigte Sicherungsinteresse der Beteiligten zu Recht bejaht hat oder nicht. Aber auch die – drei unterschiedliche Konstellationen betreffenden – konkret beanstandeten Fälle lassen keine eindeutigen beziehungsweise keine schuldhaften Verstöße gegen das Erfordernis des berechtigten Sicherungsinteresses erkennen.

Grundstückskaufverträge

[38] a) Grundstückskaufverträge (UR-Nrn. 393/2016 und 52/2016):

Die Anzahlung der Käuferin auf den Kaufpreis und Absicherung etwaiger künftiger Schadensersatzforderung der Verkäuferin begründen Interesse an Hinterlegung des Kaufpreises

[39] aa) Der der Beurkundung vom 21. April 2016 (UR-Nr. 393/2016) zugrundeliegende Sachverhalt zeichnete sich dadurch aus, dass die verkaufte Eigentumswohnung – ebenso wie die Stellplätze – in Abteilung III des Grundbuchs lastenfrei war. Bei dieser Konstellation stand nach

den oben aufgezeigten Grundsätzen der direkten Abwicklung des Kaufvertrags an sich nichts im Wege. Allerdings hatten die Beteiligten eine – binnen einer Frist von 14 Tagen nach der Beurkundung zu leistende und damit von der Eintragung der Auflassungsvormerkung unabhängige – Anzahlung der Käuferin auf den Kaufpreis vereinbart, weshalb insoweit für die Käuferin zumindest zeitweilig die Gefahr einer ungesicherten Vorleistung bestand (vgl. dazu auch Renner, NotBZ 2008, S. 144). Wie das Kammergericht zu Recht angenommen hat, erfolgte die Verwahrung daher ungeachtet des Wunsches der Verkäuferin, zugleich eine etwaige zukünftige Schadensersatzforderung abzusichern, gerade auch zugunsten der Käuferin. Eine solche Anzahlung zu vereinbaren, stand zur Disposition der Beteiligten. Dass es sich dabei im Ergebnis um ein – rechtlich zulässiges – wirtschaftliches Druckmittel des Verkäufers handelte, das den Käufer zu ordnungsgemäßer Vertragserfüllung anhalten sollte, stand der Hinterlegung nicht entgegen, sondern begründete gerade ein Interesse daran.

Die Vorinstanz hat zu Recht offengelassen, ob die Sicherung etwaiger Sekundäransprüche ein berechtigtes Interesse an einer notariellen Verwahrung begründen kann

[40] Die Vorinstanz hat insoweit zu Recht offengelassen, ob die Sicherung etwaiger Sekundäransprüche ein berechtigtes Interesse an einer notariellen Verwahrung begründen kann. Dass die Klausel – wie der Beklagte behauptet – tatsächlich nicht der Sicherung der Anzahlung auf die Kaufpreisschuld, sondern allein des (pauschalisierten) Schadensersatzanspruchs zugunsten der Verkäuferin dienen sollte, lässt sich auch unter Berücksichtigung des in Bezug genommenen E-Mail-Verkehrs nicht feststellen. Dagegen spricht nicht nur die Bezeichnung der zu hinterlegenden Anzahlung als „erster Kaufpreisteilbetrag“, sondern auch, dass das Interesse der Urkundsbeteiligten üblicherweise vorrangig auf eine erfolgreiche Abwicklung des geschlossenen Vertrages gerichtet sein wird. Soweit in dem E-Mail-Schreiben der die Verkäuferin vertretenden Rechtsanwältin vom 3. April 2016 der Wunsch formuliert worden ist, im Fall der nicht ordnungsgemäßen Vertragserfüllung möglicherweise entstehende Schäden durch die Hinterlegung der ersten Kaufpreisrate abzusichern, steht dies dem gleichzeitigen Bedürfnis der Beteiligten – insbesondere der Käuferin –, die Anzahlung abzusichern, nicht entgegen. Im Übrigen hat die Käuferin – selbst wenn es der Verkäuferin subjektiv nur um den Schadensersatzanspruch gegangen wäre – objektiv auf den Kaufpreis gezahlt.

[41] Der Frage, ob die Verwendung der Vertragsklausel durch den Kläger, soweit sie auch der Sicherung einer pauschalen Schadensersatzleistung in beträchtlicher Höhe für den Fall des Rücktritts des Verkäufers wegen Zahlungsverzugs des Käufers diene, eine Verletzung seiner Amtspflichten aus § 17 Abs. 1 BeurkG, § 14 Abs. 2 und 3 BNotO begründete, braucht der Senat nicht weiter nachzugehen. Denn solche Verstöße sind nicht Gegenstand der angefochtenen Disziplinarverfügung.

[42] bb) Der Hinterlegung der Anzahlung im Zusammenhang mit dem Geschäft zu UR-Nr. 52/2016 vom 11. Januar 2016 über ein in Berlin belegen und mit einem Mehrfamilienhaus bebaut Grundstück zum Kaufpreis von 2.150.000 € lag ein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde, für den die vorstehenden Erwägungen entsprechend gelten.

[43] cc) Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger unabhängig von der konkreten Situation bei der Beurkundung ähnlicher Verträge regelmäßig und ohne Einzelfallprüfung entsprechende Anzahlungsklauseln nebst Hinterlegung vorgesehen hat, was die Gefahr der systematischen Begünstigung von institutionellen Verkäufern gegenüber den – häufig in einer schlechteren Verhandlungsposition befindlichen – (nicht gewerblichen) Käufern, die auf diese Weise von der Rückabwicklung eines Vertrages abgehalten werden könnten, in sich bergen könnte, gibt es nicht.

Gesellschaftsanteilskaufvertrag

[44] b) Gesellschaftsanteilskaufvertrag (UR-Nr. 713/2016):

Die Annahme eines objektiv berechtigten Sicherungsinteresses an der Hinterlegung des Kaufpreises ist von dem Beurteilungsspielraum des Klägers gedeckt

[45] In Bezug auf den Anteilskauf- und -abtretungsvertrag über einen Gesellschaftsanteil an einer GmbH zum Preis von rund 4 Mio. € war – ungeachtet grundsätzlich bestehender Zweifel – die Annahme eines objektiv berechtigten Sicherungsinteresses an der Hinterlegung des Kaufpreises auf der Grundlage nachfolgender Umstände von dem Beurteilungsspielraum des Klägers gedeckt: Die Kaufvertragsverhandlungen hatten sich – wie auch den Handakten zu entnehmen ist – über einen Zeitraum von mehr als einem Jahr hingezogen. Für den Unternehmenskauf gab es mehrere Interessenten. Das Stammkapital der Käufergesellschaft lag deutlich unter dem Kaufpreis. Eine Finanzierungszusage einer Bank gab es nicht.

Kein eindeutiger Verstoß durch Hinterlegung des Kaufpreises, da Verkäufer den Vertrag andernfalls nicht geschlossen hätte

[46] Ein eindeutiger Verstoß, der ein Einschreiten der Dienstaufsicht geboten hätte, ergibt sich trotz des in § 3 des Unternehmenskaufvertrages vereinbarten durch die Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingten Übergangs der Gesellschaftsanteile vor diesem Hintergrund nicht. Der Beklagte bestreitet diesbezüglich zu Unrecht, dass der Verkäufer unter den geschilderten Umständen nicht bereit war, den Vertrag ohne die vorherige Hinterlegung des Kaufpreises abzuschließen. Dieses – in der gegebenen Situation nachvollziehbare – Verlangen ergibt sich schon aus dem Urkundeninhalt (§ 2 Abs. 2 der Urkunde: „Auf Verlangen des Verkäufers hat der Käufer den Kaufpreis <...> bereits hinterlegt <...>“). Wenn der Kläger unter Berücksichtigung dieser konkreten Einzelfallumstände eine gesteigerte Gefahr des Scheiterns des Vertrages bejaht hat, ist dies ausnahmsweise nicht zu beanstanden. In einem solchen Fall kann sich die subjektive Weigerung eines Vertragsbeteiligten zu einem objektiven Sicherungsinteresse verdichten, etwa wenn – trotz entsprechender Belehrung – kein Vertragsschluss möglich ist, weil der Beteiligte vermeintliche Gefahren sieht (vgl. Hertel in Ganter/Hertel/Wöstmann aaO Rn. 1587). Dass die Dienstaufsicht die Sach- und Rechtslage nunmehr anders bewertet als der Kläger, macht sein Vorgehen nicht dienstpflichtwidrig.

[47] Die vor Vertragsschluss und damit ohne Verwahrungsanweisung erfolgte Entgegennahme von Geldern, die von dem Beklagten mit der Disziplinarverfügung ebenfalls beanstandet worden ist (Masse 20/2016), ist hingegen nicht mehr Teil des Berufungsverfahrens.

Erschließungsvereinbarungen

[48] c) Erschließungsvereinbarungen (UR-Nr. 759/15, 810/15, 894/15, 918/15, 920/15 und 967/15):

Vorliegen eines berechtigten Sicherungsinteresses kann offen bleiben, jedenfalls kann dem Kläger insoweit ein Verschulden nicht zur Last gelegt werden

[49] Es kann im Ergebnis offenbleiben, ob die Bejahung eines berechtigten Sicherungsinteresses auch in diesen Fällen vom Beurteilungsspielraum des Klägers gedeckt war. Jedenfalls kann dem Kläger insoweit ein Verschulden nicht zur Last gelegt werden.

Besonderheit, dass Erschließungsleistungen nicht von der Verkäuferin, sondern von einer mir ihr nicht identischen Gesellschaft erbracht werden sollten

[50] aa) Die – jeweils gleichzeitig mit den dazu gehörigen Grundstückskaufverträgen – beurkundeten Erschließungsvereinbarungen wiesen die Besonderheit auf, dass die Erschließungsleistungen nicht von der Verkäuferin, sondern von einer mit ihr zwar verbundenen, aber nicht identischen Gesellschaft (Erschließungsgeberin) erbracht werden sollten. Da die formelle Planreife (§ 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB) zwar erwartet wurde, aber noch ausstand, war den Käufern unter bestimmten Voraussetzungen ein Rücktrittsrecht gegenüber der Verkäuferin eingeräumt worden. Von dem Bestand des jeweiligen Kaufvertrages sollten auch die damit korrespondierenden Erschließungsvereinbarungen abhängen. Bis zu einer – noch nicht absehbaren – Eintragung der Käufer als Eigentümer kamen die Erschließungsleistungen ausschließlich der Verkäuferin zugute. Die Erschließungsnehmer, denen der Besitz an dem jeweiligen Grundstück zum Zwecke des Baubeginns vorzeitig übergeben werden sollte, waren gleichwohl an einer alsbaldigen Erschließung der Baugrundstücke interessiert.

