

Mitteilungsblatt für die im Bereich der Notarkasse
tätigen Notare und Notarassessoren
sowie für die Beamten und Angestellten der Notarkasse

Herausgeberbeirat: Notar a. D.
Dr. Hermann Amann, Notare Dr. Johann Frank,
Dr. Susanne Frank, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Eckhard Wälzholz,
Dr. Dietmar Weidlich

Schriftleitung: Notarassessoren Anja Schaller,
Stefanie Tafelmeier,
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

Druck: Mediengruppe Universal
Grafische Betriebe München GmbH,
Kirschstraße 16, 80999 München
Gedruckt auf Papier aus 100 % chlorfrei
gebleichten Faserstoffen

AUFSÄTZE

Regelbindungsfrist von vier Wochen auch beim Bauträgervertrag

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 27.9.2013, V ZR 52/12¹ –

Von Notar a. D. *Sebastian Herrler*, Würzburg

In seiner Entscheidung vom 11.6.2010 bezifferte der BGH die Regelbindungsfrist für ein Angebot auf Abschluss eines Grundstückskaufvertrags auf vier Wochen. Ob diese bei einem avisierten Vertrag über eine noch zu errichtende Immobilie ebenfalls gelte, konnte der V. Zivilsenat damals offen lassen.² Handelt es sich bei dem Vertragsgegenstand nicht um eine bereits fertiggestellte Immobilie, muss der Bauträger seiner finanzierenden Bank vielfach als „Eigenkapitalersatz“ die Platzierung einer hinreichenden Anzahl von Einheiten nachweisen, bevor der Kredit freigegeben wird (sog. Abverkaufsquote). Gerade bei größeren Bauprojekten dürfte eine über vier Wochen hinausgehende Bindungsfrist bzw. jedenfalls eine nach Ablauf von vier Wochen fortbestehende Annahmefähigkeit des Angebots³ nicht selten überhaupt erst die Finanzierung und damit die Realisierung des Vorhabens ermöglichen. Denn bei großen Wohnungseigentumsanlagen wird sich die von finanzierenden Banken häufig verlangte Abverkaufsquote (von zum Beispiel 70 %) kaum je innerhalb eines vierwöchigen Zeitraums erreichen lassen, zumal wohl nahezu ausnahmslos die Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG zu beachten ist. Bis zur vorliegenden Entscheidung des V. Zivilsenats war nicht höchstrichterlich geklärt, ob bei Verträgen über noch zu errichtende Immobilien generell eine längere als die in der Entscheidung vom 11.6.2010 postulierte vierwöchige Regelbindungsfrist im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB anzunehmen ist. Während der BGH dies in der vorgenannten Entscheidung in einem obiter dictum bezweifelt hatte,⁴ hielten einzelne Oberlandesgerichte eine längere Regelbindungsfrist jedenfalls im Grundsatz für möglich,⁵ ohne dass diese Frage aber je streitentscheidend gewesen wäre.

I. Grundsätzlich keine Sonderbehandlung des Bauträgervertrags im Rahmen von § 147 Abs. 2 BGB

In seinem Urteil vom 27.9.2013 hat der V. Zivilsenat einer Sonderbehandlung von Verträgen über noch zu errichtende Immobilien nunmehr eine Absage erteilt. Die vierwöchige Regelbindungsfrist im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB finde vielmehr auch

beim Bauträgervertrag Anwendung. Da das Erfordernis einer Platzierungsphase von der Finanzkraft des Bauträgers und den Vermarktungschancen des Vorhabens abhängt, sei nach der Verkehrsanschauung nicht typischerweise anzunehmen, dass die Entscheidung über die Annahme erst nach Vorliegen einer hinreichend großen Anzahl von Angeboten falle. Somit scheidet eine generelle Verlängerung der für den Immobilienkaufvertrag geltenden Regelbindungsfrist aus („unter regelmäßigen Umständen“, § 147 Abs. 2 BGB). In diesem Zusammenhang hat der BGH zutreffend darauf hingewiesen, dass das (berechtigte) Interesse an einer längeren Bindungsfrist im Übrigen mit Erreichen der geforderten Abverkaufsquote entfällt,⁶ selbst wenn eine Platzierungsphase im Einzelfall notwendig ist.⁷

¹ MittBayNot 2014, 148 (in diesem Heft).

² BGH, Urteil vom 11.6.2010 V ZR 85/09, DNotZ 2010, 913.

³ Zur strengen Behandlung bloßer Fortgeltungsklauseln vgl. BGH, Urteil vom 7.6.2013, V ZR 10/12, DNotZ 2013, 923.

⁴ BGH, Urteil vom 11.6.2010 V ZR 85/09, DNotZ 2010, 913, Tz. 13.

⁵ So OLG Dresden, Urteil vom 6.12.2011, 14 U 750/11, DNotZ 2012, 374; OLG Nürnberg, Urteil vom 31.1.2012, 1 U 1522/11, MittBayNot 2012, 461; vgl. im Übrigen die Nachweise zum Streitstand in BGH, MittBayNot 2014, 148, II 1. b) bb).

⁶ Und vor diesem Zeitpunkt mit jedem weiteren Angebot kontinuierlich abnimmt.

⁷ BGH, MittBayNot 2014, 148, II 1. b) bb).

Der Senat hat aber zugleich klargestellt, dass eine auch erheblich über die Regelbindungsfrist hinausgehende formularmäßige Bindungsfrist beim Bauträgervertrag nicht generell unangemessen benachteiligend im Sinne von § 308 Nr. 1 BGB sein muss. Vielmehr können im Einzelfall schutzwürdige Interessen des Klauselverwenders vorliegen, welche das Interesse des anderen Teils an einer zeitnahen Entscheidung über die Annahme überwiegen und daher eine längere Bindung rechtfertigen. Welche Interessen hierfür in Betracht kommen, hat der BGH indes weitgehend offengelassen (hierzu unten Ziffer III. 1). Eine Bindungsfrist von mehr als drei Monaten ist nach Ansicht des BGH jedoch unabhängig von der Interessenlage im Einzelfall in keinem Fall angemessen im Sinne von § 308 Nr. 1 BGB, da der in seiner Annahmehentscheidung völlig freie Verkäufer in diesem Zeitraum auf Kosten des Anbietenden, der seine Dispositionsfreiheit gänzlich verliere, spekulieren könne.⁸

II. Konsequenzen für die Gestaltungspraxis

Ebenso wie schon das Versäumnisurteil vom 7.6.2013 erfreut die jüngste Entscheidung des V. Zivilsenats wieder mit klaren Aussagen, welche der Praxis (im Rahmen des Möglichen) verlässliche Leitlinien für eine künftige rechtssichere Gestaltung an die Hand geben. Auch wenn exakte Zeitangaben aufgrund der Vielgestaltigkeit der denkbaren kollidierenden Interessen durchaus nicht unproblematisch sind, ist es sehr zu begrüßen, dass sich der BGH nicht nur zur Regelbindungsfrist beim Bauträgervertrag geäußert und die konkret vereinbarte Bindungsfrist für unangemessen benachteiligend angesehen, sondern darüber hinausgehend eine absolute Obergrenze von drei Monaten für eine einseitige Bindung im formularmäßigen Angebot auf Erwerb einer noch zu errichtenden Immobilie festgelegt hat.

1. Sachgründe und Länge der Bindungsfrist

Eine die (vierwöchige) Regelbindungsfrist im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB erheblich⁹ übersteigende Bindungsfrist kann im formularmäßigen Angebot von vornherein nur dann wirksam sein, „wenn der Verwender hierfür ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann.“¹⁰ In einem ersten Schritt gilt es in derartigen Konstellationen also festzustellen, ob überhaupt ein relevanter Sachgrund aufseiten des Klauselverwenders vorliegt, der für sich genommen geeignet ist, eine längere Einschränkung der Dispositionsfreiheit des anderen Teils zu rechtfertigen.

a) Schutzwürdige Interessen des Klauselverwenders

Generell relevant im Rahmen der Angemessenheitsprüfung im Sinne von § 308 Nr. 1 BGB sind der Sphäre des Klauselgegners zuzuordnende Umstände, insbesondere Sonderwünsche, deren Abklärung einen erheblichen zeitlichen und finanziellen, bei Nichtabschluss verlorenen Aufwand erfordert. Grundsätzlich nicht relevant sind hingegen der Sphäre des Klauselverwenders zuzurechnende Umstände (Abklärung der eigenen Erfüllungsfähigkeit, Bonitätsprüfung des Kunden).¹¹ Gleichwohl hat der Senat die Gewährleistung der Durchführbarkeit des Gesamtprojekts durch Sicherstellung der Gesamtfinanzierung nicht von vornherein als unbeachtlich verworfen, wohl

nicht zuletzt mit Blick darauf, dass der Käufer trotz der Schutzmechanismen der MaBV das Fertigstellungsrisiko zu tragen hat.¹² Gleiches gilt für die steuerlichen Rahmenbedingungen, wonach bestimmte Sonderabschreibungen nur gewährt werden, wenn mit den Sanierungsarbeiten erst nach Vertragsschluss begonnen wurde (§ 7i Abs. 1 Satz 5 EStG). Letzteres liege daher „im wohlverstandenen Interesse sämtlicher Erwerber“.¹³ Zwar konnte der BGH wegen der drei Monate übersteigenden Bindungsfrist offenlassen, ob die vorgenannten Interessen des Verwenders als schutzwürdig im Sinne von § 308 Nr. 1 BGB anzusehen sind.¹⁴ Die nicht tragenden Ausführungen des Senats deuten jedoch darauf hin, dass das Platzierungsinteresse ebenso wie steuerliche Anforderungen an Sonderabschreibungen – gerade wegen der Bedeutung auch für die Erwerber – durchaus im Grunde einen Sachgrund für eine vier Wochen erheblich übersteigende Bindungsfrist darstellen, was mir auch sachgerecht erscheint.¹⁵ Jedenfalls unter dieser Prämisse dürfte eine noch ausstehende abschließende Klärung der baurechtlichen Zulässigkeit ebenso ein schutzwürdiges Interesse des Verwenders an einer längeren Bindungsfrist begründen.¹⁶

b) Im Einzelfall zulässige Bindungsfrist

Eine formularmäßige Bindungsfrist von drei Monaten dürfte indes der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 308 Nr. 1 BGB kaum je standhalten. Dies würde voraussetzen, dass das schutzwürdige Verwenderinteresse gegenüber dem „Interesse des Kunden an dem baldigen Wegfall seiner Bindung“ mit Blick auf die konkrete Länge der Bindungsfrist vorrangig ist.¹⁷ Nach den Ausführungen in Abschnitt II. 1. b) dd) (2) sieht der Senat in der Bindung und dem darin begründeten Verlust der eigenen Dispositionsfreiheit eine erhebliche Beeinträchtigung der Interessen des Anbietenden und spiegelbildlich eine einseitige Bevorzugung des Angebotsempfängers. Daher dürften bei der Gesamtabwägung die Beschränkungen, die der Anbietende hinzunehmen hat, mit zunehmender Fristlänge wohl überproportional in Rechnung zu stellen sein.