Erschließungsgeberin wollte das mit ihrer Vorleistungspflicht (§ 631 Abs. 1, § 641 BGB) verbundene Risiko, das vereinbarte Entgelt nicht zu erhalten, absichern

[51] bb) In dieser Situation war es grundsätzlich nachvollziehbar, dass die Erschließungsgeberin das mit ihrer Vorleistungspflicht (§ 631 Abs. 1, § 641 BGB) verbundene Risiko, das vereinbarte Entgelt nicht zu erhalten, absichern wollte, zumal sie, solange die Erschließungsnehmer nicht Eigentümer des jeweiligen Grundstücks waren, von diesen weder – jedenfalls nach damaliger Gesetzeslage einen Wertzuwachs beim Auftraggeber erfordernde – Abschlagszahlungen (§ 632 a BGB in der bis 31. Dezember 2017 gültigen Fassung gemäß Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen vom 23. Oktober 2008, BGBl. I S. 2022) noch die Einräumung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 Abs. 1 BGB (in der bis 31. Dezember 2017 gültigen Bekanntmachung der Neufassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 2. Januar 2002; jetzt: § 650 e BGB in der Fassung 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. April 2017, BGBl. I S. 969) an dem Baugrundstück verlangen konnte.

Bedenken gegen die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Klauseln betreffen eine vorgelagerte Frage

[52] cc) Ob Bedenken gegen die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Klauseln bestehen und ihre Verwendung

durch den Kläger etwaig einen Verstoß gegen seine sich aus § 17 Abs. 1 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO ergebenden Amtspflichten darstellte, betrifft eine andere – dem Verwahrungsgeschäft vorgelagerte – Fragestellung.

Unwirksamkeit der Klausel ist nicht Gegenstand des disziplinarrechtlichen Vorwurfs in der angefochtenen Verfügung

[53] Der Beklagte macht insoweit nunmehr einen Verstoß gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB geltend, weil die verwendeten Klauseln mit den wesentlichen Grundgedanken des Werkvertragsrechts – insbesondere der Vorleistungspflicht des Werkunternehmers – nicht in Einklang stünden. Ist eine Klausel unwirksam, muss der Notar die Beurkundung des Vertrages jedenfalls dann ablehnen, wenn er dies eindeutig erkennen kann (vgl. Sandkühler aaO § 14 Rn. 122). Eine solche unwirksame Klausel beurkundet zu haben, war jedoch nicht Gegenstand des disziplinarrechtlichen Vorwurfs in der angefochtenen Verfügung.

Qualifikation als AGB kann dahinstehen

[54] Es kann daher dahinstehen, ob es sich bei den in allen Erschließungsvereinbarungen verwendeten Klauseln um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelte (vgl. dazu zB Sandkühler aaO Rn. 114) und ob die Klauseln die Erschließungsnehmer als Verbraucher unangemessen benachteiligten oder möglicherweise ein Umgehungsgeschäft im Sinne von § 306 a BGB – bezogen auf das Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB (vgl. dazu etwa BGH, Urteil vom 11. Oktober 1984 – VII ZR 248/83, NJW 1985, 852 unter d) oder wegen einer künstlichen Aufspaltung eines anderenfalls als Bauträgervertrag zu bewertenden Geschäfts – vorlag.

Jedenfalls hätte das akzessorische Verwahrungsgeschäft kein eigenständiges disziplinarisches Gewicht

[55] Selbst wenn die Klauseln über die Hinterlegung aus materiell-rechtlichen Gründen unwirksam wären und man deswegen ein berechtigtes Sicherungsinteresse an einer darauf beruhenden Verwahrung verneinen wollte, würde sich insoweit nur ein bereits auf der Ebene des Beurkundungsgeschäfts begangener Fehler fortsetzen, dem in Bezug auf das dem Vollzug dienende – und insoweit akzessorische – Verwahrungsgeschäft kein eigenständiges disziplinarisches Gewicht mehr zukäme.

Denn jedenfalls ist dem Kläger ein Verschulden nicht vorzuwerfen

[56] dd) Ob unabhängig von vorstehenden Erwägungen die oben beschriebene Interessenlage der Beteiligten die Annahme eines berechtigten Sicherungsinteresses unter Berücksichtigung des dem Kläger zustehenden Beurteilungsspielraums rechtfertigte, braucht ebenfalls nicht abschließend entschieden werden. Denn jedenfalls wäre dem Kläger insoweit ein Verschulden nicht vorzuwerfen.

Kein Verschulden des Notars, wenn die von ihm vorgenommene Gesetzesauslegung zwar möglicherweise objektiv unrichtig, aber nach gewissenhafter Prüfung der zu Gebote stehenden Hilfsmittel auf vernünftige Erwägungen gestützt ist

[57] Die Rechtsanwendung durch den Notar bei der Auslegung einer Rechtsvorschrift – wie der des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG a.F./§ 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG n.F. – fällt in den Schutz der Unabhängigkeit des Amts.

Daher darf der Vorwurf einer schuldhaften Amtspflichtverletzung nicht bereits deshalb erhoben werden, weil ein Gericht – oder wie hier die Dienstaufsicht – eine andere Ansicht vertreten hat (vgl. Senat, Beschluss vom 20. Juli 2015 – NotSt(Brfg) 3/15, DNotZ 2016, 72 Rn. 19). Bei einer lediglich fehlerhaften Rechtsanwendung darf die Dienstaufsicht erst dann einschreiten, wenn dem Notar eine schuldhafte Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann (Senat, Beschluss vom 13. Dezember 1971, NotZ 2/71, BGHZ 57, 351, 354). Es fehlt an einem Verschulden des Notars, wenn die von ihm vorgenommene Gesetzesauslegung zwar möglicherweise objektiv unrichtig, aber nach gewissenhafter Prüfung der zu Gebote stehenden Hilfsmittel auf vernünftige Erwägungen gestützt ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn es sich um eine Bestimmung handelt, die für die Auslegung Zweifel in sich trägt und bei der die Zweifelsfragen noch nicht ausgetragen sind (vgl. Senat, Beschluss vom 20. Juli 2015 aaO; siehe auch Senat, Beschluss vom 13. Dezember 1971 aaO S. 355).

Die Übernahme der jeweiligen Verwahrungsgeschäfte durch den Kläger war von vernünftigen Erwägungen getragen

[58] Die Übernahme der jeweiligen Verwahrungsgeschäfte durch den Kläger war jedoch – wie die obige Erörterung zeigt – von vernünftigen Erwägungen getragen. Dass die Auslegung der Vorschrift des § 54 a Abs. 2 Nr. 2 BeurkG a.F./§ 57 Abs. 2 Nr. 2 BeurkG n.F. – von eindeutigen Ausnahmefällen abgesehen – (einzelfallabhängige) Zweifel beinhaltet, ergibt sich schon aus der von der Einschätzung der Dienstaufsicht abweichenden Bewertung der Diensthandlungen des Klägers durch den mit zwei Berufsrichtern und einem Notar besetzten fachkundigen Senat für Notarsachen des Kammergerichts, der die Beurteilung des Sicherungsinteresses durch den Kläger gebilligt und sein Vorgehen als amtspflichtgemäß erachtet hat. Der Begriff des „berechtigten Sicherungsinteresses“ hat bisher noch wenig Ausformung durch die Rechtsprechung erfahren, woran der Kläger sich hätte orientieren können. Eindeutige Judikate zu vergleichbaren Fallgestaltungen wie denjenigen, die den Beurkundungen des Klägers zugrunde lagen, gab es nicht. Auch die von der Bundesnotarkammer und den Ländernotarkammern entwickelten und in der Literatur diskutierten Fallgruppen boten keine eindeutige, in eine bestimmte Richtung weisende Entscheidungshilfe für die Einschätzung des berechtigten Sicherungsinteresses in den hier gegebenen Konstellationen, sondern ließen Raum für die vom Kläger vorgenommene Einzelfallbewertung.

[59] ee) Die Gestaltung der Auszahlungsvoraussetzungen (vgl. § 54 a Abs. 2 Nr. 2 BeurkG a.F., § 57 Abs. 2 Nr. 2 BeurkG n.F.) in der Verwahrungsanweisung, die der Beklagte beanstandet, betrifft schließlich wiederum eine von dem Vorliegen eines berechtigten Sicherungsinteresses zu unterscheidende Frage, die ebenfalls nicht Gegenstand der angefochtenen Disziplinarverfügung war.

III.

[60] Die Kostenentscheidung beruht auf § 109 BNotO, § 96 Abs. 1 BNotO, § 77 BDG, § 154 Abs. 2 VwGO. Eine Streitwertentscheidung ist nicht veranlasst (vgl. Senat, Beschluss vom 28. August 2019 – NotSt(Brfg) 1/18, juris Rn. 134, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 223, 335; BVerwG NVwZ-RR 2010, 166; Wittkowski in Urban/Wittkowski, BDG, 2. Aufl., § 78 Rn. 3).

7. Berufsrecht – Zur Bedeutung des Gebots notarieller Unparteilichkeit im Rahmen des Urkundenvollzugs

(BGH, Beschluss vom 16.11.2020 – NotSt(Brfg) 3/20)

BeurkG § 53

BNotO § 14 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 2

GBO § 15 Abs. 2

1. Der Notar bleibt nach § 53 BeurkG auch dann zum Vollzug einer durch ihn errichteten Urkunde verpflichtet, wenn ein Beteiligter nachträglich seinen Willen geändert und den vom Notar nur in seinem Namen gestellten Eintragungsantrag beim Grundbuchamt wirksam wieder zurückgenommen hat.
2. Enthält die notarielle Urkunde ausdrücklich nur den Antrag eines Beteiligten (hier: der Käuferin) auf Vornahme einer Grundbucheintragung nebst entsprechender Bewilligung des anderen Beteiligten (hier: des Verkäufers), verstößt der Notar gegen seine Pflicht zu unabhängiger und unparteiischer Betreuung (vgl. § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO), wenn er nach Antragsrücknahme durch den Käufer nunmehr abweichend vom Inhalt der notariellen Urkunde einen Eintragungsantrag im Namen des Verkäufers stellt und es unterlässt, den Käufer darüber zu informieren.

(RNotZ- Leitsätze)

Zur Einordnung

Gelegentlich werden sich die Beteiligten im Nachgang einer Beurkundung uneinig darüber, ob und ggf. wie ihre Erklärungen zu vollziehen sind. Der in einen Streit dieser Art involvierte Notar bewegt sich in einem Spannungsfeld verschiedener Amtspflichten, die von ihm einerseits eine ordnungsgemäße Vollzugstätigkeit (§ 53 BeurkG), andererseits eine unparteiische Betreuung aller Beteiligten (§ 14 Abs. 1 S. 2 BNotO) verlangen.