Das bloße Platzierungsinteresse wird allenfalls geeignet sein, einen sechs-, im äußersten Fall achtwöchigen Bindungszeitraum zu rechtfertigen, Letzteres wohl nur dann, wenn der Anbietende selbst an einer frühzeitigen Abgabe seines Angebots interessiert ist (Sicherung eines „Filetstücks“ oder Ähnlichem). Im Anwendungsbereich des § 7i Abs. 1 EStG dürfte eine längere Bindung ebenfalls kaum je zulässig sein. Schließlich ist es bei vier Wochen erheblich übersteigenden Bindungsfristen stets ratsam, das konkrete Interesse des Klauselverwenders an der langen Bindungsfrist gegenüber dem anderen offenzulegen, idealiter in der Urkunde selbst, auch wenn noch nicht abschließend geklärt ist, ob, und wenn ja, wie dieser Umstand zu berücksichtigen ist. Näher zu etwaigen Folgen der Offenlegung des (mit-)bestimmenden Motivs für die Zulässigkeit einer längeren Bindungsfrist unten Ziffer III.

2. Vertragliche Gestaltungsmodelle

Trotz der grundsätzlichen Offenheit des BGH für formularmäßige Bindungsfristen von (erheblich) längerer Dauer als

⁸ BGH, MittBayNot 2014, 148, II. 1. b) dd) (2).

⁹ Unter Umständen sind hier entgegen der herrschenden Ansicht im notariellen Schrifttum bereits wenige Tage schädlich, vgl. *Dammann in Wolff/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 308 Nr. 1 BGB Rdnr. 11 (Überschreitung absolut maximal ein bis zwei Tage und relativ maximal 20 %).

¹⁰ BGH, Urteil vom 11.6.2010 V ZR 85/09, DNotZ 2010, 913, Tz. 8.

¹¹ BGH, Urteil vom 11.6.2010 V ZR 85/09, DNotZ 2010, 913, Tz. 9.

¹² Vgl. zu diesem Aspekt in anderem Kontext bereits BGH, Urteil vom 8.12.2010, VIII ZR 343/09, DNotZ 2011, 273.

¹³ BGH, MittBayNot 2014, 148, II. 1b) dd) (1).

¹⁴ BGH, MittBayNot 2014, 148 („Selbst wenn dies ein schutzwürdiges Interesse [...] begründen sollte“).

¹⁵ Zu der sich dadurch rechtfertigenden Länge der Bindungsfrist sogleich unter lit. b).

¹⁶ Eine Vorklärung dürfte freilich in jedem Fall empfehlenswert sein.

¹⁷ BGH, Urteil vom 11.6.2010 V ZR 85/09, DNotZ 2010, 913, Tz. 8.

vier Wochen wird man bei der Vertragsgestaltung eher nicht darauf vertrauen, dass die im Einzelfall gewählte Bindungsfrist von beispielsweise sechs, sieben oder acht Wochen noch als angemessen im Sinne von § 308 Nr. 1 BGB angesehen wird, da weitgehend ungeklärt ist, welche Umstände im Rahmen der Angemessenheitsprüfung Berücksichtigung finden und mit welchem Gewicht. Die Frage, ob, und wenn ja, welche Bindungsfrist im Einzelfall gerade noch zulässig ist, wird sich vielmehr vorrangig im Hinblick auf bereits abgeschlossene Sachverhalte stellen.

Wie künftig zu verfahren ist, wenn der Klauselverwender eine vier Wochen erheblich übersteigende Bindungsfrist wünscht, hat der BGH in Abschnitt II. 1. b) dd) (3) angedeutet. Längere formularmäßige „Bindungsfristen“ als drei Monate sind nach Ansicht des V. Zivilsenats von vornherein nur auf vertraglicher Grundlage denkbar, sei es in Gestalt einer Bedingungseintrittsfrist beim aufschiebend bedingten Vertragsschluss, sei es in Gestalt einer Rücktrittsfrist bei formularmäßiger Vereinbarung eines Rücktrittsrechts.¹⁸ Das vertragliche Gestaltungsmodell hat für den Erwerbsinteressenten den Vorteil, dass auch aufseiten seines Vertragspartners bereits vertragliche Pflichten begründet werden, jedenfalls Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB, darüber hinausgehend die Pflicht zur Kostentragung bei Scheitern des Vertragsschlusses und ggf. die Verpflichtung, im Rahmen der Zumutbarkeit alles Erforderliche zu tun, damit die wechselseitigen Rechte und Pflichten endgültig zur Entstehung gelangen. Sofern der Eintritt der Bedingung bzw. der zum Rücktritt berechtigenden Umstände nicht bewusst in das freie Belieben des Klauselverwenders gestellt wird – unter diesen Umständen dürften hinsichtlich der zulässigen Länge der Bindungsfrist ohnehin die vorstehend dargestellten Maßstäbe gelten –, ist es jenem verwehrt, auf Kosten des anderen Teils zu spekulieren (Eintritts- bzw. Nicht-eintrittsfiktion nach § 162 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB analog).¹⁹

Aus steuerlicher Sicht ist der aufschiebend bedingte Vertragsschluss gegenüber dem vorbehaltenen Rücktrittsrecht im Vorteil, da die Grunderwerbsteuer nach § 14 Nr. 1 GrEStG erst mit Bedingungseintritt entsteht und nicht bei Scheitern des Vertrages nach Maßgabe von § 16 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG zurückgefordert werden muss. Beim formularmäßigen Rücktrittsrecht dürfte allerdings eine etwas längere „Bindungsfrist“ zulässig sein, da dort der Unternehmer aktiv werden muss, um die bereits wirksam entstandenen vertraglichen Pflichten wieder zu beseitigen, und der Rücktrittsgrund im Übrigen – über seine sachliche Rechtfertigung hinaus – konkret im Vertrag anzugeben ist (Transparenzfordernis, vgl. § 308 Nr. 3 BGB). Sofern die „Bindungsfrist“ im Einzelfall analog § 308 Nr. 1 bzw. nach § 308 Nr. 3 BGB unangemessen benachteiligend sein sollte, wird die Wirksamkeit des Vertragsschlusses beim Rücktrittsrecht hiervon nicht beeinträchtigt. Etwaige Streitigkeiten hinsichtlich der Wirksamkeit des erklärten Rücktritts dürften zeitnah ausgetragen werden.

III. Relevanz der Offenlegung des Motivs für eine längere Bindungsfrist?

Ob die Offenlegung des (mit-)bestimmenden Motivs für die im konkreten Fall gewählte Bindungsfrist von Bedeutung für deren Angemessenheit ist, konnte der Senat vorliegend dahin-

¹⁸ Dass die im Einzelfall gewählte vertragliche „Bindungsfrist“ der AGB-Kontrolle standhält, ist damit freilich noch nicht gesagt, so dass sich auch bei vertraglichen Gestaltungsmodellen Zurückhaltung empfiehlt.

¹⁹ Vgl. Herrler, DNotZ 2013, 887, 910, 912, auch zum Einwand eines etwaigen „Vollzugsdefizits“.

stehen lassen, da der Anbietende über die Hintergründe der bzw. Motive für die lange(n) Bindungsfrist nicht informiert worden war.²⁰ Hätte der Klauselverwender hingegen dem Anbietenden, zum Beispiel im vorgegebenen Text des Angebots bzw. in einem Begleitschreiben, erläutert, dass er das Angebot erst annehmen werde, wenn Angebote für sämtliche Einheiten des Objekts vorliegen, weil nur auf diese Weise sichergestellt sei, dass die Sonderabschreibungen nach § 7i EStG für sämtliche Einheiten in Anspruch genommen werden können, bzw. weil die finanzierende Bank dies als Voraussetzung für die Bewilligung des erforderlichen Kredits verlange, könnte dieser Umstand zum einen bei der Interessenabwägung im Rahmen der AGB-Kontrolle zu berücksichtigen sein oder auf vorgelagerter Ebene eine Verlängerung des Zeitraums zur Folge haben, in welchem der Antragende den Eingang der Annahme unter regelmäßigen Umständen erwarten darf (§ 147 Abs. 2 BGB).

Auch wenn diese Erwägung in Abschnitt II. 1. b) cc) nach dem Wortlaut der Entscheidung nicht im Hinblick auf die Regelbindungsfrist nach § 147 Abs. 2 BGB, sondern i. V. m. § 308 Nr. 1 BGB angeführt wird und sich der BGH daher unter dem Gesichtspunkt der Transparenz sogleich der Angemessenheitsprüfung gemäß § 308 Nr. 1 BGB zuzuwenden scheint, sind grundsätzlich zunächst die etwaigen Auswirkungen der Offenlegung auf die Regelbindungsfrist nach § 147 Abs. 2 BGB zu erörtern, da deren Länge die Grundlage der Angemessenheitsprüfung gemäß § 308 Nr. 1 BGB bildet.²¹ Bei den in Abschnitt II. 1. b) cc) in Bezug genommenen Ausführungen der Entscheidung vom 11.6.2010²² (dort II. 1. b) bb)), geht es denn auch um die „unter regelmäßigen Umständen“ zu erwartende Frist im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB.

1. Allgemeine Kriterien für die Bemessung der Annahmefrist nach § 147 Abs. 2 BGB

Für die nach objektiven Maßstäben zu bemessende gesetzliche Annahmefrist im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB kommt es darauf an, wann ein verständiger Dritter in der Person des Anbietenden „unter regelmäßigen Umständen“ mit einer Antwort rechnet. Abgesehen von der Übermittlungsdauer von Angebot und Annahme fallen insbesondere die zu erwartende Bearbeitungs- und Überlegungsfrist des Angebotsempfängers ins Gewicht. Teilweise wird insoweit – wohl mit Blick auf den Wortlaut von § 147 Abs. 2 BGB – eine generalisierende, von den besonderen Einzelfallumständen losgelöste Betrachtungsweise zugrunde gelegt.²³ Die überwiegende Ansicht will hingegen im Einklang mit den Gesetzesmaterialien besondere Umstände des Einzelfalls berücksichtigen, sofern sie dem Antragenden bekannt oder jedenfalls erkennbar sind, und die Regelbindungsfrist im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB damit konkret individuell festlegen.²⁴

²⁰ Vgl. BGH, MittBayNot 2014, 148, II 1. b) dd) (1).

²¹ Vgl. auch den Verweis in II 1. b) cc) auf die Entscheidung vom 11.6.2010, Tz. 12 (Relevanz von besonderen absehbaren Verzögerungen).

²² BGH, Urteil vom 11.6.2010 V ZR 85/09, DNotZ 2010, 913.

²³ H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 308 Nr. 1 Rdnr. 11 m. w. N., unklar allerdings, ob generell oder nur im Anwendungsbereich der §§ 307 ff. BGB.

²⁴ Vgl. nur BGH, Urteil vom 11.6.2010 V ZR 85/09, DNotZ 2010, 913, Tz. 12 f.; NJW 2008, 1148, 1149; RGZ 142, 402, 404; Münch-KommBGB/Busche, 6. Aufl. 2012, § 147 Rdnr. 32 („auch außergewöhnliche Umstände“); Staudinger/Bork, Neubearb. 2010, § 147 Rdnr. 11 („bekannte Beförderungshindernisse“), Rdnr. 12 (urlaubsbedingte Abwesenheit, Krankheit, besondere Arbeitsüberlastung), jeweils m. w. N.

Bei der Bestimmung der „regelmäßigen“ Annahmefrist handelt es sich letztlich stets um eine Wertungsfrage, bei welcher die berechtigten Interessen von Antragendem und Angebotsempfänger in Ausgleich zu bringen sind. Dem Wortlaut von § 147 Abs. 2 BGB lässt sich insoweit lediglich entnehmen, dass nicht jegliche Übermittlungsschwierigkeit oder Verzögerung in der Sphäre des Empfängers von Bedeutung ist. Eine generalisierende, typisierende Betrachtungsweise wird demgegenüber nicht gefordert, zumal diese zu zahlreichen Abgrenzungsschwierigkeiten im Hinblick auf das Maß der Generalisierung führen würde (einheitliche Bindungsfrist für einen Vertragstyp – Kaufvertrag, Werkvertrag?; Differenzierung nach Art des Kaufgegenstands: Mobilität – Immobilie?; weitergehende Differenzierung nach wirtschaftlicher Bedeutung, Art der geplanten Nutzung, Zuschnitt auf den Erwerbsinteressenten etc.). Vielmehr stellt § 147 Abs. 2 BGB auf die Perspektive des objektivierten Antragenden ab.²⁵ Auf diese Weise ist gewährleistet, dass außergewöhnliche Umstände des Einzelfalls, die diesem nicht erkennbar sind, nicht zu einer Verlängerung der Annahmefrist führen. Eines weitergehenden Schutzes durch eine Ausblendung auch jener besonderen Einzelfallumstände, die ein verständiger Anbietender erkennen kann, bedarf es hingegen nicht, auch deshalb, weil dieser grundsätzlich eine kurze Annahmefrist anordnen könnte, wenn ihm an einer schnellen Antwort gelegen ist und er ansonsten mit einer aus seiner Sicht zu späten Reaktion des Empfängers rechnen muss.

Bei der Bestimmung der „regelmäßigen“ Annahmefrist im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB sind demnach außergewöhnliche Umstände des Einzelfalls (fristverlängernd oder -verkürzend) zu berücksichtigen, sofern diese dem Antragenden bekannt oder jedenfalls erkennbar sind. In diesem Zusammenhang wird zutreffend darauf hingewiesen, dass die von den Gerichten für bestimmte Vertragstypen bzw. Konstellationen in der Vergangenheit angewandten Regelbindungsfristen nur als „unverbindliche Anhaltspunkte“ heranzuziehen und sodann auf den Einzelfall anzupassen sind.²⁶ Es gibt nicht „die“ Regelbindungsfrist für den Immobilienkaufvertrag. Ist dem antragenden Erwerbsinteressenten bei Abgabe des Angebots beispielsweise bekannt,²⁷ dass der Empfänger das Angebot erst annehmen wird, wenn ihm seine Hausbank den erforderlichen Kredit bewilligt hat, was wegen noch fehlender Bonitätsnachweise frühestens in acht Wochen erfolgen werde, ist für einen verständigen Dritten in der Position des Anbietenden erkennbar, dass „unter regelmäßigen Umständen“ bis zur Annahme ein längerer Zeitraum als vier Wochen vergehen wird. Entsprechend länger ist dann grundsätzlich die Regelbindungsfrist nach § 147 Abs. 2 BGB zu bemessen. Hierbei handelt es sich nicht um eine Verlängerung der Regelbindungsfrist, sondern um die Festlegung der Regelbindungsfrist unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände.

2. Wechselwirkung von § 147 Abs. 2 und § 308 Nr. 1 BGB

Die vorstehend beschriebenen Maßstäbe zur Ermittlung der Regelbindungsfrist im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB können im Anwendungsbereich der §§ 307 ff. BGB indes nicht uneingeschränkt Geltung beanspruchen. Anderenfalls könnte der Klauselverwender als Erklärungsempfänger die Länge der Regelbindungsfrist als Grundlage der Angemessenheitsprüfung

„willkürlich“ dadurch beeinflussen, dass er dem Erwerbsinteressenten schlicht eine spätere Annahme in Aussicht stellt. Da es ihm nach § 308 Nr. 1 BGB verwehrt ist, die Länge der Annahmefrist gemäß § 148 BGB beliebig festzulegen, müssen deren Bestimmung „über die Hintertür“, also durch Beeinflussung der im Rahmen von § 147 Abs. 2 BGB relevanten Faktoren, ebenfalls Grenzen gesetzt werden. In diesem Sinne dürften wohl auch die vom BGH in Tz. 13 zitierten Ausführungen von *H. Schmidt*²⁸ zu verstehen sein. Es spricht einiges dafür, dass der V. Zivilsenat nicht generell den konkret-individuellen Maßstab zur Bemessung der Regelbindungsfrist in Frage stellen, sondern lediglich zum Ausdruck bringen wollte, dass – ungeachtet der Ausführungen des Senats in seiner Entscheidung vom 11.6.2010²⁹ – noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, ob bzw. inwieweit die gesetzliche Annahmefrist nach § 147 Abs. 2 BGB im Anwendungsbereich der §§ 307 ff., insbesondere von § 308 Nr. 1 BGB, abstrakt-generell oder konkret-individuell zu bestimmen ist. Man mag in dieser (nicht entscheidungserheblichen) „Klarstellung“ ein Indiz dafür sehen, dass der BGH heute eher zur gegenteiligen Auffassung, also dazu neigt, die Regelbindungsfrist beim formularmäßigen Immobilienkaufvertrag ohne Rücksicht auf die Einzelfallumstände generell mit vier Wochen zu bemessen.

Meines Erachtens ist eine gänzliche Außerachtlassung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls durch § 308 Nr. 1 BGB jedoch nicht vorgezeichnet, da der dieser Vorschrift zugrundeliegende Schutzzweck nicht zwingend eine Erstreckung des abstrakt-generellen Maßstabs³⁰ auf § 147 Abs. 2 BGB fordert, sondern ohne Weiteres bei der Ermittlung der „regelmäßigen Umstände“ (Maßstab des verständigen Offerenten) Berücksichtigung finden kann. Auf diese Weise wird auch den bereits oben angeführten Argumenten gegen eine generalisierende Bestimmung der Regelbindungsfrist (v. a. Abgrenzungsschwierigkeiten, vgl. Ziffer III. 1.) Rechnung getragen. Legt man dies zugrunde, führen demnach Faktoren, die aufseiten des Klauselverwenders auf eine längere Überlegungs- und/oder Entscheidungsfrist schließen lassen, wegen der Ausstrahlungswirkung des § 308 Nr. 1 BGB nur dann zu einer längeren Regelbindungsfrist als vier Wochen, wenn diese dem Antragenden bekannt oder zumindest erkennbar sind und darüber hinaus ein berechtigtes Interesse des anderen Teils widerspiegeln. Es genügt also nicht, wenn der Verwender dem Erwerbsinteressenten schlicht mitteilt, er benötige acht Wochen für die Entscheidung über die Annahme des Angebots.³¹ Umgekehrt führt ein einzelfallbezogenes, berechtigtes Interesse des Klauselverwenders an einer längeren Überlegungs- und Entscheidungsfrist, welches dem Antragenden nicht erkennbar ist, zu keiner Verlängerung der Regelbindungsfrist, kann jedoch ggf. bei der Angemessenheitsprüfung nach § 308 Nr. 1 BGB relevant werden, welche eine Überschreitung der Regelbindungsfrist voraussetzt. Die bei § 147 Abs. 2 und

²⁸ *H. Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 308 Nr. 1 Rdnr. 11.

²⁹ BGH, Urteil vom 11.6.2010 V ZR 85/09, DNotZ 2010, 913, Tz. 12 f. Die nicht tragenden Ausführungen in dieser Entscheidung lassen vermuten, dass bei „besonderen absehbaren Verzögerungen“, „die auch ein verständiger Offerent [...] in Rechnung stellt“, der regelmäßige Annahmezeitraum grundsätzlich zu verlängern ist.

³⁰ Im Übrigen ist nicht abschließend geklärt, ob beim Verbrauchervertrag eine Berücksichtigung von Einzelfallumständen trotz des restriktiven Wortlauts von § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB auch im Anwendungsbereich des § 308 BGB zuungunsten des Verbrauchers möglich ist.

³¹ Gleiches gilt bei Mitteilung eines „sachlichen“ Grundes, der allerdings die gewünschte Länge der Bindungsfrist nicht zu rechtfertigen vermag.

²⁵ Motive, Bd. 1, S. 170.

²⁶ *Eckert* in *Bamberger/Roth*, BGB, 3. Aufl. 2012, § 147 Rdnr. 11.

²⁷ Etwa aufgrund einer ausdrücklichen mündlichen oder schriftlichen Erläuterung.