Gem. § 53 BeurkG ist der Notar gehalten, den Vollzug seiner Urkunden beim Grundbuchamt oder Registergericht sobald wie möglich zu betreiben, es sei denn, dass alle Beteiligten gemeinsam im Wege einer Vollzugsanweisung etwas anderes verlangen. Insbesondere in Grundstückskaufverträgen wird von Anweisungen, die für einen verzögerten Urkundenvollzug sorgen, gezielt Gebrauch gemacht: So soll der Antrag auf Eigentumsumschreibung auf den Käufer im Sicherungsinteresse des Verkäufers nicht sofort, sondern erst dann gestellt werden, wenn dem Notar die Zahlung des Kaufpreises vom Verkäufer bestätigt oder vom Käufer in geeigneter Form nachgewiesen ist.

Im Grundsatz gilt, dass der Notar eine ihm erteilte Vollzugsanweisung wortlautgetreu befolgen muss. Er darf von ihr allenfalls in eng umgrenzten Fällen abweichen, etwa wenn die materiell-rechtliche Unwirksamkeit einer solchen Anweisung ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar ist (BGH RNotZ 2020, 237 [241] m. Einordn. d. Schriftltg.; BayObLG 1998, 646 [648]; OLG Köln OLGZ 1990, 397 [401]; Grein RNotZ 2004, 115 [117 f.]). Wie vorstehend bereits angedeutet, darf sich der Notar allerdings nicht allein von seiner Pflicht aus § 53 BeurkG zum anweisungsgemäßen bzw. möglichst baldigen Vollzug leiten lassen. Seine Pflicht zur Wahrung der Unparteilichkeit nach § 14 Abs. 1 S. 2 sowie Abs. 3 S. 2 BNotO kann im Einzelfall entgegenstehen. Die Anforderungen hierfür sind allerdings hoch. Wie der BGH erst 2019 im Wege einer Änderung seiner eigenen früheren Rechtsprechung

entschieden hat, darf der Notar den Vollzug seiner Urkunde nicht allein deswegen aussetzen, weil ein einzelner Beteiligter die Wirksamkeit der zu vollziehenden Erklärungen mit beachtlichen Gründen bestreitet (BGH RNotZ 2020, 237 [244] m. Einordn. d. Schriftltg.).

Hier beabsichtigte eine Grundstückskäuferin – offenbar erst nach bereits erfolgter Kaufpreiszahlung – sich doch noch vom Vertrag zu lösen und den weiteren Vollzug zu stoppen. Um den Eigentumserwerb endgültig zu verhindern, erklärte sie selbst gegenüber dem Grundbuchamt die Rücknahme des vom Notar bereits gestellten Umschreibungsantrages, woraufhin dieser die Umschreibung nunmehr erneut – diesmal allein im Namen des Verkäufers – beantragte, ohne die Käuferseite über diese Vorgehensweise zu informieren. Nach Ansicht des BGH hat der Notar damit zwar seinen Vollzugspflichten aus § 53 BeurkG entsprochen, wegen der fehlenden Benachrichtigung der Käuferin aber gegen sein Gebot zur Unparteilichkeit nach § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO verstoßen.

Die Entscheidung verdeutlicht, dass der Notar nicht allein zwischen den Optionen „Vollzug“ und „Vollzugsstopp“ zu entscheiden hat. Es kann auch sein, dass er gem. § 53 BeurkG zum weiteren Vollzugsbetrieb verpflichtet ist, aber zur Wahrung seiner Unparteilichkeit weitere Amtshandlungen im Interesse desjenigen vorzunehmen hat, der hierdurch Nachteile erleiden könnte. Nicht nur zur Vermeidung einer etwaigen Amtshaftung – sondern gleichermaßen zur Erfüllung einer aus dem Gebot zur Unparteilichkeit entwickelten Informationspflicht – erscheint es für die notarielle Praxis empfehlenswert, bei Vollzugsstreitigkeiten das weitere Vorgehen zunächst in einem gem. § 15 Abs. 2 BNotO beschwerdefähigen Vorbescheid anzukündigen (vgl. Kasper RNotZ 2018, 133 [159 ff.]; Cramer NJW 2020, 616; allgemein zum Vorbescheid Hariefeld RNotZ 2019, 365 ff.).

Die Schriftleitung (JHB)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Der 1950 geborene – disziplinarrechtlich einmal wegen Verstoßes gegen das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG in Erscheinung getretene – Kläger beurkundete am 21. Juni 2017 einen Grundstückskaufvertrag, der in § 8 die Auflassungserklärungen, den Antrag der Käuferin auf Eintragung der Rechtsänderung sowie die entsprechende Bewilligung – jedoch keinen eigenen Antrag – des Verkäufers enthielt. Dementsprechend beantragte der Kläger die Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt. Die Kaufvertragsparteien gerieten nach der Beurkundung in Streit miteinander, woraufhin die Käuferin den Kläger ersuchte, den Antrag wieder zurückzunehmen. Der Verkäufer trat dem entgegen. Nachdem die Käuferin selbst den Antrag auf Eigentumsumschreibung zurückgenommen und das Grundbuchamt das Vorliegen eines Eintragungshindernisses festgestellt hatte, legte der Kläger beim Grundbuchamt – erfolglos – Beschwerde ein. Anschließend beantragte er – nunmehr im Namen und Auftrag des Verkäufers – die Umschreibung des Eigentums, ohne die Käuferin davon zu benachrichtigen. Das Grundbuchamt nahm daraufhin die entsprechende Eintragung vor. Die Beklagte, die auf den Sachverhalt durch eine Beschwerde der Käuferin aufmerksam geworden war, verhängte gegen den Kläger mit der angefochtenen Disziplinarverfügung eine Geldbuße von 7.500 €. Auf die dagegen erhobene Klage hat das Oberlandesgericht, das eine schuldhafte Dienstpflichtver-

letzung wegen Verstoßes des Klägers gegen das Gebot der Unparteilichkeit bejaht hat, die Geldbuße auf 4.000 € ermäßigt. Dagegen richtet sich der Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung. Inzwischen hat er die Altersgrenze erreicht und ist aus dem Notaramt ausgeschieden.

[2] Nachdem die Präsidentin des Landgerichts Bückeburg mit Verfügung vom 17. Juli 2020 das Disziplinarverfahren eingestellt hat, haben die Beteiligten den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt.

Aus den Gründen:

II.

Aufgrund übereinstimmender Erledigungserklärungen war das Verfahren einzustellen

[3] 1. Aufgrund der übereinstimmenden Erledigungserklärung der Parteien ist das Verfahren einzustellen und die Unwirksamkeit des in erster Instanz ergangenen Urteils des Oberlandesgerichts auszusprechen (§ 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO [analog] beziehungsweise § 173 Satz 1 VwGO, § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO [analog] jeweils in Verbindung mit § 3, § 65 Abs. 1 Satz 1 BDG und § 109 BNotO; vgl. W.-R. Schenke in Kopp/Schenke, VwGO, 26. Aufl., vor § 124 Rn. 43 und R. P. Schenke aaO § 161 Rn. 15 mwN).

Entscheidung über die Kosten des Verfahrens

[4] 2. Gemäß § 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 3, § 77 Abs. 1 BDG, § 109 BNotO ist nunmehr nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden. Danach sind die Kosten des zweiten Rechtszuges dem Kläger aufzuerlegen und die Kosten erster Instanz – entsprechend dem Urteilsausspruch des Oberlandesgerichts – gegeneinander aufzuheben.

Dass die Aufsichtsbehörde das Disziplinarverfahren eingestellt hat, ist für die Kostenentscheidung irrelevant

[5] a) Zwar hat sich die Beklagte durch die Einstellung des Disziplinarverfahrens – und die damit zugleich zum Ausdruck gebrachte Aufhebung der Disziplinarverfügung – freiwillig in die Rolle der Unterlegenen begeben. Dies ist vorliegend aber ohne Relevanz. Denn Grund dafür war allein, dass der Kläger infolge seines altersbedingten Ausscheidens aus dem Notaramt (§ 48 a BNotO) nicht mehr dem persönlichen Geltungsbereich der disziplinarrechtlichen Bestimmungen der Bundesnotarordnung unterfällt und mithin die disziplinarrechtliche Verfolgbarkeit des ihm angelasteten Disziplinarvergehens weggefallen ist (vgl. Senat, Beschlüsse vom 8. April 2019 – NotSt(Brfg) 3/18, BeckRS 2018, 43112 Rn. 3 und vom 18. Juli 2011 – NotSt(Brfg) 1/11, BGHZ 190, 278 Rn. 5).

Maßgebend für die Kostenentscheidung ist, dass der Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte

[6] b) Für die Kostenentscheidung maßgebend ist, dass der Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung ohne sein Ausscheiden aus dem Notaramt und die daraufhin erfolgte Einstellung des Disziplinarverfahrens keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte.

Die Vorinstanz hat zu Recht einen Verstoß des Notars gegen die Pflicht zu unparteiischer Betreuung der Urkundsbeteiligten erkannt

[7] aa) Zu Recht ist das Oberlandesgericht davon ausgegangen, dass der Kläger gegen das ihm obliegende Gebot

der Unparteilichkeit (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO) – ein das Notaramt schlechthin prägendes Wesensmerkmal (vgl. zB Senat, Beschluss vom 26. November 2012 – NotSt(Brfg) 2/12, DNotZ 2013, 310 Rn. 17; Frenz in Frenz/Miermeister, Bundesnotarordnung, 5. Aufl., § 14 BNotO Rn. 7) – verstoßen hat, indem er zumindest den Anschein erweckte, sich gegenüber dem Grundbuchamt einseitig für die Interessen des Verkäufers eingesetzt zu haben.

[8] (1) Das Oberlandesgericht hat es als pflichtwidrig angesehen, dass der Kläger ungeachtet des entgegenstehenden Willens der Käuferin, die ihren Antrag auf Eigentumsumschreibung wirksam zurückgenommen hatte und an dem Vertrag nicht mehr länger festhalten wollte, einen neuen – nunmehr im Auftrag des Verkäufers gestellten – Antrag auf Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt eingereicht hat, ohne die Käuferin darüber zu informieren und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme sowie zur Einlegung von Rechtsbehelfen zu geben.

[9] (2) Diese Erwägungen sind nicht zu beanstanden.