§ 308 Nr. 1 BGB anzulegenden Maßstäbe nähern sich somit aneinander an, ohne allerdings deckungsgleich zu sein.³²

3. Folgerungen für den Bauträgervertrag

Die vom V. Zivilsenat postulierte vierwöchige Regelbindungsfrist gilt nach der hier vertretenen Auffassung somit beim Bauträgervertrag nicht generell, sondern vorbehaltlich besonderer, sachlich gerechtfertigter und dem Antragenden bekannter bzw. erkennbarer Umstände des Einzelfalls.

a) Vorgaben des BGH

Bei der Bemessung der im konkreten Fall anzuwendenden Annahmefrist nach § 147 Abs. 2 BGB sind darüber hinaus die Vorgaben des BGH zu beachten: Aufgrund der nach § 308 Nr. 1 BGB maximal zulässigen Bindungsfrist von drei Monaten muss die Regelbindungsfrist nach § 147 Abs. 2 BGB unabhängig von den Einzelfallumständen etwas kürzer ausfallen. Die bloße Kenntnis, dass es sich bei dem Projekt um eine steuerbegünstigte Kapitalanlage handelt, führt nicht zu einer Verlängerung der Frist nach § 147 Abs. 2 BGB. Gleiches gilt für den Umstand, dass aufgrund der steuerlichen Förderbedingungen nach § 7i EStG erst nach dem Verkauf sämtlicher Einheiten mit der Durchführung der Sanierungsarbeiten begonnen werden konnte. Denn der Anbietende muss aufgrund dieser Umstände nicht damit rechnen, dass die Überlegungs- bzw. Bearbeitungsfrist aufseiten des Angebotsempfängers deutlich länger ausfällt.³³

b) Sachgründe für längere Regelbindungsfrist

Ist dem antragenden Erwerbsinteressenten bei Abgabe des Angebots jedoch (z.B. aufgrund ausdrücklicher Erläuterung) bekannt, dass der Empfänger das Angebot erst annehmen werde, wenn Angebote für eine bestimmte Anzahl von bzw. für sämtliche Einheiten des betreffenden Projekts vorliegen (Sicherstellung der Finanzierung bzw. der steuerlichen Förderung nach § 7i EStG für sämtliche Einheiten), ist für einen verständigen Dritten in der Position des Anbietenden in aller Regel erkennbar, dass „unter regelmäßigen Umständen“ bis zur Annahme ein längerer Zeitraum als vier Wochen vergehen wird. Wie bereits erörtert (Ziffer II. 1. a.), ist die Sicherstellung der Finanzierung grundsätzlich allein Sache des Verkäufers, liegt aber mit Blick auf das vom Erwerber zu tragende Fertigstellungsrisiko ebenfalls in dessen Interesse. Somit ist dieses Motiv – ebenso wie die Sicherstellung der Sonder-AfA nach § 7i EStG – nicht sachfremd und führt bei Erkennbarkeit seitens des Antragenden zu einer längeren Regelbindungsfrist nach § 147 Abs. 2 BGB.

c) Folgen der konkret-individuellen Bemessung der jeweiligen Regelbindungsfrist

Bei der konkret-individuellen Bemessung der jeweiligen Regelbindungsfrist im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB ist allerdings bei Abgabe eines jeden Angebots zu prüfen, ob die nötige Abverkaufsmenge bereits erreicht ist bzw. wie viele Angebote bereits vorliegen, um bezogen auf den jeweiligen Einzelfall zu ermitteln, ob überhaupt ein berechtigtes Interesse des Verwenders zu bejahen ist und wenn ja, inwieweit es eine Überschreitung der vierwöchigen Regelbindungsfrist trägt.³⁴ Im Falle eines „Ein-Notar-Modells“, bei welchem so-

wohl die Angebote als auch die Annahmen (nahezu) ausnahmslos bei demselben Notar beurkundet werden, mag dies (gerade) noch praktikabel sein. Sobald – zum Beispiel bei Kapitalanlegermodellen, die überregional vertrieben werden – zahlreiche Notare beteiligt sind, dürften die Grenzen des Machbaren aber schnell erreicht sein. Umgekehrt dürften bei der konkret-individuellen Bemessung der Regelbindungsfrist unter Berücksichtigung der wechselseitigen schutzwürdigen Belange wohl etwas geringere Anforderungen an die sachliche Rechtfertigung des bestimmenden Motivs zu stellen sein, da ein berechtigtes Verwenderinteresse im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 1 BGB nicht nur bei Erkennbarkeit zu berücksichtigen ist. Wurde das berechtigte Interesse und dessen Offenlegung bereits im Rahmen von § 147 Abs. 2 BGB zugunsten des Verwenders berücksichtigt, hat es bei der Angemessenheitsprüfung nach § 308 Nr. 1 BGB außer Betracht zu bleiben. Hiervon scheinen offenbar auch sämtliche Kommentierungen zu § 308 Nr. 1 BGB auszugehen, da der Gesichtspunkt der Transparenz unerwähnt bleibt.³⁵

4. Zwischenergebnis

Sofern der Angebotsempfänger offenlegt, dass er länger als üblich für die Bearbeitung des bzw. Entscheidung über das Angebot benötigt, führt dies grundsätzlich zu einer Verlängerung der Regelbindungsfrist nach § 147 Abs. 2 BGB. Ob dies im Anwendungsbereich der §§ 307 ff. BGB ebenfalls gilt oder dort stets die vierwöchige Regelbindungsfrist zugrunde zu legen ist, wurde vom BGH offengelassen. Wegen der Ausstrahlungswirkungen der §§ 307 ff. BGB kommt eine längere Regelbindungsfrist in jedem Fall nur dann in Betracht, wenn das Interesse des Klauselverwenders an einer längeren Bindungsfrist sachlich gerechtfertigt ist. Die Anforderungen an die sachliche Rechtfertigung dürfen indes nicht überspannt werden. Besteht im Einzelfall ein berechtigtes Interesse des Klauselverwenders an einer längeren Annahmefrist und ist dieses dem anderen Teil zumindest erkennbar, führt dies ggf. zu einer vier Wochen erheblich übersteigenden Regelbindungsfrist, was insbesondere in Altfällen von Relevanz ist, wenn beispielsweise die vereinbarte fünfmonatige Bindungsfrist unwirksam ist, der Empfänger das Angebot aber bereits nach sechs Wochen und daher unter Umständen noch innerhalb der individuellen Regelbindungsfrist angenommen hat.

IV. Zusammenfassung

1. Die vierwöchige Regelbindungsfrist im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB gilt grundsätzlich auch beim Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages betreffend ein noch zu errichtendes Gebäude. Allerdings kann unter anderem das Interesse des Klauselverwenders an der Sicherstellung der Gesamtfinanzierung des Projekts bzw. an der Erfüllung der steuerlichen Förderbedingungen nach § 7i EStG ggf. eine vier Wochen erheblich übersteigende Bindungsfrist rechtfertigen, die jedoch keinesfalls länger als drei Monate sein darf. Bei der im Rahmen von § 308 Nr. 1 BGB vorzunehmenden Gesamtabwägung dürften die Beschränkungen, die der Anbietende hinzunehmen hat, mit zunehmender Fristlänge überproportional in Rechnung zu stellen sein.

2. Das für eine längere Bindungsfrist streitende Interesse des Klauselverwenders sollte stets in der Angebotsurkunde offen-

³² Vor diesem Hintergrund ist die strenge Handhabung etwaiger Überschreitungen der Regelbindungsfrist (vgl. oben Fn. 9) nachvollziehbar.

³³ BGH, MittBayNot 2014, 148, II. 1. b) cc).

³⁴ Vgl. bereits *Stresemann* in DAI-Skript, 11. Jahresarbeitstagung des Notariats, 2013, S. 1, 13 f.

³⁵ Lehnt man eine einzelfallbezogene Verlängerung der Regelbindungsfrist entgegen der hier vertretenen Ansicht generell ab, muss der Transparenzgedanke zumindest im Rahmen der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB Berücksichtigung finden (unklar insoweit BGH, MittBayNot 2014, 148, II. 1. b) cc).

gelegt werden. Zwar ist jedenfalls im Anwendungsbereich der §§ 307 ff. BGB noch nicht abschließend geklärt, ob ein derartiges einzelfallbezogenes Interesse zu einer Verlängerung der Regelbindungsfrist nach § 147 Abs. 2 BGB führen kann, doch dürfte bei wertender Betrachtung – ein berechtigtes Verwendnerinteresse vorausgesetzt – „unter regelmäßigen Umständen“ mit einer späteren Antwort zu rechnen sein. Die bloße Erläuterung, dass die Annahme des Angebots erst nach längerer Zeit erfolgen könne, genügt aufgrund der Ausstrahlungswirkung des § 308 Nr. 1 BGB demgegenüber nicht für eine Verlängerung der vierwöchigen Regelbindungsfrist.

3. Die individuelle Bemessung der Regelbindungsfrist im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB ist insbesondere in Altfällen von

Relevanz, wenn die vereinbarte Bindungsfrist nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam ist, der Empfänger das Angebot aber deutlich vor Ablauf der vereinbarten Frist und daher unter Umständen noch innerhalb der individuellen Regelbindungsfrist angenommen hat.

4. Trotz der grundsätzlichen Offenheit des BGH für längere formalmäßige Bindungsfristen wird man auf vertragliche Gestaltungsmodelle zurückgreifen, wenn der Klauselverwender eine vier Wochen erheblich übersteigende Bindungsfrist wünscht. Ob man den aufschiebend bedingten Vertragsschluss oder den Vorbehalt eines Rücktrittsrechts wählt, dürfte davon abhängen, ob der Fokus auf einer möglichst späten Entstehung der Grunderwerbsteuer oder einer möglichst langen „Bindungsfrist“ liegt.

Probleme rund um die Gesellschafterliste (Teil II)

Von Notar Prof. Dr. Dieter Mayer, München

Der in MittBayNot 2014, 24, begonnene Beitrag wird hiermit fortgesetzt.

5. Einreichung der Liste durch den Notar

a) Zuständigkeit des Notars

(1) Allgemeines

Bei Veränderungen im Gesellschafterbestand, an denen ein Notar mitgewirkt hat, tritt die Einreichungspflicht des Notars an die Stelle der Einreichungspflicht der Geschäftsführer (§ 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG). Eine unmittelbare Mitwirkung des Notars im Sinne des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG an der Veränderung in den Personen der Gesellschafter liegt zweifelsfrei bei der Beurkundung der rechtsgeschäftlichen Abtretung nach § 15 Abs. 3 GmbHG vor. Die Beurkundung des schuldrechtlichen Vertrages nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG ist dafür nicht ausreichend. Erfasst sind damit alle Abtretungsvorgänge im Sinne des § 15 Abs. 3 GmbHG, also auch für Zwecke etwa der Vermächtniserfüllung, Erbauseinandersetzung und Erfüllung von gesellschaftsrechtlichen Einbringungsverpflichtungen. Dabei handelt der Notar in alleiniger Verantwortung.¹ Weisungen der Gesellschaft oder der Gesellschafter in Bezug auf die Gesellschafterliste sind für den Notar unbeachtlich. Die Parteien können den Notar weder von seiner Verpflichtung befreien und diese selbst übernehmen noch kann sie der Notar seinerseits delegieren.²

Dagegen soll die Mitwirkung eines Notars durch Beurkundung der Änderung der Firma eines Gesellschafters nicht die Zuständigkeit des Notars zur Einreichung der Gesellschafterliste begründen.³

¹ Begr. zum RegE, Beil. zu NZG 21, 2008, S. 30.

² Wachter, GmbHR-Sonderheft, Oktober 2008, 51, 56; Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl. 2009, § 13 Rdnr. 314.

³ Vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 2.11.2011, 27 W 100/11, GmbHR 2012, 38 m. zust. Anm. Heilmeier, NZG 2012, 217; abl. dagegen Ising, DNotZ 2012, 382, 384 f.

Beispiel:

Die A-GmbH ist Gesellschafterin bei mehreren Tochter- und Enkelgesellschaften. Der Notar N beurkundet die Änderung der Satzung bei der A-GmbH dahingehend, dass die A-GmbH nunmehr als B-GmbH firmiert. Wer ist für die Änderungen der Gesellschafterlisten zuständig, der Notar oder der jeweilige Geschäftsführer der betroffenen Tochter- bzw. Enkelgesellschaft?

Nach dem Wortlaut des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG hat der die Satzungsänderung beurkundende Notar hier unmittelbar an der Veränderung in der Person des Gesellschafters, nämlich seines „Namens“, mitgewirkt, so dass viel dafür spricht, dass eine originäre Zuständigkeit des Notars begründet wird. Der Notar kann aber nur tätig werden, wenn er von der Geschäftsführung oder dem Registergericht entsprechend informiert wird. Nachforschungspflichten treffen ihn in diesem Zusammenhang nicht.⁴

(2) Übergangsregelung

Ausgangsfall:

Im Oktober 2008 wurde eine Geschäftsanteilsabtretung beurkundet. Die Abtretung des Geschäftsanteils erfolgte aufschiebend bedingt durch die Kaufpreiszahlung. Im November 2008 (nach Inkrafttreten des MoMiG) teilt der Verkäufer formlos mit, dass der Kaufpreis vom Erwerber gezahlt worden ist. Wer ist zur Einreichung der Gesellschafterliste verpflichtet?

Eine Übergangsregelung für den Fall, dass der Notar die Beurkundung der Geschäftsanteilsabtretung schon vor dem 1.11.2008 vorgenommen hat, die Wirksamkeit der Veränderung aber erst nach dem 1.11.2008 erfolgte, hat der Gesetzge-

⁴ Vgl. hierzu allgemein D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 409; Tebben, RNotZ 2008, 411, 452; Ries, NZG 2010, 135, 136.

ber nicht vorgesehen. Vor Inkrafttreten der Neuregelung konnte aber ein Notar gar nicht an einer Veränderung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitwirken, wie in § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG verlangt, da die „Bezugsvorschrift“ ihrerseits erst mit Wirkung zum 1.11.2008 neu gefasst wurde. Wenn den Notar nach einhelliger Meinung selbst nach Inkrafttreten des MoMiG keine Nachforschungspflicht zum Bedingungseintritt trifft,⁵ kann eine solche Nachforschungspflicht jetzt nicht im Nachhinein angenommen werden. Meist kann der Notar gar nicht erkennen und abschließend beurteilen, ob und wann Bedingungen in solchen „Altverträgen“ eingetreten sind. Der Gesetzgeber hätte eine solche, mit Haftungsrisiken verbundene Amtspflicht ausdrücklich begründen müssen, sonst müsste der Notar bei jeder aufschiebend bedingten Anteilsabtretung vor dem 1.11.2008 im Nachhinein ermitteln, ob und wann die Bedingung eingetreten ist, ohne dass ihm entsprechende Auskunftsrechte gegenüber den Vertragsparteien zu stehen.⁶

(3) Mitwirkung mehrerer Notare

Wird der Beurkundungsvorgang auf zwei Notare mit Angebot und Annahme aufgeteilt, ist die entscheidende Mitwirkung des Notars bei der Beurkundung der Annahme des Erwerbs des Geschäftsanteils gegeben,⁷ wenn die Veränderung im Sinne des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG allein durch die Annahme wirksam wird. Sind in der Angebotsurkunde Bedingungen vereinbart (zum Beispiel Kaufpreiszahlung), ist der „Angebotsnotar“ für die Listenerstellung zuständig.⁸ Das Registergericht kann eine Gesellschafterliste nicht zurückweisen, die der Notar einreicht, der nur das Angebot und nicht auch die Annahme der Abtretung des Geschäftsanteils beurkundet hat.⁹ Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck des § 40 Abs. 2 GmbHG ergibt sich, dass die Einreichung der Liste nur durch den Notar erfolgen darf, der die Annahme beurkundet hat. Erfolgt die Abtretung des betroffenen Geschäftsanteils unter aufschiebenden Bedingungen, so hat der Angebotsnotar schon aufgrund der Konzeption der Angebotsurkunde (Nachweis der Beteiligten über den Eintritt der Bedingungen gegenüber dem Notar) den besseren Überblick, zu welchem Zeitpunkt die Wirksamkeit der Anteilsabtretung eingetreten ist. Da die Listenkompetenz nicht gesetzlich geregelt ist, steht es den Urkundsbeteiligten und dem das Angebot beurkundenden Notar frei, zu regeln, wer zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Anteilsabtretung für die Einreichung einer geänderten und bescheinigten Gesellschafterliste zuständig sein soll. Eine Verlagerung dieser Aufgaben auf den Annahmenotar macht aber nur dann Sinn, wenn der Annahmenotar in der Lage ist, den Eintritt bestimmter, in der Angebotsurkunde vereinbarter, Bedingungen zu prüfen. Davon ist im Regelfall nicht auszugehen, da den Urkundsbeteiligten der Angebotsurkunde keinerlei Nachweispflichten

betreffend den Bedingungseintritt gegenüber dem Annahmenotar obliegen. Wird die Anteilsabtretung somit nicht unmittelbar und ohne weitere Voraussetzungen allein durch die Beurkundung der Annahme wirksam, so bleibt es bei der Zuständigkeit des Angebotsnotars zur Erstellung der geänderten und bescheinigten Gesellschafterliste und deren Einreichung zum Handelsregister.

Auch bei der Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen, die eine Veränderung bezüglich der Gesellschafter zum Inhalt haben, etwa bei einem Kapitalerhöhungsbeschluss, kann eine Mitwirkung mehrerer Notare vorliegen. In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, dass eine Beglaubigung unter einen Fremdentwurf (zum Beispiel unter eine Übernahmeerklärung nach § 55 Abs. 1 GmbHG) keine Mitwirkung im Sinne des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG darstellt, da den Notar insoweit nur eingeschränkte Prüfungspflichten treffen (§ 40 Abs. 2 bis 4 BeurkG).¹⁰ Auch wenn es sich bei der Erstellung der Gesellschafterliste um eine Amtspflicht des Notars handelt, die grundsätzlich einer vertraglichen Regelung nicht zugänglich ist,¹¹ empfiehlt es sich, durch entsprechenden Hinweis im Kapitalerhöhungsbeschluss klarzustellen, wer die Verpflichtung zur Listeneinreichung übernimmt (Vollzugsauftrag).¹² In der Regel wird das der Notar sein, der mit dem Registervollzug durch die Beteiligten beauftragt wird, denn nur er erhält eine Vollzugsmitteilung des Registergerichts über die Eintragung der Kapitalerhöhung.¹³ Angesprochen sind auch Umwandlungsmaßnahmen, soweit sich dadurch (etwa im Rahmen einer Anteilsgewährung) unmittelbare Veränderungen im Gesellschafterbestand der GmbH ergeben. Werden etwa der Verschmelzungsvertrag beim Notar A und die Verschmelzungsbeschlüsse beim Notar B beurkundet, so kommt es darauf an, welcher Notar von den Beteiligten mit dem Registervollzug beauftragt worden ist – auch hier empfiehlt sich eine entsprechende Klarstellung im Verschmelzungsvertrag.

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, bei Beteiligung mehrerer Notare an einer Veränderung im Sinne des § 40 GmbHG sei jeder der beteiligten Notare zur Erstellung der Liste berechtigt und verpflichtet. Da es sich bei der Einreichung der Gesellschafterliste um eine Amtspflicht der Notare handle, könne sie nicht einer vertraglichen Regelung zugänglich sein.¹⁴ Diese Auffassung verkennt, dass in den Konstellationen, in denen mehrere Notare an einer Veränderung maßgeblich beteiligt sind, gerade unklar ist, wem der Gesetzgeber die Verpflichtung zur Einreichung einer geänderten und bescheinigten Gesellschafterliste im Sinne des § 40 Abs. 2 GmbHG auferlegt und zur Vermeidung inhaltlich widersprüchlicher Gesellschafterlisten entweder eine Abstimmung unter den mitwirkenden Notaren oder ein konkreter Vollzugsauftrag seitens der Parteien im Hinblick auf die Listeneinreichung angezeigt ist.

⁵ Dazu *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 2), § 13 Rdnr. 317.

⁶ Im Ergebnis wie hier *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1044; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 392; Gutachten des DNNotI vom 5.2.2009, Az. 91184; Gutachten vom 5.1.2009, § 40 Abs. 2 GmbHG, Nr. 90250; Gutachten vom 5.1.2009 zu § 40 Abs. 2 GmbHG, Nr. 90388; a. A. *Heckschen*, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rdnr. 544; *Ries*, Liber amicorum Mock, 2009, 217, 222; *Berninger*, GmbHR 2009, 679, 684.

⁷ Krit. wohl auch KG Berlin, Beschluss vom 23.2.2012, 25 W 97/11, GmbHR 2012, 686 f.; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 404; *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 2), § 13 Rdnr. 321; differenzierend *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 387, danach welcher Notar mit dem Vollzug betraut ist.

⁸ *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1045.

⁹ So zutr. OLG München, Beschluss vom 24.10.2012, 31 Wx 400/12, DB 2012, 2568.

¹⁰ Zutr. *Vossius*, DB 2007, 2299, 2303; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 408; *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 2), § 13 Rdnr. 324; unklar *Ziemons*, Beil. zu BB 37/2006, S. 9, 10, die von „Beglaubigung“ spricht; anders *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 388, der die Beglaubigung des Notars unter einen eigenen Entwurf ausnimmt.

¹¹ Zutr. *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 387; *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 2), § 13 Rdnr. 321; a. A. noch *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 408; a. A. *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304.

¹² *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 40 GmbHG Rdnr. 26; *Wicke*, NotBZ 2009, 13; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 388; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1045.

¹³ Ähnlicher Ansatz bei *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 388.

¹⁴ So *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 387.

(4) Mittelbare Beteiligung

Beispiel:¹⁵

Notar N beurkundet den Verschmelzungsvertrag und die Verschmelzungsbeschlüsse, durch die die X-GmbH auf die Y-GmbH verschmolzen wird. Zum Vermögen der X-GmbH gehört auch eine Beteiligung an der A-GmbH. Muss der Notar hier eine bescheinigte Liste bezüglich der A-GmbH einreichen?