Zwar ist richtig, dass der Notar gem. § 53 BeurkG zum grundbuchlichen Vollzug der bei ihm beurkundeten Erklärungen verpflichtet war

[10] (a) Den Eintragungsantrag des Verkäufers beim Grundbuchamt gestellt zu haben, konnte dem Kläger indessen als solches nicht vorgeworfen werden. Denn er war gemäß § 53 BeurkG zum Vollzug der von ihm beurkundeten Willenserklärungen verpflichtet. Dem stand die Rücknahme des Eintragungsantrags der Käuferin nicht entgegen. Bei Vollzugsreife des Vertrages hat der Notar unverzüglich die notwendigen Erklärungen und Bewilligungen beim Grundbuchamt einzureichen (Winkler, Beurkundungsgesetz, 19. Aufl., § 53 Rn. 16 f.; Seger in Armbrüster/Preuß/Renner, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 8. Aufl., § 53 BeurkG Rn. 1, 16, 21). Die Einreichungspflicht besteht jedenfalls gegenüber den im Sinne von § 6 BeurkG formell am Urkundsgeschäft Beteiligten (Seger aaO Rn. 19; Herrler in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, Beurkundungsgesetz Rn. 654). Zur Vorlage ist der Notar nur dann nicht verpflichtet, wenn „alle Beteiligten gemeinsam etwas anderes verlangen“. Vorliegend haben die Beteiligten dem Kläger in der Urkunde den gemeinsamen Treuhandauftrag erteilt, die Eintragung des Eigentümerwechsels erst zu beantragen, wenn ihm die Zahlung des Kaufpreises schriftlich nachgewiesen war (sogenannte Vorlagesperre; vgl. Seger aaO Rn. 33). Von einem solchen (gemeinsamen) Treuhandauftrag darf der Notar nicht aufgrund einseitiger Weisung eines Beteiligten abweichen. Die Urkundsbeteiligten können den Notar nur gemeinsam anweisen, den Urkundenvollzug – (weiterhin) einstweilen oder vollständig – auszusetzen (Seger aaO Rn. 30 f.; Winkler aaO Rn. 22 f.; Herrler aaO Rn. 657; Lerch, Beurkundungsgesetz, 5. Aufl., § 53 Rn. 13, 16). Dementsprechend ist der einseitige Widerruf einer Vollzugsanweisung – von hier nicht gegebenen Ausnahmefällen abgesehen – regelmäßig unbeachtlich. Der Notar darf den Vollzug deswegen nicht aufschieben (Winkler aaO Rn. 25).

[11] Von diesem dem Notar erteilten Auftrag ist die – nur verfahrensrechtlich bedeutsame – Rücknahme der Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt zu unterscheiden. Die wirksame Rücknahme des Eintragungsantrags der Käuferin berührte die materiell-rechtlichen Erklärungen in der Urkunde nicht (§ 873 Abs. 2 BGB; vgl. auch Hügell/Reetz, Grundbuchordnung, 4. Aufl., § 13 Rn. 133; Demharter, Grundbuchordnung 31. Aufl. § 13 Rn. 39) und

stand mithin der sich aus dem Vertrag ergebenden Pflicht zum Vollzug des Vertrages ebenso wenig entgegen wie der nachträglich geänderte Wille der Käuferin. Durchgreifende – dem Kläger bekannt gewordene – Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit des beurkundeten Geschäfts, die dessen Vollzug hätten entgegenstehen können, sind nicht vorgebracht und auch sonst nicht ersichtlich. Ein Verstoß gegen die Pflicht zur Neutralität liegt in dem Urkundenvollzug mithin gerade nicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verstößt der Notar, der seiner Amtspflicht zur Einreichung vollzugsreifer Urkunden nachkommt, im Übrigen selbst dann nicht gegen seine Pflicht zu unabhängiger und unparteiischer Betreuung aus § 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 BNotO, wenn ein Beteiligter die Wirksamkeit der zu vollziehenden Erklärung mit beachtlichen Gründen bestreitet (BGH, Beschluss vom 19. September 2019 – V ZB 119/18, NJW 2020, 610 Rn. 40).

Allerdings hätte der Notar die Käuferin, nachdem diese den ursprünglich gestellten Eintragungsantrag zurückgenommen hat, über seine erneute Antragstellung – nunmehr im Namen des Verkäufers – informieren müssen

[12] (b) Allerdings hat das Oberlandesgericht dem Kläger unter den hier gegebenen besonderen Einzelfallumständen zu Recht angelastet, die Käuferin nach Rücknahme ihres Antrags nicht über den nunmehr namens des Verkäufers gestellten Umschreibungsantrag und die Absicht, ihn beim Grundbuchamt einzureichen, unterrichtet zu haben.

[13] Dazu bestand aus folgenden Gründen Veranlassung:

[14] § 8 der Vertragsurkunde enthielt ausdrücklich nur einen Antrag der Klägerin auf Eintragung der Rechtsänderung nebst entsprechender Bewilligung des Verkäufers. In einem solchen Fall kann, wenn der Notar – wie vorliegend – den Antrag nur wiederholt, gerade nicht unterstellt werden, er sei im Sinne von § 15 Abs. 2 GBO im Zweifel für alle Antragsberechtigten gestellt worden (vgl. Wilke in Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl., § 15 Rn. 9). Diesen nur in ihrem Namen gestellten Antrag hatte die Käuferin gegenüber dem Grundbuchamt jedoch wirksam wieder zurückgenommen. Damit hatte sie aus ihrer Sicht alles getan, um die – mittlerweile von ihr unerwünschte – Eigentumsumschreibung zu verhindern. Wenn der Kläger in dieser konkreten Situation von dem in der notariellen Urkunde vorgezeichneten Weg abweichen und stattdessen – was aus den vorstehenden Gründen als solches nicht zu beanstanden ist – einen Umschreibungsantrag im Auftrag des Verkäufers stellen wollte, musste er sie davon unterrichten. Denn es liegt auf der Hand, dass die Käuferin glaubte, durch die Antragsrücknahme die Eigentumsumschreibung zumindest vorläufig unterbunden zu haben. Mit dem – in die Urkunde gerade nicht aufgenommenen – Antrag des Verkäufers musste sie nicht ohne weiteres rechnen. Auf diese Weise nahm der Kläger der Käuferin, von der er wusste, dass sie die Auffassung vertrat, der Vertrag sei unwirksam, die Möglichkeit, gegebenenfalls im Wege einer einstweiligen Verfügung gegen die Eintragung vorzugehen, sondern stellte sie vor vollendete Tatsachen. Dass dies – ungeachtet der Frage, ob ein gerichtliches Vorgehen der Käuferin hätte Erfolg haben können – den Eindruck erwecken konnte, er begünstige einseitig die Interessen des Verkäufers, der anders als die Käuferin in die Vorgänge einbezogen worden war, musste sich dem Kläger aufdrängen. Dies gilt umso mehr, als er auf vorherige Eingaben der Käuferin entweder gar nicht oder nur unwirsch reagierte hatte.

[15] Gegenstand des dem Kläger zu machenden Vorwurfs ist daher nicht, wie er mit den verschiedenen Anträgen umgegangen ist, sondern die – in dieser Konstellation gebotene – fehlende Information der Käuferin, die ihr in Verbindung mit den sonstigen Umständen der Vertragsabwicklung Anlass zu der Befürchtung gab, der Kläger stehe auf der Seite des Verkäufers, auch wenn dies objektiv unbegründet gewesen sein mag. Als unabhängiger und unparteiischer Betreuer aller Beteiligten darf sich der Notar jedoch nicht einmal den Anschein der Abhängigkeit und Parteilichkeit geben (vgl. Senat, Beschluss vom 26. November 2012, aaO). Deshalb kann dem Kläger auch nicht durchgreifend zugutegehalten werden, dass er im Zusammenhang mit dem Ersuchen der Käuferin, den Eintragungsantrag zurückzunehmen, eine Auskunft des Deutschen Notarinstituts eingeholt hat.

Zur Angemessenheit der verhängten Geldbuße

[16] (c) Die verhängte, von der Vorinstanz bereits auf 4.000 € ermäßigte Geldbuße wäre – auch bei Berücksichtigung eines nur fahrlässigen Verschuldens des Notars – zur Ahndung des den Kernbereich des Notar-amts schlechthin betreffenden Dienstvergehens angemessen, aber auch ausreichend gewesen, wobei wegen der weiteren zu Gunsten und zu Lasten des Klägers zu berücksichtigenden Umstände auf das Urteil des Oberlandesgerichts Bezug genommen werden kann.

Keine Zulassung der Berufung aus sonstigen Gründen

[17] bb) Grundsätzliche Bedeutung kam der von dem zugrundeliegenden Einzelfall geprägten Rechtssache ersichtlich nicht zu (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO iVm § 65 Abs. 1 BDG, § 105 BNotO). Sonstige Zulassungsgründe waren ebenso wenig in Betracht zu ziehen. ■

8. Berufsrecht – Zur Beschränkung des Prüfungsstoffs der notariellen Fachprüfung auf die Grundzüge eines Rechtsgebiets

(BGH, Beschluss vom 16.11.2020 – NotZ(Brfg) 5/20)

BNotO §§ 7 a ff.

NotFV §§ 5 Abs. 1 Nr. 2, 18 Abs. 2

1. § 18 Abs. 2 NotFV stellt eine Ausschlussfrist dar.
2. Zu der Bedeutung der Beschränkung des Prüfungsstoffs auf die Grundzüge eines Rechtsgebiets und zur Rechtmäßigkeit von Bewertungen schriftlicher Prüfungsleistungen bei der notariellen Fachprüfung.

Zur Einordnung

Die nachstehend abgedruckte Entscheidung befasst sich mit mehreren Fragen rund um die notarielle Fachprüfung. Diese betreffen unter anderem die zeitliche Präklusion bei der Rüge von Mängeln im Prüfungsverfahren sowie die Bandbreite des zulässigen Prüfungsstoffs.

Im Bereich des Anwaltsnotariats soll als Notar nur bestellt werden, wer mindestens fünf Jahre – davon drei Jahre ununterbrochen vor Ort – in nicht unerheblichem Umfang für verschiedene Auftraggeber als Rechtsanwalt tätig war, die notarielle Fachprüfung bestanden hat und sich in dem Zeitraum zwischen Bestehen der Prüfung und Ablauf der Frist zur Bewerbung auf eine offene Notarstelle hinreichend fortgebildet hat (§ 6 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1 bis 4 BNotO). Detaillierte Vorschriften zur Durchführung der notariellen Fachprüfung finden sich in §§ 7 a ff.

BNotO. Sowohl im schriftlichen als auch im mündlichen Prüfungsteil sind gem. § 7 Abs. 4 S. 1 BNotO Fragen und Aufgaben aus dem gesamten Bereich der notariellen Amtstätigkeit zu stellen und vom Prüfling zu beantworten. Nähere Vorgaben – insbesondere zum zulässigen Prüfungsstoff – ergeben sich aus § 7 Abs. 4 S. 1 BNotO iVm der Verordnung über die notarielle Fachprüfung („NotFV“). Gem. § 5 Abs. 1 Nr. 2 NotFV umfasst der Prüfungsstoff unter anderem „das Recht der Personengesellschaften und Körperschaften einschließlich der Grundzüge des Umwandlungs- und Stiftungsrechts“.