Höchst umstritten ist, ob ein Mitwirken des Notars im Sinne des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG vorliegt, wenn die Anteilsveränderung nur eine mittelbare Folge der notariellen Urkunde ist.¹⁶ Die Problematik stellt sich vor allem bei einer Verschmelzung und Spaltung, wenn zum Aktivvermögen der Gesellschaft eine GmbH-Beteiligung gehört. Im Schrifttum wird überwiegend darauf abgestellt, ob der beurkundende Notar, zum Beispiel aufgrund der vorgelegten Schlussbilanz, sichere Kenntnis von der Beteiligung des übertragenden Rechtsträgers an der GmbH hat.¹⁷ Teilweise wird eine Mitwirkung des Notars auch nur dann in Betracht gezogen, wenn der übertragende Rechtsträger über eine 100%ige Beteiligung an der GmbH verfügt.¹⁸ Nach einer kontrovers diskutierten Entscheidung des OLG Hamm¹⁹ soll sich die Notarzuständigkeit nach § 40 Abs. 2 GmbHG auch für mittelbare Veränderungen ergeben, da dem Gesetz eine Differenzierung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Mitwirkungen fremd sei (Umwandlungsrechtliche Konstellation).²⁰ Weder der Wortlaut des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG noch die Intention des Gesetzgebers sprechen eindeutig dafür, dass der Notar auch in Fällen einer lediglich mittelbaren Mitwirkung zur Unterzeichnung und Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste verpflichtet ist. Dabei kann es schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht darauf ankommen, ob der Notar, wie im Fall des OLG Hamm, über die internen Vorgänge der Beteiligten bestens informiert war und die Vermögensverhältnisse des übertragenden Rechtsträgers kannte, denn die Kompetenzverteilung Notar/Geschäftsführer kann nicht von subjektiven Kriterien abhängig gemacht werden.²¹

Gegen eine Verpflichtung des Notars zur Erstellung der Liste in solchen Fällen mittelbarer Veränderungen spricht, dass der Notar die Beteiligungen des übertragenden Rechtsträgers und die Beteiligungsverhältnisse der betroffenen GmbH nur schwer überprüfen kann.²² Keinesfalls kann eine Verpflichtung des beurkundenden Notars angenommen werden, sich Kenntnis von etwaigen Drittbeteiligungen der an einem Umstrukturierungsvorgang beteiligten Rechtsträger zu verschaffen.²³ Auch in diesem Zusammenhang trifft die Haftungsver-

antwortung letztlich die Geschäftsführung der beteiligten Rechtsträger. Wollen sie eine Haftung nach § 40 Abs. 3 GmbHG vermeiden, müssen sie einen mittelbar beteiligten Notar qualifiziert darüber informieren, damit dieser die Gesellschafterlisten erstellen, unterschreiben und mit Notarbescheinigung einreichen kann. Miterfasst sind in diesem Zusammenhang insbesondere auch Formwechselfälle (Beispiel: Die A-GmbH verfügt über einen Geschäftsanteil an der B-GmbH. Die A-GmbH wird formwechselnd in die C-AG umgewandelt).

Bis zur höchstrichterlichen Klärung sollte bei der Beurkundung von Umwandlungsvorgängen die Rechtslage vorsorglich mit den Beteiligten erörtert und auf die gesetzliche Pflicht zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste hingewiesen werden. Gehört zum Vermögen des übertragenden Rechtsträgers die Beteiligung an einer GmbH, so sollte ggf. geregelt werden, dass die Gesellschafterliste von der Geschäftsführung der betreffenden GmbH zu erstellen ist und der Notar beauftragt wird, die ihm übermittelte Gesellschafterliste ebenfalls zu unterzeichnen und mit einer Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu versehen und sodann elektronisch zum Handelsregister einzureichen. Dieses Verfahren hat Vorteile gegenüber der Übermittlung zweier gleichlautender Listen durch Geschäftsführung und Notar.²⁴ Gegen das Verfahren der „gemeinsamen“ Einreichung einer vom Geschäftsführer und vom Notar unterzeichneten Gesellschafterliste wurden von einzelnen Registergerichten Zulässigkeitsbedenken aufgeworfen, da der Wortlaut des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG („anstelle“) von einer ausschließlichen Zuständigkeit entweder des Notars oder des Geschäftsführers ausgehe.²⁵ Dabei wird aber verkannt, dass jedenfalls auch die zuständige Person unterzeichnet und damit die Verantwortung für den Listeninhalt übernommen hat. Nicht ersichtlich ist, warum eine möglicherweise überflüssige Unterschrift schädlich sein soll.²⁶ Das Registergericht muss also eine gemeinsam unterzeichnete Liste unverzüglich im Handelsregister aufnehmen, wenn die Liste sowohl die inhaltlichen Voraussetzungen für eine von der Geschäftsführung zu erstellende als auch eine notarbescheinigte Gesellschafterliste erfüllt. Diese Ansicht hat auch das OLG Hamm²⁷ bestätigt und die Doppelunterschrift unter einer Gesellschafterliste akzeptiert. Nach zutreffender Auffassung des Gerichts steht bei dieser Verfahrensweise jedenfalls fest, dass zumindest auch die zuständige Person unterzeichnet hat. Hiermit ist dem Zweck der Unterzeichnung genüge getan. Dieser besteht darin, dass entweder der Geschäftsführer unter der Haftungsandrohung des § 40 Abs. 3 GmbHG oder der Notar im Rahmen seiner Amtspflichten die persönliche Gewähr für die Richtigkeit der eingereichten Liste übernimmt. Wird so verfahren, so ist es für die Praxis letztlich unerheblich, wie später über die Kompetenzverteilung zwischen Geschäftsführer und Notar bei der Listenerstellung entschieden wird.²⁸

(5) Kompetenzabgrenzung Geschäftsführung/Notar

Die im Zusammenhang mit der Notarzuständigkeit bei nur mittelbarer Beteiligung des Notars entwickelten Lösungsan-

¹⁵ Dazu *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304.

¹⁶ Ausführlich *Löbbe*, GmbHR 2012, 7, 11 ff. mit Nachweisen zum Meinungsstand; *Bayer*, a. a. O. (Fn. 12), § 40 GmbHG Rdnr. 25.

¹⁷ *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304; *Apfelbaum*, notar 2008, 160, 170.

¹⁸ So *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304.

¹⁹ Beschluss vom 1.12.2009, 15 W 304/09, DNotZ 2010, 214 = GmbHR 2010, 205 m. zust. Anm. *Wachter*; zust. auch *Omlor*, EWiR 2010, 251, und *Herrler/Blath*, ZIP 2010, 129, 130.

²⁰ So bereits *Wicke*, NotBZ 2009, 13; *Klöckner*, NZG 2009, 842.

²¹ Zutr. *Berninger*, DStR 2010, 1292, 1295; *Herrler/Blath*, ZIP 2010, 129, 130.

²² So auch *Rieß*, NZG 2010, 135; *Berninger*, DStR 2010, 1292; *Heilmann*, NZG 2012, 217; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 408; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 389; *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 2), § 13 Rdnr. 325; a. A. *Apfelbaum*, notar 2008, 170 f., mit dem Hinweis darauf, der Notar müsse sich ja nur die Liste besorgen.

²³ Vgl. *Bayer*, a. a. O. (Fn. 12), § 40 GmbHG Rdnr. 25; anders noch *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 408, und anders auch *Leitzen*, BB 2010, 985.

²⁴ So noch der Vorschlag bei *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1045.

²⁵ Krit. deshalb auch *Berninger*, DStR 2010, 1292, 1293.

²⁶ Vgl. auch *Leitzen*, ZIP 2010, 985, 986.

²⁷ Beschluss vom 16.2.2010, I 15 W 322/09, NZG 2010, 475 = BB 2010, 985.

²⁸ Vgl. zur gemeinsamen Listenerstellung durch Geschäftsführer und Notar in Grenzfällen: *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 2), § 13 Rdnr. 328, 341; zur Problematik des Begriffs „Mitwirkung“ vgl. auch *Kort*, GmbHR 2009, 169, 172, allerdings ohne Lösungsvorschlag.

sätze (Doppelunterschrift!) lassen sich auf alle Fälle übertragen, bei denen eine Kompetenzabgrenzung im Hinblick auf die>Listenerstellung zwischen Geschäftsführer und Notar²⁹ erfolgen muss. Hiervon können insbesondere auch Erbfälle betroffen sein. So ist derzeit ungeklärt, ob eine Mitwirkung eines Notars an der Änderung in der Person eines Gesellschafters auch dadurch begründet werden kann, wenn die Erbfolge aufgrund eines notariellen Testaments oder Erbvertrags erfolgt.³⁰ Soweit man hier überhaupt eine Verpflichtung des Notars annehmen will, was zweifelhaft erscheint, empfiehlt es sich jedenfalls für die Praxis, die erforderliche Gesellschafterliste von Notar und Geschäftsführer gemeinschaftlich einreichen zu lassen. Hierzu ist der Notar aber nur verpflichtet, wenn er sichere Kenntnis vom Eintritt und vom Inhalt der Erbfolge hat.

(6) Ausländischer Notar

Die Zulässigkeit einer Auslandsbeurkundung von Geschäftsanteilsabtretungen an einer deutschen GmbH ist seit langem streitig.³¹ Dies hat sich auch nicht durch das Urteil des OLG Düsseldorf³² geändert.³³ Aus der Regierungsbegründung zu § 40 GmbHG³⁴ – „Es bestehen noch weitere Lücken, zum Beispiel bei der Auslandsbeurkundung, die nunmehr geschlossen werden.“ – wird zum Teil gefolgert, dass die Auslandsbeurkundung als solche jetzt nicht mehr als gleichwertig mit der deutschen Beurkundung anerkannt werden kann.³⁵

Die Zulässigkeit einer Auslandsbeurkundung unterstellt, ist die Frage zu klären, ob ein ausländischer Notar, der an einer wirksamen Veränderung im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitgewirkt hat, über § 40 Abs. 2 GmbHG zur Einreichung einer Gesellschafterliste mit Notarbescheinigung befugt ist.

Eine Pflicht zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste, als öffentlichrechtliche Amtspflicht, kann nur deutschen Notaren obliegen.³⁶ Eine Verpflichtung des ausländischen Notars kann sich deshalb nach inzwischen allgemeiner Meinung aus § 40 Abs. 2 GmbHG nicht ergeben, denn der Normbefehl dieser Vorschrift kann für den ausländischen Notar nicht gelten.³⁷ Es stellt sich aber die Frage, ob der ausländische Notar zumindest berechtigt ist, eine neue Gesellschafterliste mit Notarbescheinigung einzureichen; § 40 Abs. 2 GmbHG spricht diesbezüglich nur vom „Notar“. Der Wortlaut der Vorschrift lässt somit beide Deutungen zu. In den Gesetzesmaterialien wird die Einreichungszuständigkeit im Fall der Auslandsbeurkundung nicht ausdrücklich thematisiert. Im Rah-

men der Erläuterungen zu § 16 GmbHG n. F. betonen die Gesetzesverfasser allerdings, dass eine Auslandsbeurkundung der bezweckten Transparenz über die Anteilseignerstrukturen nicht entgegenstehen dürfe.

Beispiel:

Ein in Basel/Schweiz ansässiger Notar hatte eine von ihm erstellte Gesellschafterliste beim Registergericht München eingereicht und mit einer „Bescheinigung“ in Anlehnung an § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG versehen. Der Liste war eine Apostille angefügt. Das Registergericht hatte die Aufnahme der Liste in den elektronischen Registerordner der beteiligten Gesellschaft abgelehnt und darauf hingewiesen, dass die Unterschrift durch die Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Anzahl zu erfolgen habe.

Das OLG München schließt aus dem Gesamtzusammenhang und aus dem Sinn und Zweck der in § 40 GmbHG getroffenen Regelungen, dass ein ausländischer Notar zur Erstellung und Einreichung einer Gesellschafterliste nicht befugt ist, und zwar unabhängig davon, ob dieser wirksam die Beurkundung der Geschäftsanteilsabtretung vornehmen konnte. Die Verpflichtung zur Erstellung und Einreichung einer geänderten und bescheinigten Gesellschafterliste trafe ausschließlich einen inländischen Notar, denn der deutsche Gesetzgeber könne einem ausländischen Notar keine gesetzlichen Verpflichtungen auferlegen. Es würde der Konzeption des § 40 GmbHG widersprechen, wenn ein ausländischer Notar zwar nicht verpflichtet, aber neben den Geschäftsführern berechtigt sein soll.³⁸ Dieses Ergebnis wird durch § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG in seiner Neufassung durch das MoMiG bestätigt. Dort hat der Gesetzgeber für die Belehrung nach § 53 Abs. 2 des Bundeszentralregisters ausdrücklich klargestellt, dass diese auch durch „einen im Ausland bestellten Notar“ erfolgen kann.

Demgegenüber hält das OLG Düsseldorf³⁹ den ausländischen Notar jedenfalls dann für einreichungsberechtigt, „wenn eine von ihm vorgenommene Beurkundung [als gleichwertig anzuerkennen und damit] wirksam“ ist. Eine Einreichungspflicht des ausländischen Notars soll aber nicht bestehen. Gegen diese Auffassung spricht neben den mit einer Doppelzuständigkeit verbundenen Problemen und der unklaren Haftungslage vor allem, dass eine Gleichwertigkeitsprüfung im Registerverfahren nicht sinnvoll vorgenommen werden kann, da diese einen abstrakt-generellen Vergleich des ausländischen sowie des deutschen Beurkundungsverfahrensrechts erfordern würde.⁴⁰ Ein bloßes Einreichungsrecht ohne korrespondierende Einreichungspflicht würde im Einzelfall dazu führen, dass möglicherweise überhaupt niemand eine geänderte Gesellschafterliste einreicht. Wird der ausländische Notar selbst nicht tätig, so könnte die Geschäftsführung nach § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG nur auf Mitteilung und Nachweis der Gesellschafterliste ändern. In vielen Fällen gelangt der Geschäftsführung jedoch die Auslandsbeurkundung gar nicht zur Kenntnis. Damit würde die Zielsetzung des Gesetzgebers,

²⁹ Dazu ausführlich *Löbbe*, GmbHR 2012, 7.

³⁰ Dazu ausführlich *Heckschen*, ZErB 2008, 246; *Melchior*, GmbHR 2010, 418, 419.

³¹ Vgl. zusammenfassend *König/Götte/Bormann*, NZG 2009, 881, 885.

³² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.3.2011, I – 3 Wx 236/10, NZG 2011, 388.

³³ Krit. weiterhin *Süß*, DNotZ 2012, 414.

³⁴ Begr. zum RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 37.

³⁵ LG Frankfurt, Urteil vom 7.10.2009, 3 – 13 O 46/09, NZG 2009, 1353; *Braun*, DNotZ 2009, 585, 592; *Bohrer*, MittBayNot 2010, 17, 18; a. A. OLG Düsseldorf, NZG 2011, 388.

³⁶ So auch *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304; *Götzel/Bressler*, NZG 2007, 894, 896; *Saenger/Scheuch*, BB 2008, 65, 67; *Bednarz*, BB 2008, 1854, 1859; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 390; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 411.

³⁷ OLG München, Beschluss vom 6.2.2013, 31 Wx 8/13 n. rkr., DB 2013, 510; zutr. *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 2), § 13 Rdnr. 364; *Böhringer*, BWNotZ 2008, 104, 110; anders noch *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 411; a. A. *Ulrich/Böhle*, GmbHR 2007, 566; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 390 bei Fn. 59.

³⁸ OLG München, DB 2013, 510, 511; ebenso *Bayer*, a. a. O. (Fn. 12), § 40 GmbH Rdnr. 27; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 40 Rdnr. 69; *Olk*, NZG 2011, 381, 383; *Bayer*, GmbHR 2011, 991, 992; *Süß*, DNotZ 2011, 414, 422; *Wicke*, DB 2011, 1037; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1046; anders noch *ders.* DNotZ 2008, 403, 411; a. A. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.3.2011, 3 Wx 236/10, NJW 2011, 1370, 1372.

³⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.3.2011, I – 3 Wx 236/10, NZG 2011, 388.

⁴⁰ So zutr. *Hasselmann*, NZG 2013, 325, 328; *Herrler*, GmbHR 2013, 617, 627.

nämlich Transparenzgewinn und Publizitätswirkung sowie Verhinderung von Geldwäsche durch die Zuverlässigkeit der Listenangaben nicht erreicht.⁴¹

Somit verbleiben als Entscheidungsalternativen die alleinige Einreichungszuständigkeit des beurkundenden ausländischen Notars gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG oder die Geschäftsführerzuständigkeit mangels pflichtbegründender Mitwirkung eines Notars. Soll nach der Gesetzesbegründung die Einbindung des Notars in die Aktualisierung der Gesellschafterliste bestehende Lücken (vor allem bei der Auslandsbeurkundung) im Hinblick auf die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse (Stichworte: Missbrauchsbekämpfung/Verhinderung von Geldwäsche) schließen, so darf es den Vertragsparteien nicht freistehen, sich durch den Gang ins Ausland für die Einreichungszuständigkeit des grundsätzlich weisungsunterworfenen, nur auf Mitteilung und Nachweis handelnden Geschäftsführers zu entscheiden, der noch dazu – anders als der beurkundende Notar – nicht notwendig am Abschluss des Abtretungsvertrags beteiligt ist und daher ggf. von der Veränderung in der Person der Gesellschafter gar nichts erfährt.⁴² Vor diesem Hintergrund sehe ich einen zwingenden Konnex zwischen Beurkundungszuständigkeit und Einreichungspflicht. Da der ausländische Notar keiner Einreichungspflicht unterliegt, fehlt ihm auch die Beurkundungszuständigkeit. Bei einem anderen Ergebnis lassen sich die gesetzgeberischen Ziele nicht erreichen.⁴³

Eine andere Beurteilung erscheint nur dann gerechtfertigt, wenn die Vertragsparteien ihren Beurkundungsauftrag mit einer vertraglich begründeten Einreichungspflicht (betreffend Gesellschafterliste und Bescheinigung) des ausländischen Notars verknüpfen.⁴⁴

Offen bleiben allerdings zwei Fragen. Zum einen ist unklar, ob bei einer Verneinung der Einreichungszuständigkeit des ausländischen Notars auch die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG für diejenigen Listen entfällt, die in der Vergangenheit von den Registergerichten aufgenommen worden sind.⁴⁵ Zum anderen stellt sich die Frage, ob das Registergericht überhaupt befugt ist, die Kompetenzabgrenzung ausländischer Notar/Geschäftsführer zu prüfen, da es sich jedenfalls nicht um einen Evidenzfall einer fehlerhaften Liste handelt.⁴⁶ Im Kompetenzkonflikt zwischen zwei beteiligten (inländischen) Notaren hat sich das OLG München gerade gegen die Überprüfung der Einreichungszuständigkeit eines bestimmten Notars ausgesprochen.⁴⁷

b) Prüfungspflichten des Notars

(1) Allgemeines

Die Gesellschafterliste ist vom Notar nach Wirksamwerden der Veränderung zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen (§ 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG). Haben der Veräußerer und der Erwerber eines Geschäftsanteils die Abtretung

unter einer aufschiebenden Bedingung (zum Beispiel der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises oder der Erteilung von kartellrechtlichen Genehmigungen) vereinbart, so wird die Abtretung erst wirksam, wenn die Bedingung eingetreten ist. Gleiches gilt, wenn die Abtretung der Geschäftsanteile durch den Gesellschaftsvertrag an weitere Voraussetzungen geknüpft ist und diese Voraussetzungen noch nicht eingetreten sind (zum Beispiel Zustimmungspflichten aufgrund einer Vinkulierung des Geschäftsanteils). Ebenso verhält es sich bei der Abtretung durch einen vollmachtlosen Vertreter.

Jüngst hat das OLG Brandenburg⁴⁸ die Zuständigkeit des Notars für die Listeneinreichung im Fall einer aufschiebend bedingten Anteilsübertragung verneint, sofern dieser nicht gesondert beauftragt wurde, den Bedingungseintritt zu überwachen, da ihm unter diesen Umständen die „für seine Mitteilung an das Registergericht [erforderliche] spezifische Kenntnis aus seiner amtlichen Tätigkeit [fehlt] und er damit keine erhöhte Richtigkeitsgewähr übernehmen [kann]“. Da nahezu jede Geschäftsanteilsabtretung aufschiebend bedingt (Kaufpreiszahlung etc.) erfolgt, würde eine Hauptzuständigkeit der Geschäftsführung für die Gesellschafterliste begründet und damit der gesetzgeberische Wille geradezu ins Gegenteil verkehrt. Im Übrigen haben weder der Geschäftsführer noch der Notar unmittelbare Kenntnis vom Bedingungseintritt und sind somit beide auf die Mitteilung der Vertragsparteien angewiesen.⁴⁹

Wurde dagegen in der Geschäftsanteilsabtretungsurkunde eine auflösende Bedingung vereinbart, so ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, dass der Notar die Gesellschafterliste „ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe“ erstellen und an das Register übermitteln kann. Tritt dann später die auflösende Bedingung ein, so ist die Geschäftsführung für die Einreichung der neuen Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zuständig.⁵⁰

Im Zusammenhang mit der Prüfungspflicht des Notars ist zunächst genau zu trennen zwischen der Frage, was der Notar zu prüfen hat, bevor er eine Geschäftsanteilsabtretung nach § 15 Abs. 3 GmbHG beurkundet (zum Beispiel Versagung der Amtstätigkeit gemäß § 4 BeurkG, § 14 Abs. 3 BNotO; Mitwirkungsverbote und Ausschließungsgründe gemäß §§ 3 ff. BeurkG), und der Frage, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit er eine geänderte Gesellschafterliste mit Notarbescheinigung zum Handelsregister einreichen kann. Eine Verpflichtung des Notars, vor Beurkundung einer Geschäftsanteilsabtretung die zuletzt beim Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste einzusehen, ergibt sich weder aus dem GmbH-Gesetz noch aus dem Beurkundungsrecht (anders § 21 BeurkG, wonach sich der Notar vor Beurkundung über den Grundbuchinhalt unterrichten soll).⁵¹ Allerdings muss dies spätestens für die erforderliche Notarbescheinigung bei der Einreichung der Gesellschafterliste geschehen, weil er nur mit Bezug auf den Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste die Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ausstellen kann. Stellt sich bei der Einsicht in die Gesellschafterliste heraus, dass der Veräußerer dort nicht (oder nicht so wie in der Anteilsübertragung angegeben) eingetragen ist, so bestehen erhebliche Zweifel an der Gesellschafter-

⁴¹ Vgl. hierzu auch die Überlegungen von *Herrler*, GmbHR 2013, 617, 629 f.