Eine klärende Stellungnahme des BGH dazu, was speziell im Rahmen der notariellen Fachprüfung unter der Beschränkung auf die „Grundzüge“ eines Rechtsgebiets zu verstehen ist, hat bis zuletzt gefehlt. Nunmehr hat sich der BGH dahingehend geäußert, dass sich daraus keine Begrenzung des Schwierigkeitsgrads der Prüfungsaufgaben herleiten lässt. Zulässig ist es vielmehr, sowohl die allgemeinen Grundlagen des betreffenden Rechtsgebiets sowie diejenigen Einzelthemen abzufragen, die nach ihrem Inhalt und der Häufigkeit, mit der sie sich stellen, für die notarielle Amtstätigkeit von erheblicher Bedeutung sind. Im konkreten Fall sah es der BGH vor diesem Hintergrund als zulässig an, wenn im Rahmen einer Klausur von den Prüflingen erwartet wird, einen Vertrag zur Ausgliederung eines einzelkaufmännischen Unternehmens auf eine bestehende GmbH & Co. KG zu entwerfen.

Die Entscheidung des BGH gibt sowohl Prüflingen als auch Prüfern nähere Orientierung zum Umfang des zulässigen Prüfungsstoffs der notariellen Fachprüfung. Zugleich wird demonstriert, dass der Zugang zum Notarberuf auch im Bereich des Anwaltsnotariats ein hohes Ausbildungsniveau voraussetzt. Abschließend sei erwähnt, dass es sich beim Umwandlungs- und Stiftungsrecht um die einzigen Rechtsgebiete handelt, die nach § 5 NotFV lediglich in ihren „Grundzügen“ abgeprüft werden dürfen.

Die Schriftleitung (JHB)

Aus den Gründen:

Der Antrag auf Zulassung der Berufung wird abgelehnt

[1] Der Beklagte stellte fest, dass die Klägerin vom mündlichen Teil der notariellen Fachprüfung ausgeschlossen sei und diese nicht bestanden habe. Die nach erfolglosem Widerspruch gegen diesen Bescheid gerichtete Klage hat das Kammergericht abgewiesen. Die Klägerin beantragt, hiergegen die Berufung zuzulassen. Der Antrag ist nicht begründet. Ein Zulassungsgrund ist nicht gegeben. Entgegen der Auffassung der Klägerin bestehen weder ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO in Verbindung mit § 111 d Satz 2 BNotO) noch liegt ein Verfahrensmangel vor, auf dem die Entscheidung beruhen kann (§ 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO in Verbindung mit § 111 d Satz 2 BNotO).

Soweit die Klägerin eine während der Klausur F 20-87 mutmaßlich aufgetretene Lärmbelästigung rügt, ist sie damit nach § 18 Abs. 2 NotFV ausgeschlossen

[2] 1. Das Kammergericht hat zu Recht angenommen, dass sich die Klägerin auf den von ihr behaupteten Mangel einer Lärmbelästigung während der Klausur F 20-87 nicht berufen kann, weil sie diesen nicht rechtzeitig geltend gemacht hat. Zutreffend ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass es sich bei der in § 18 Abs. 2 der Verordnung

über die notarielle Fachprüfung in der Fassung vom 7. Mai 2016 (NotFV) normierten Antragsfrist um eine Ausschlussfrist handelt.

§ 18 Abs. 1 NotFV statuiert eine Ausschlussfrist für die Rüge von Prüfungsverfahrensmängeln

[3] Gemäß § 18 Abs. 1 NotFV kann auf Antrag eines Prüflings die Wiederholung der Prüfung angeordnet werden, wenn das Prüfungsverfahren mit Mängeln behaftet war, die die Chancengleichheit der Prüflinge erheblich verletzt haben. Ein solcher Antrag ist innerhalb eines Monats zu stellen, nachdem die Antragstellerin oder der Antragsteller Kenntnis von dem Mangel erlangt hat, § 18 Abs. 2 NotFV. Schon nach dem Wortlaut der Vorschrift ist der Prüfling mit einem solchen Antrag nach Ablauf der Frist ausgeschlossen. Sähe man diese dagegen nicht als Ausschlussfrist an, käme ihr – was offensichtlich sinnwidrig wäre – (gar) keine Bedeutung zu. Soweit die Klägerin auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. August 1994 (DVBl 1994, 1364, juris Rn. 6 f.) und die Kommentierung von Niehues/Fischer/Jeremias (Prüfungsrecht, 7. Aufl., Rn. 484) verweist, verkennt sie, dass die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts sowie die Ausführungen in der Kommentierung sich auf Fälle beziehen, in denen die maßgebliche Prüfungsordnung eine Ausschlussfrist nicht vorsieht. Demgegenüber weist das Kammergericht zutreffend und von der Klägerin in diesem Punkt nicht angegriffen darauf hin, dass eine Regelung, die – wie hier § 18 Abs. 2 NotFV – dazu führt, dass der Prüfling bei verspäteter Geltendmachung mit seiner Rüge ausgeschlossen ist, nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht zu beanstanden ist (BVerwGE 96, 126, juris Rn. 17 ff.; vgl. auch Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl., Rn. 478, 485, 219).

[4] Da die Klägerin hiernach mit der Geltendmachung der behaupteten Lärmbelästigung ausgeschlossen ist, hat die Vorinstanz ihre sich darauf beziehenden Beweisanträge zu Recht zurückgewiesen; auch ein Verfahrensmangel, auf dem die Entscheidung beruhen kann (§ 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO in Verbindung mit § 111 d Satz 2 BNotO), liegt daher nicht vor.

In der Klausur F 20-87 ist auch kein unzulässiger Prüfungsstoff abgefragt worden

[5] 2. Das Kammergericht hat weiter zutreffend angenommen, dass in der Klausur F 20-87 kein unzulässiger Prüfungsstoff abgefragt wird.

Allgemeine Erwägungen zur Bedeutung der Beschränkung des Prüfungsstoffs auf die „Grundzüge“ eines Rechtsgebiets

[6] a) Nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 NotFV umfasst der Prüfungsstoff das Recht der Personengesellschaften und Körperschaften einschließlich der Grundzüge des Umwandlungs- und Stiftungsrechts. Die Beschränkung auf die „Grundzüge“ eines Rechtsgebiets bedeutet, dass einerseits die allgemeinen Grundlagen dieses Sachgebietes, andererseits aber auch einzelne Fragenkreise im Überblick geprüft werden können, die nach dem Inhalt und der Häufigkeit, mit der sie sich stellen, von erheblicher Bedeutung sind, wobei sich diese erhebliche Bedeutung auf die notarielle Amtstätigkeit bezieht. Davon geht das Kammergericht unter Hinweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. April 1997 (NJW 1998, 323, juris Rn. 41) zu Recht aus. Nicht erforderlich ist es dagegen, dass die geprüften Fragen sich oftmals stellen oder gar regelmäßig auftreten. Die notarielle Amtstätigkeit beschränkt sich

nicht auf die Bewältigung von Standardsituationen. Dass sich solche Fragen hin und wieder stellen, muss für die Prüfungserheblichkeit genügen. Lediglich darf Einzelwissen in seltenen und atypischen Spezialfragen, die sich in der beruflichen Praxis kaum jemals stellen können, in der Prüfung nicht als präsentenes Wissen abgefragt werden. Nur Fragen, die nach den mit ihnen gestellten Anforderungen außerhalb dieses Rahmens liegen, sind unzulässig. Soweit sie sich hingegen im Grenzbereich bewegen und daher zulässig sind, lässt sich dies bei der Bewertung des Schwierigkeitsgrads der Prüfungsaufgabe berücksichtigen (BVerwG aaO – zur Prüfung als vereidigter Buchprüfer).

Die Beschränkung auf die „Grundzüge“ eines Rechtsgebiets bringt keine Begrenzung des Schwierigkeitsgrads der Prüfungsaufgaben mit sich

[7] Die Klägerin geht dagegen von einem unrichtigen Maßstab aus. Sie meint unter Bezugnahme auf das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 6. Mai 2014 (M 4 K 13.1953, juris Rn. 41), generell werde der Schwierigkeitsgrad der entsprechenden Aufgaben begrenzt. Nicht mehr zugelassen seien solche Fragen, die allein mit einem Grundwissen in dem bezeichneten Sachgebiet offensichtlich nicht zu lösen seien; dabei müsse die Begrenzung so gefasst werden, dass lediglich Verständnis und Arbeitsmethoden abgeprüft werden dürften. Die Klägerin verkennt indes, dass sich die Ausführungen des Verwaltungsgerichts München nicht auf die Frage beziehen, was unter den „Grundzügen“ eines Rechtsgebiets zu verstehen ist. Sie sind vielmehr zu einer § 5 Abs. 2 NotFV entsprechenden Regelung in § 58 Abs. 1 Satz 2 und 3 der bayerischen Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen vom 13. Oktober 2003 ergangen (VG München, ebenda). Gemäß § 5 Abs. 2 NotFV dürfen andere Rechtsgebiete – mit hin solche, die nicht in § 5 Abs. 1 NotFV genannt sind – im Zusammenhang mit dem Prüfungsstoff zum Gegenstand der Prüfung gemacht werden, wenn sie in der notariellen Praxis typischerweise in diesem Zusammenhang auftreten oder soweit lediglich Verständnis und Arbeitsmethode festgestellt werden sollen und Einzelwissen nicht vorausgesetzt wird, § 5 Abs. 2 NotFV.

Da sich die in der Klausur F 20-87 abgeprüften Fragen in der notariellen Praxis hin und wieder stellen und durch wortlautgetreue Anwendung des UmwG zu bewältigen waren, liegen sie im Rahmen des § 5 Abs. 1 Nr. 2 NotFV

[8] b) Das Kammergericht hat in Anwendung des von ihm zutreffend zugrunde gelegten Maßstabs zu Recht angenommen, dass sich der in der Klausur F 20-87 abgeprüfte Stoff im Rahmen des § 5 Abs. 1 Nr. 2 NotFV hält. Es reicht aus, wenn sich die Fragen für einen Notar hin und wieder stellen, wobei Einzelwissen in seltenen oder atypischen Spezialfragen, die sich in der beruflichen Praxis kaum jemals stellen können, in der Prüfung nicht als präsentenes Wissen abgefragt werden dürfen.

[9] Das war hier nicht der Fall. Der in der Klausur geprüfte Stoff bezieht sich vorrangig auf das Handelsrecht (§ 5 Abs. 1 Nr. 6 NotFV), das Recht der Personengesellschaften und Körperschaften (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 NotFV) sowie das notarielle Kostenrecht (§ 5 Abs. 1 Nr. 5 NotFV). Dabei musste neben der Anmeldung eines einzelkaufmännischen Unternehmens und einer neu errichteten GmbH & Co. KG zum Handelsregister auch ein Ausgliederungsvertrag entworfen werden, durch den das gesamte Vermögen des einzelkaufmännischen Unternehmens ausgegliedert und auf die GmbH & Co. KG übertragen wird. Dass sich eine solche Frage in der notariellen Praxis jedenfalls hin

und wieder stellt, hat das Kammergericht zu Recht angenommen. Dagegen hat sich die Klägerin auch nicht gewendet. Bei der Fertigung des Ausgliederungsvertrags war eine Vielzahl von Vorschriften des Umwandlungsgesetzes zu erkennen und zu erwägen. Mehr als eine Anwendung des jeweiligen Wortlauts der Vorschriften war aber – wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat und wogegen sich die Klägerin ebenfalls nicht wendet – nicht erforderlich. Einzelwissen in seltenen und atypischen Spezialfragen wurde nicht abgefragt.

Einzelne Ausführungen der Klägerin in der Klausur F 20-87 durften als nicht mehr vertretbar bewertet werden

[10] 3. Ebenfalls zutreffend ist das Kammergericht davon ausgegangen, dass die Erörterungen der Klägerin in der Klausur F 20-87 zu einer möglichen Umwandlung in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder eine offene Handelsgesellschaft nicht mehr vertretbar sind. Die Bewertung des Erstkorrektors ist nicht fehlerhaft.

[11] a) Nach ständiger Rechtsprechung dürfen zutreffende Antworten und brauchbare Lösungen nicht als falsch bewertet werden. Soweit die Richtigkeit oder Angemessenheit von Lösungen wegen der Eigenart der Prüfungsfrage nicht eindeutig bestimmbar sind, die Beurteilung vielmehr unterschiedlichen Ansichten Raum lässt, muss dem Prüfling ein angemessener Antwortspielraum zugestanden werden. Eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung darf nicht als falsch gewertet werden. Fachliche Meinungsverschiedenheiten zwischen Prüfer und Prüfling sind der gerichtlichen Kontrolle nicht entzogen. Vielmehr hat das Gericht aufgrund hinreichend substantiiert Einwendungen des Prüflings notfalls mit sachverständiger Hilfe darüber zu befinden, ob die von dem Prüfer als falsch bewertete Lösung im Gegenteil richtig oder jedenfalls vertretbar ist. Unter Fachfragen sind alle Fragen zu verstehen, die fachwissenschaftlicher Erörterung zugänglich sind. Hierunter fallen sowohl Fragen, die fachwissenschaftlich geklärt sind, als auch solche, die in der Fachwissenschaft kontrovers behandelt werden. Demgegenüber wird dem Prüfer ein Bewertungsspielraum zugebilligt, soweit komplexe prüfungsspezifische Bewertungen – beispielsweise bei der Gewichtung verschiedener Aufgaben untereinander, bei der Einordnung des Schwierigkeitsgrades der Aufgabenstellung oder bei der Würdigung der Qualität der Darstellung – im Gesamtzusammenhang des Prüfungsverfahrens getroffen werden müssen und sich nicht ohne weiteres in nachfolgenden Verwaltungsstreitverfahren einzelner Prüflinge isoliert nachvollziehen lassen.

[12] Es geht zunächst um Fachfragen, wenn bei einer Beurteilung juristischer Prüfungsleistungen Methodik sowie Art und Umfang der Darstellung in Bezug auf Lösungsansatz und zur Prüfung gestellte Normen in Rede stehen. Insbesondere ist der fachwissenschaftlichen Erörterung zugänglich, ob bei der Lösung eines mit der Aufgabe gestellten Rechtsproblems die Prüfung einer Norm geboten, vertretbar oder fernliegend ist. Erst wenn feststeht, dass Vorzüge und Mängel einer Arbeit unter Beachtung des dem Prüfling zukommenden Antwortspielraums fachwissenschaftlich korrekt erfasst worden sind, und sich sodann die Frage nach der Bewertung, insbesondere der richtigen Benotung stellt, ist Raum für die Annahme des prüfungsrechtlichen Bewertungsspielraums (st. Rspr., vgl. etwa Senatsbeschluss vom 13. März 2017 – NotZ(Brfg) 6/16, ZNotP 2017, 299 Rn. 4 mwN; BVerwG, NVwZ 1998, 738, juris Rn. 3 ff. mwN; vom 13. März 1998 – 6 B 28/98, juris Rn. 4; vom 28. Juni 2018 – 2 B 57/17, juris Rn. 7 ff.;

BFHE 191, 140, juris Rn. 26; Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl., Rn. 879 ff.). Gegenstand der gerichtlichen Kontrolle im Streit um die Rechtmäßigkeit der Bewertung sind die angefochtenen Ursprungsbewertungen in der Gestalt, die sie durch die Stellungnahmen der Prüfer im Überdenkungsverfahren erhalten haben (st. Rspr., vgl. etwa Senatsbeschluss vom 13. März 2017 aaO Rn. 3 mwN).

[13] b) Nach diesen Maßstäben hat das Kammergericht die Ausführungen der Klägerin in der Klausur zu Recht als nicht mehr vertretbar beurteilt. Entgegen der Ansicht der Klägerin liegt der Beurteilung des Kammergerichts kein Fehlverständnis der Aufgabenstellung zugrunde. Die Klägerin übergeht, dass es im ersten Absatz der Aufgabenstellung heißt, B wolle „eine Personengesellschaft erwerben, in der weder er noch sonst eine natürliche Person unbeschränkt haftet.“ Damit schied die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft (§§ 105, 128 HGB) ersichtlich unmittelbar aus. Zwar gibt es Gesellschaften bürgerlichen Rechts, in denen kein Gesellschafter eine natürliche Person ist, etwa bauwirtschaftliche Arbeitsgemeinschaften (vgl. z. B. BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 359). Eine solche Konstruktion kam hier aber zur Weiterführung des Tiefbauunternehmens ersichtlich nicht in Betracht. Ausführungen zur offenen Handelsgesellschaft und Gesellschaft bürgerlichen Rechts waren daher nicht mehr vertretbar. Dies gilt umso mehr, als es im zweiten Absatz der Aufgabenstellung heißt: „Der Empfehlung des Steuerberaters folgend soll eine GmbH & Co. KG geschaffen werden.“ Damit wurde den Prüflingen im Sinne einer Hilfestellung die Rechtsform der Personengesellschaft genannt, die die im ersten Absatz genannten Kriterien erfüllte.

[14] c) Nach alledem leidet das gebotene Überdenkungsverfahren in Bezug auf die Erstkorrektur der Klausur F 20-87 entgegen der Ansicht der Klägerin nicht an einem Verfahrensfehler, der sich auf das Prüfungsergebnis hätte auswirken können.

[15] Der Verfahrensfehler liegt nach Ansicht der Klägerin darin, dass eine Mitarbeiterin des Beklagten den Erstkorrektor, nachdem er im Rahmen des Überdenkungsverfahrens die Ausführungen der Klägerin als nicht vertretbar beurteilt hatte, telefonisch dahin beeinflusst habe, dass er diesem „Fehler“ mit der „Schutzbehauptung“ begegnet sei, die Ausführungen seien weder negativ noch positiv bewertet worden.

[16] Nach den obigen Ausführungen liegt aber kein „Fehler“ des Erstkorrektors vor. Der Erstkorrektor, der die Ausführungen in seinem Erst-Votum als „unnötig“ bezeichnet hat, hat mit der Bewertung „nicht vertretbar“ im Überdenkungsverfahren eine Formulierung der Klägerin in ihren Beanstandungen aufgegriffen und damit verdeutlicht, dass er die Ausführungen nicht als vertretbare Lösung und daher nicht als fachlich richtig („positiv“) bewertet hat. Das war – wie ausgeführt – im gerichtlichen Verfahren voll überprüfbar und hat sich in der Sache als richtig erwiesen. Auswirkungen des Telefonats auf das Ergebnis der Prüfungsentscheidung können daher ausgeschlossen werden (vgl. BVerwGE 105, 328, juris Rn. 21 f.; Beschluss vom 13. März 1998 – 6 B 28/98, juris Rn. 7).

Bezüglich der Klausur F 20-95 kann sich die Klägerin nicht auf Bewertungsfehler der Korrektoren berufen

[17] 4. Zu Recht hat das Kammergericht schließlich Bewertungsfehler im Hinblick auf die Klausur F 20-95 ver-

neint. Die dagegen gerichteten Rügen der Klägerin greifen nicht durch.

[18] a) Die Ansicht der Klägerin, die Bewertung des Erstkorrektors im Rahmen der Aufgabe 2 sei widersprüchlich und damit willkürlich, der Erwartungshorizont lasse sich lediglich so verstehen, dass § 139 BGB zwar hätte begutachtet werden können, dies aber keineswegs zwingend sei, greift nicht durch. Zu Recht hat das Kammergericht bereits dem Gesamtzusammenhang des Erstvotums entnommen, dass der Erstkorrektor die Prüfung von § 139 BGB erwartete. In zutreffender Anwendung der oben unter 3 a genannten Maßstäbe (vgl. insbesondere Senatsbeschluss vom 13. März 2017 aaO) hat es ferner auf die Ursprungsbewertung in der Gestalt, die sie durch die Stellungnahme des Erstkorrektors im Überdenkungsverfahren erhalten hat, abgestellt und ausgeführt, dass dieser in seiner Stellungnahme deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass er eine Prüfung von § 139 BGB verlangt habe. Damit setzt sich die Klägerin nicht auseinander.

[19] b) Der Rüge der Klägerin, sie habe im Rahmen der Aufgabe 5 ausdrücklich und inhaltlich zutreffend eine Entziehung des Pflichtteils von C angesprochen und diese Ausführungen seien unberücksichtigt geblieben, obwohl bei verständiger Würdigung zu erkennen sei, dass die Klägerin sie auch der Aufgabe 3 zugeordnet habe, ist kein Erfolg beschieden.

[20] aa) Das Vorbringen der Klägerin ist neu. Sie hat diese Rüge weder im Widerspruchsverfahren noch im Rahmen der ihr gemäß § 87 b Abs. 1 VwGO gesetzten Frist in erster Instanz erhoben. Im Laufe des gesamten bisherigen Verfahrens hat sie die Ansicht vertreten, es sei fernliegend, einen Grund zur Pflichtteilsentziehung zu bejahen. Es hätte daher nicht negativ bewertet werden dürfen, dass sie § 2333 BGB im Rahmen der Aufgabe 3 – betreffend C – nicht angesprochen habe. Der gegenteiligen Ansicht des Kammergerichts tritt die Klägerin nunmehr in Bezug auf ihre Erörterungen im Rahmen der Aufgabe 3 aber nicht mehr entgegen.

[21] bb) Soweit die Klägerin im Zulassungsantrag nun erstmals vorträgt, ihre im Rahmen der Aufgabe 5 erfolgten Ausführungen zu § 2333 BGB seien unberücksichtigt geblieben, ist sie mit diesem Vorbringen ausgeschlossen, § 87 b Abs. 1, § 128 a Abs. 1 VwGO. Zwar hat das Berufungsgericht bei der Entscheidung über den Zulassungsgrund des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO grundsätzlich auch vom Antragsteller erstmals innerhalb der Antragsfrist vortragene und nach materiellem Recht entscheidungserhebliche Tatsachen zu berücksichtigen (BVerwG, NVwZ-RR 2002, 894, juris Rn. 6). Das gilt indes nicht, wenn die Voraussetzungen des § 128 a Abs. 1 VwGO vorliegen, unter denen das Berufungsgericht neue Erklärungen und Beweismittel ausnahmsweise zurückweisen kann (BVerwG, aaO Rn. 7; BayVGh, Beschluss vom 9. Oktober 2007 – 5 ZB 07.2149, juris Rn. 11). So liegt es hier.

[22] (1) Der Vorsitzende des Senats für Notarsachen des Kammergerichts hat der Klägerin mit ihr am 18. März 2019 zugestellter Verfügung vom 13. März 2019 aufgegeben, binnen einer Ausschlussfrist von zwei Monaten ab Zustellung die Tatsachen zu bezeichnen, durch deren Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung im Prüfungsverfahren sie sich beschwert fühlt. Er hat ferner darauf hingewiesen, dass nach Ablauf der Frist vorgebrachte Erklärungen und Beweismittel zurückgewiesen werden können, § 111 b Abs. 1 BNotO, § 87 b VwGO.

[23] (2) Die Klägerin hat innerhalb der ihr gesetzten Frist nicht gerügt, dass die Korrektoren ihre im Rahmen der Aufgabe 5 erfolgten Ausführungen zu § 2333 BGB nicht oder nicht richtig bewertet hätten. Wie die Prüfer die Ausführungen zu § 2333 BGB im Rahmen der Aufgabe 5 gewertet haben, ergibt sich nicht aus den Voten des Erst- und des Zweitkorrektors. Da die Klägerin eine darauf bezogene Rüge im Widerspruchsverfahren nicht erhoben hat, hatten die Prüfer keinen Anlass, sich damit im Überdenkungsverfahren zu befassen (vgl. Niehues/Fischer/ Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl., Rn. 789; Unger, Möglichkeiten und Grenzen der Anfechtbarkeit juristischer (Staats-) Prüfungen, 2016, S. 509 ff.). Auch das Kammergericht musste nur solchen Einwendungen der Klägerin nachgehen, die diese „substantiiert“ vorgebracht hat (BVerwG, Beschluss vom 17. Januar 1995 – 6 B 39/94, juris Rn. 7 mwN; vgl. auch Unger aaO, S. 567 ff.). Die Zulassung der neuen Rüge würde die Erledigung des Rechtsstreits verzögern, zumal erneut ein Überdenkungsverfahren erforderlich wäre.

[24] c) Die Rüge der Klägerin, das Kammergericht habe in Bezug auf die Kritik des Erstkorrektors an der Bearbeitung der Aufgabe 4 (Ausführungen zu § 2333 BGB fernliegend) den Antwortspielraum der Klägerin verkannt, greift nicht durch.

[25] Zu Recht hat die Vorinstanz in zutreffender Anwendung der oben unter 3 a bereits genannten Maßstäbe in fachlicher Hinsicht überprüft, ob die Beurteilung des Erstkorrektors, die Ausführungen der Klägerin zu § 2333 BGB seien fernliegend, zutrifft. Es hat dies mit überzeugender Begründung bejaht. Auch der Senat hält es für fernliegend, im Hinblick auf das nach der Aufgabenstellung schwer geistig und körperlich behinderte neunjährige Kind E die Entziehung des Pflichtteils gemäß § 2333 BGB in mehreren Sätzen zu prüfen. Darauf, dass nach dem – ohnehin nur pauschalen – Vorbringen der Klägerin „andere Votanten“ eine Überprüfung der Voraussetzungen der Norm erwartet hätten, kommt es nicht an.

[26] d) Schließlich ist auch der im Hinblick auf die Klausur F 20-95 erhobenen Rüge der Klägerin, der Bewertungsvorgang werde den an ihn anzulegenden Maßstäben nicht gerecht, und sie habe eine Leistung erbracht, die offensichtlich durchschnittlichen Anforderungen noch genüge, kein Erfolg beschieden.

[27] aa) Die Bemessung der von einer Prüfungsaufgabe abverlangten Leistungsanforderungen gehört zu der fach- und prüfungsspezifischen Beurteilung einer Prüfungsleistung. Ebenso wie die Bewertung der Prüfungsleistungen im engeren Sinne beruht der dieser zu Grunde liegende Beurteilungsmaßstab, mithin der Inhalt und die Höhe der Leistungsanforderungen, auf fachwissenschaftlichen und prüfungsspezifischen Gesichtspunkten, so dass dem Prüfer hierbei ein weiterer Beurteilungs- und Bemessungsspielraum eingeräumt ist. Die gerichtliche Kontrollbefugnis erstreckt sich insoweit lediglich auf die Einhaltung der einschlägigen prüfungsrechtlichen Vorschriften, namentlich auf die Vereinbarkeit mit dem Ziel und Zweck der Prüfung, sowie – neben den sonstigen rechtsstaatlichen Grundanforderungen – auf die Wahrung der allgemein gültigen Bewertungsgrundsätze, wie das Willkürverbot, der Grundsatz der Chancengleichheit und das Bestehen eines Antwortspielraums (vgl. BVerfGE 84, 34, 54 f.; HessVGh, Urteil vom 29. April 2010 – 8 A 3247/09, juris Rn. 42; Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl., Rn. 639 ff.).

[28] bb) Solche Fehler zeigt die Klägerin mit ihrer Rüge nicht auf und sind auch nicht ersichtlich. Zu Recht hat das Kammergericht angenommen, dass eine vollständige Neubewertung der Leistungen der Klägerin im Rahmen des Überdenkungsverfahrens durch die Korrektoren nicht erforderlich war. Entgegen der Ansicht der Klägerin steht die Bewertung der Prüfer auch nicht im Widerspruch zu den Prinzipien der Sachbezogenheit und Systemgerechtigkeit. Die notarielle Fachprüfung dient dem Nachweis, dass und in welchem Grad ein Rechtsanwalt für die Ausübung des Notaramtes als Anwaltsnotar fachlich geeignet ist, § 7 a Abs. 2 Satz 1, § 6 Abs. 1 BNotO. Der Notar ist Trä-

ger eines öffentlichen Amtes und übt einen gebundenen Beruf aus. Ihm sind als selbständigem Berufsträger gemäß § 1 BNotO die Beurkundung von Rechtsvorgängen und andere Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege übertragen. Mit der ihm übertragenen Funktion steht er dem Richter nahe (BVerfGE 131, 130, 139). Vor diesem Hintergrund sind Anhaltspunkte dafür, dass die von den Korrektoren gestellten Anforderungen an die Güte der im Rahmen der Klausur F 20-95 abverlangten Leistung außer Verhältnis stünden zu den Anforderungen, die mit dem Ziel und Zweck der notariellen Fachprüfung vereinbar sind, weder vorgetragen noch ersichtlich. ■

RNotZ-Forum

Rechtsprechung in Leitsätzen

1. Liegenschaftsrecht – Zum Genehmigungsverfahren nach GrdstVG im Falle eines Wiederkaufs

(BGH, Urteil vom 15.5.2020 – V ZR 18/19)

BGB §§ 433 Abs. 1 S. 1, 456 Abs. 2, 883 Abs. 2, 888 GrdstVG §§ 6 Abs. 1 S. 1, 9

1. Wird die Genehmigung eines Wiederkaufs beantragt, reicht der Antragsteller nur dann die Urkunde über das zu genehmigende Rechtsgeschäft im Sinne von § 6 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG vollständig ein, wenn er den Vertrag vorlegt, in dem dem Wiederkäufer das Recht des Wiederkaufs eingeräumt worden ist; die Vorlage eines sog. Vollzugsvertrags reicht nicht.
2. Der Vorlage einer Urkunde über die Ausübung des Wiederkaufs bedarf es zur Vollständigkeit der einzureichenden Unterlagen nicht; vielmehr reicht es aus, die Ausübung des Wiederkaufsrechts der Behörde mit dem Genehmigungsantrag mitzuteilen.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris) ■

2. Liegenschaftsrecht – Zum Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt bei Vorlage von Teilerbscheinen

(KG, Beschluss vom 23.6.2020 – 1 W 1276/20)

BGB §§ 2274, 2276, 2278, 2289, 2353, 2365 GBO §§ 18, 22, 29, 35 Abs. 1 S. 2

Das Grundbuch kann nicht allein auf Grundlage von Teilerbscheinen, die die Erbteile nicht vollständig erfassen, berichtet werden. Gleichwohl ist das Verlangen des Grundbuchamts nach Vorlage eines weiteren Teilerbscheins nicht gerechtfertigt, wenn eine Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, vorliegt, aus der sich die Beteiligung der weiteren, nicht bereits von den Teilerbscheinen erfassten Miterben am Nachlass ergibt und die ohne weiteres mit den Teilerbscheinen in Übereinstimmung zu bringen ist.

(Fundstellen: beck-online, Entscheidungsdatenbank Berlin, juris) ■

3. Liegenschaftsrecht – Zum grundbuchlichen Nachweis der Vertretungsberechtigung eines Liquidators bei bereits gelöschter Firma

(KG, Beschluss vom 24.9.2020 – 1 W 1347/20)

BeurkG § 51 Abs. 1 Nr. 1
BNotO § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1
GBO §§ 13 Abs. 1 S. 1, S. 2, 18 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, 19, 29 Abs. 1 S. 2, 32 Abs. 1 S. 1, S. 2, Abs. 2, 46 Abs. 1
HGB §§ 143 Abs. 1 S. 1, 146 Abs. 1, 148 Abs. 1 S. 1, 161 Abs. 2
HRV § 22 Abs. 1 S. 1, S. 2

Die Berechtigung der Liquidatorin einer Kommanditgesellschaft, für die KG die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Rechts zu bewilligen, kann mit dem Handelsregister nicht geführt werden, wenn dort die Firma bereits vor mehreren Jahren gelöscht und das Registerblatt geschlossen worden ist.

(Fundstellen: beck-online, Entscheidungsdatenbank Berlin, juris) ■

4. Liegenschaftsrecht – Zum Nachweis der Vollstreckungsvoraussetzungen im Hinblick auf die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.4.2020 – I-3 Wx 14/20)

GBO §§ 29 Abs. 1 S. 2, Abs. 3, 71 Abs. 1, 72, 73, 75 ZPO §§ 415, 741

1. Hat das Grundbuchamt bei der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück, das zum Gesamtgut der Ehegatten in Gütergemeinschaft (hier: Errungenschaftsgemeinschaft polnischen Rechts) gehört, die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek als Vollstreckungsorgan vorzunehmen, so muss der Gläubiger die Voraussetzungen des § 741 ZPO durch formwirksame öffentliche Urkunden (§ 29 GBO) nachweisen (hier: mit Unterschrift und Stempel versehene Auskunft aus dem Gewerberegister sowie die beglaubigte Abschrift des Protokolls des Gerichtsvollziehers über das im Zusammenhang mit der Verhaftung des Schuldners erstellte Vermögensverzeichnis).

2. Wird der vom Grundbuchamt wegen Formmangels zu Recht als unzureichend beanstandete Nachweis erst im Beschwerdeverfahren nach Eingang der Akten beim Oberlandesgericht formgerecht erbracht, so führt dies (gleichwohl) zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung.

(Fundstellen: beck-online, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■

5. Liegenschaftsrecht – Zum Recht auf Grundbucheinsicht bei ausschließlich historisch begründetem Interesse des früheren Eigentümers

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.4.2020 – I-3 Wx 24/20)

BGB § 891
FamFG § 38 Abs. 3
GBO § 12 Abs. 1 S. 1

Zu einem – hier vom Senat verneinten – berechtigten Interesse des früheren Grundstückseigentümers (eingetragener Verein), zum Zwecke der Aufarbeitung seiner Historie, namentlich der Klärung der Umstände zum Verlust des Eigentums an dem Grundbesitz während des Dritten Reiches, Einblick in die Grundakte in der Zeit von 1933 bis 1938 zu verlangen.

(Fundstellen: beck-online, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■

6. Erbrecht – Zur Irrtumsanfechtung einer aufgrund behördlicher Empfehlung erklärten Erbausschlagung

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.1.2020 – I-3 Wx 167/19)

BGB §§ 119, 1954 Abs. 1, Abs. 2
FamFG §§ 58 Abs. 1, 59 Abs. 1, 61 Abs. 1, 63 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, 64

Ein Erbe, der sich ausweislich seiner wegen vermeintlicher Überschuldung des Nachlasses erklärten Ausschlagung vertiefte Gedanken über die Zusammensetzung des Nachlasses nicht gemacht hat, kann, sofern sich im Nachhinein die Werthaltigkeit herausstellt, seine Erklärung gleichwohl wegen Irrtums über die Zusammensetzung des Nachlasses (Eigenschaftsirrtum) anfechten, wenn seine Entscheidung, die Erbschaft auszuschlagen, auf einer behördlichen Empfehlung (hier von der Gemeinde im Zusammenhang mit einem Absehen wegen unbilliger Härte von einer Kostenersatzforderung für die im Wege der Ersatzvornahme veranlasste Bestattung der Erblasserin gegebene Empfehlung, das Erbe auszuschlagen) beruhte.

(Fundstellen: beck-online, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■

7. Erbrecht – Zum Umfang einer im gemeinschaftlichen Testament vorbehaltenen Abänderungsbefugnis

(OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18.5.2020 – 21 W 165/19)

BGB §§ 133, 2271

Setzen Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament ihre beiden Kinder wechselseitig bindend zu gleichen Teilen als Erben ein und soll einschränkend der überlebende Ehegatte jedoch berechtigt sein, seine Verfügung in Bezug auf die Verteilung des Vermögens unter den gemeinschaftlichen Kindern und deren Abkömmlingen abzuändern, umfasst die eingeräumte Abänderungsbefugnis in der Regel auch die Berufung eines Kindes zum Alleinerben.

(Fundstellen: beck-online, juris, Justiz Hessen) ■

8. Familienrecht – Zur Beschwerdebefugnis des Bevollmächtigten nach Widerruf der Vorsorgevollmacht

(BGH, Beschluss vom 8.7.2020 – XII ZB 68/20)

FamFG §§ 62, 70 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 293 Abs. 1, Abs. 2, 303 Abs. 4
ZPO § 411a

1. Auch nach einem wirksamen Widerruf der Vorsorgevollmacht durch den Betreuer kann der Bevollmächtigte noch im Namen des Betroffenen Beschwerde gegen die Erweiterung der Betreuung um die Befugnis des Kontrollbetreuers zum Widerruf der Vollmacht einlegen. Die trotz des Widerrufs partiell als fortbestehend anzusehende Vollmacht umfasst auch die Befugnis, zur Durchführung einer Rechtsbeschwerde im Namen des Betroffenen einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt zu beauftragen (Fortführung von Senatsbeschluss BGHZ 206, 321 = FamRZ 2015, 1702).
2. Nach der wirksamen Erklärung des Widerrufs ist eine angefochtene Betreuerbestellung hinsichtlich des Aufgabenkreises Vollmachtswiderruf zwar erledigt. Der Betroffene hat insoweit jedoch die Möglichkeit, die Beschwerde mit dem Ziel der Feststellung einer Verletzung seiner Rechte nach § 62 FamFG fortzuführen.
3. Bei der Erweiterung einer bestehenden Kontrollbetreuung um die Befugnis zum Widerruf einer Vorsorgevollmacht kann nicht gemäß § 293 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 FamFG von der Einholung eines Gutachtens oder eines ärztlichen Zeugnisses abgesehen werden, weil es sich hierbei um eine wesentliche Erweiterung des Aufgabenkreises des Kontrollbetreuers handelt.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris) ■

9. Handels- und Gesellschaftsrecht – Zur Ausübung von Rechten eines GbR-Gesellschafters mittels Generalvollmacht

(OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.1.2020 – 20 W 145/19)

BGB §§ 709 Abs. 1, 714
GBO § 20

1. Grundsätzlich begegnet auch die Erteilung umfassender Vollmachten durch Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts an einen Nichtgesellschafter keinen rechtlichen Bedenken, wenn die Gesellschafter selbst die organschaftliche Vertretungsbefugnis behalten.
2. Aus einer derartigen Generalvollmacht kann die Berechtigung des Bevollmächtigten hergeleitet werden, den Vollmachtgeber auch in Angelegenheiten zu vertre-

ten, die dessen Handeln als Gesellschafter betreffen; die Vollmacht muss nicht die ausdrückliche Ermächtigung enthalten, ihn als Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu vertreten (im Anschluss an BGH DNotZ 2011, 361).

(Fundstellen: beck-online, juris, Justiz Hessen) ■

10. Handels- und Gesellschaftsrecht – Zur gerichtlichen Ermächtigung bezüglich Einberufung einer Hauptversammlung

(KG, Beschluss vom 12.3.2020 – 22 W 73/19)

AktG §§ 92 Abs. 1, 122, 147

1. Eine gerichtliche Ermächtigung zur Einberufung der Hauptversammlung einer AG ist auch möglich, wenn sich die Gesellschaft in Insolvenz befindet, soweit sich die zu behandelnden Beschlussgegenstände auf insolvenzfreie Bereiche beziehen.
2. Eine Ermächtigung zur Durchführung einer sog. beschlusslosen Hauptversammlung kommt nur dann in Betracht, soweit das Gesetz überhaupt solche Fälle vorsieht. Das Bedürfnis, über die Gründe und Ursachen der Insolvenz informiert zu werden, ist dabei kein gesetzlich vorgesehener Fall.

(Fundstellen: beck-online, Entscheidungsdatenbank Berlin, juris) ■

11. Handels- und Gesellschaftsrecht – Zur Durchführung der Mitgliederversammlung einer EWiV ohne Einladung des Geschäftsführers

(KG, Beschluss vom 17.7.2020 – 22 W 46/19)

AktG § 241 Nr. 1

BGB § 181

EWiV-AusfG § 1

EWiV-VO Art. 16 Abs. 1, Art. 17 Abs. 4

FamFG § 58 Abs. 1

Sieht der Gründungsvertrag einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung mit Sitz in Deutschland die Durchführung von Mitgliederversammlungen auf Einladung des Geschäftsführers vor, führt eine Durchführung ohne eine solche Einladung zur Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse. Eine Anwendung der §§ 241 ff. AktG scheidet aus.

(Fundstellen: beck-online, Entscheidungsdatenbank Berlin, juris) ■

12. Handels- und Gesellschaftsrecht – Zur Löschung der Handelsregistereintragung bezüglich Abberufung des Geschäftsführers

(KG, Beschluss vom 10.9.2020 – 22 W 66/19)

AktG § 241

FamFG §§ 38 Abs. 3, 58 Abs. 1, 61 Abs. 1, 63 Abs. 1, 64 Abs. 2, 395

GmbHG §§ 16 Abs. 1 S. 1, 39, 46 Nr. 5

Ist die Eintragung der Abberufung eines Geschäftsführers in das Handelsregister auf der Grundlage einer Prüfung

nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG getroffen worden, kommt die Löschung dieser Eintragung nach § 395 FamFG nicht allein deshalb in Betracht, weil später die Nichtigkeit des zugrundeliegenden Beschlusses wegen einer fehlerhaften Einziehung festgestellt wird. Der Beschluss wurde am 17. September 2020 der Geschäftsstelle übergeben und damit erlassen i. S. d. § 38 Abs. 3 FamFG.

(Fundstellen: beck-online, Entscheidungsdatenbank Berlin, juris) ■

13. Steuerrecht – Zur mittelbaren Anteilsvereinigung bei einer grundbesitzhaltenden Personengesellschaft mit zwischengeschalteter Kapitalgesellschaft

(BFH, Urteil vom 27.5.2020 – II R 45/17)

GrEStG § 1 Abs. 3 Nr. 1

1. Grundbesitzende Gesellschaft i. S. des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG kann sowohl eine Personen- als auch eine Kapitalgesellschaft sein.
2. Bei einer über eine zwischengeschaltete Kapitalgesellschaft vermittelten (mittelbaren) Beteiligung an einer grundbesitzenden Personengesellschaft ist für eine Anteilsvereinigung i. S. des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG der Anteil am Vermögen der Personengesellschaft und nicht die sachenrechtliche Mitberechtigung am Gesamthandsvermögen maßgebend.
3. Hält der Erwerber bereits unmittelbar oder mittelbar mindestens 95 % der Anteile am Vermögen der grundbesitzenden Personengesellschaft, ist ein weiterer unmittelbarer oder mittelbarer Anteilserwerb nicht mehr nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG steuerbar.

(Fundstellen: beck-online, Bundesfinanzhof, juris) ■

14. Berufsrecht – Zur Kostenentscheidung nach Erledigungserklärung einer Klage auf Aufhebung einer Disziplinarmaßnahme

(BGH, Beschluss vom 16.11.2020 – NotSt(Brfg) 1/20)

BDG §§ 3, 77 Abs. 1

BNotO § 109

VwGO § 161 Abs. 2 S. 1

1. Wird die gegen einen Notar zuvor angeordnete Disziplinarmaßnahme aufgehoben und erklären die Beteiligten das zu diesem Zeitpunkt bereits anhängige, auf Aufhebung der Maßnahme gerichtete Klageverfahren übereinstimmend für erledigt, hat das Gericht nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden.
2. Die Kosten sind dem klagenden Notar aufzuerlegen, wenn die angegriffene Disziplinarmaßnahme nur wegen des Erreichens der Altersgrenze aufgehoben wurde und die Klage ansonsten keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris) ■