⁴² Vgl. hierzu *Herrler*, GmbHR 2013, 617, 629.

⁴³ Zum Streitstand in Sachen Auslandsbeurkundung vgl. zusammenfassend auch *Wicke*, DB 2013, 1099.

⁴⁴ So wohl auch *Wicke*, DB 2013, 1099, 1101; *Herrler*, GmbHR 2013, 617, 628.

⁴⁵ So jedenfalls *Herrler*, GmbHR 2013, 617, 629 – „absolute Unzuständigkeit“.

⁴⁶ In diese Richtung *Wicke*, DB 2013, 1099; *Herrler*, GmbHR 2013, 617, 630.

⁴⁷ OLG München, Urteil vom 24.10.2012, 31 Wx 400/12, GmbHR 2012, 1367.

⁴⁸ Vom 12.2.2013, 7 W 72/12, GmbHR 2013, 309, 310.

⁴⁹ Vgl. *Peetz*, GmbHR 2013, 310, 311; *Herrler*, GmbHR 2013, 617, 622.

⁵⁰ Vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.2.2013, 7 W 72/12 n. rkr. NZG 2013, 507.

⁵¹ Zutr. *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 392.

stellung des Veräußerers und an dessen Verfügungsbefugnis, so dass der Notar in diesen Fällen bereits vor Beurkundung der Geschäftsanteilsabtretung eine intensive Sachverhaltsaufklärung betreiben muss. Dies folgt aus der allgemeinen Verpflichtung des Notars, zu prüfen, ob durch die Beurkundung das angestrebte rechtsgeschäftliche Ziel sicher erreichbar ist.⁵²

Seit Inkrafttreten des MoMiG sollte deshalb in der Präambel jeder Abtretungsurkunde möglichst folgende Formulierung aufgenommen werden:

„... dass ausweislich der letzten beim Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste vom ..., die dieser Urkunde zu Beweis Zwecken als Anlage 1 beigefügt ist, die Anteilsverhältnisse an der Gesellschaft sich wie folgt darstellen ...“

Ebenso wie für die Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG kann sich der Notar auf den Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste verlassen. Ihm obliegt im Wesentlichen die Pflicht zur Prüfung, ob und wann die „Veränderung“ aufgrund seiner Urkunde wirksam geworden ist.⁵³

(2) Wirksamwerden der Veränderung

(a) Grad der Überzeugungsbildung

Ausgangsfall:

Der Notar N beurkundet im März 2013 eine Anteilsabtretung. Abtretender ist eine US-amerikanische Kapitalgesellschaft. Bei der Beurkundung liegt nur eine Faxvollmacht des Veräußerers, ausgestellt auf den handelnden Bevollmächtigten, vor; zudem fehlt ein aktueller Existenz- und Vertretungsnachweis. Gleichwohl wünschen die Beteiligten die sofortige Beurkundung, und zwar mit sofortiger dinglicher Wirkung.

Abwandlung:

V tritt aufgrund behaupteter mündlich erteilter Vollmacht des Gesellschafters G dessen Geschäftsanteil an der X-GmbH an Z ab.

Hat der Notar begründete Zweifel, ob eine Veränderung im Sinne des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG wirksam geworden ist, darf er eine bescheinigte Gesellschafterliste erst zum Handelsregister einreichen, „wenn die Zweifel beseitigt sind“.⁵⁴ Wie hoch der Grad der Überzeugungsbildung⁵⁵ sein muss, wurde vom Gesetzgeber nicht festgelegt. Letztlich steht die Frage der Überzeugungsbildung im pflichtgemäßen Ermessen des Notars.⁵⁶ Die Frage betrifft jede Form der Wirksamkeitsvoraussetzung wie zum Beispiel Eintritt einer aufschiebenden Bedingung, die Geschäftsfähigkeit des Veräußerers, seine Verfügungsbefugnis, das Vorliegen einer wirksamen Vollmacht, aber auch die Existenz des übertragenden Geschäftsanteils. Der Notar entscheidet selbständig darüber, welche Beweismittel er heranzieht.⁵⁷ Hierfür stehen ihm aller-

dings keine gesetzlichen Auskunftsrechte gegenüber den Vertragsparteien zu.⁵⁸ Auf die Echtheit und Richtigkeit vorgelegter Bescheinigungen, privatschriftlicher Beschlussfassungen, privatschriftlicher Vollmachten etc. darf sich der Notar grundsätzlich verlassen; nur bei Zweifeln oder bei spezieller Auftragserteilung (vgl. § 24 Abs. 1 BNotO) ist der Notar zu weiteren Nachforschungen verpflichtet.⁵⁹

Ebenso wie bei der Prüfung durch den Geschäftsführer (dazu Ziffer 4. b.), wird man auch an den Grad der Überzeugungsbildung des Notars im Hinblick auf die „Aufwertung“ der Gesellschafterliste strenge Anforderungen stellen müssen. Hierzu ist dem Notar das Wirksamwerden der Veränderung schlüssig darzulegen und aus dieser Darlegung muss sich nach der allgemeinen Lebens- und Geschäftserfahrung des Notars ergeben, dass die Wirksamkeit der Veränderung eingetreten ist. Es gelten nicht die strengen Maßstäbe des Zivilprozesses (§ 286 ZPO). Persönliche Gewissheit des Notars darüber, dass alle ihm vorgelegten Unterlagen korrekt und von den zuständigen Organen unterzeichnet sind, ist nicht erforderlich. Weitere Ermittlungen sind vom Notar nur dann anzustellen, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte Anlass zu sachlich berechtigten Zweifeln hinsichtlich der von den Beteiligten vorgelegten Beweismitteln betreffend den Eintritt der Wirksamkeit der Veränderung gegeben sind. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass dem Notar mit der ihm über § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zugewiesenen Wirksamkeitsprüfung keine zusätzliche – über seine bisherige Verantwortung im Rahmen von Geschäftsanteilsabtretungen – hinausgehende Wirksamkeitsverantwortung zugewiesen wurde. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das Erfordernis möglicherweise verschärfter „Formanforderungen im Zusammenhang mit privatschriftlichen Vollmachten, ausländischen Vertretungsnachweisen, Zustimmungsbeschlüssen der Gesellschafterversammlung bei Anteilsvinkulierung oder bei privatschriftlichen Erklärungen betreffend die Nichtausübung von Vorkaufs- oder Ankaufsrechten. So wäre es etwa ermessensfehlerhaft, wenn der Notar entgegen der materiellen Grundaussage des § 167 Abs. 2 BGB im Rahmen einer Geschäftsanteilsabtretung grundsätzlich auf der Vorlage beglaubigter Vollmachten bzw. Genehmigungserklärungen besteht.⁶⁰

Für die Beurteilung der Wirksamkeit eines Gesellschafterbeschlusses, der die Veränderung einer Gesellschafterposition mit sich bringt, kann sich der Notar regelmäßig auf die nach Prüfung durch das Registergericht erfolgte Eintragung im Handelsregister verlassen (zum Beispiel bei einer Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung oder bei Umwandlungsvorgängen). Bei nicht eintragungsbedürftigen Beschlüssen (Einziehung, Teilung, Zusammenlegung etc.) genügt es, wenn der Notar die gleichen Prüfungsmaßstäbe anlegt, die ein Registergericht bei der Prüfung der Eintragung im Handelsregister anwenden würde.⁶¹ Verbleiben dagegen Zweifel, sollte der Notar bereits im Rahmen der Beurkundung auf diese Zweifel und auf die zu seiner Überzeugungsbildung notwendigen Nachweise hinweisen. Bezogen auf den Ausgangsfall könnte etwa in der Abtretungsurkunde formuliert werden:

⁵² Vgl. *Bernhard* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, Kap. G Rdnr. 56.

⁵³ *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 411.

⁵⁴ Begr. zum RegE, Beil. zu NZG 21, 2008, S. 30.

⁵⁵ Dazu *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1047; *Hauschild*, ZIP 2012, 660, 664; *Bayer*, a. a. O. (Fn. 12), § 40 GmbHG Rdnr. 28; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 390.

⁵⁶ So *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1047; ebenso *Bayer*, a. a. O. (Fn. 12), § 40 GmbHG Rdnr. 28; MünchKommGmbHG/Heidinger, 2010, § 40 Rdnr. 128; *Hauschild*, ZIP 2012, 660, 665; *Greitemann/Bergmann* in FS Pöllath, 2008, S. 271, 278; *Bohrer*, MittBayNot 2010, 17, 21; DNotI-Report 2010, 53, 54.

⁵⁷ *Bohrer*, DStR 2007, 995, 1000; *Greitemann/Bergjan* in FS Pöllath, 2008, S. 271, 278.

⁵⁸ *Peetz*, GmbHR 2006, 852, 859; *Götzel/Bressler*, NZG 2007, 894, 896; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 409; *Apfelbaum*, notar 2008, 170; anders offenbar *Ziemons*, Beil. zu BB 37/2006, 9, 10.

⁵⁹ *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 409; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 172; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 40 GmbHG Rdnr. 17a; *Bayer*, a. a. O. (Fn. 12), § 40 GmbHG Rdnr. 29.

⁶⁰ Vgl. zu entsprechenden Anforderungen durch das Registergericht BGH, ZIP 2011, 1562; LG Hamburg, RNotZ 2010, 69; *Link*, RNotZ 2010, 193, 201 f., und ausführlich hierzu *Hauschild*, ZIP 2012, 660.

⁶¹ Siehe hierzu auch *Bohrer*, MittBayNot 2010, 17, 19 f.

„Der Notar hat darauf hingewiesen, dass er die notarbescheinigte Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG erst dann zum Handelsregister einreichen wird, wenn ihm die Faxvollmacht des Veräußerers im Original, mit entsprechendem Existenz- und Vertretungsnachweis in Bezug auf den Veräußerer, vorgelegt wird. Die Vertragsparteien erklären sich mit dieser Verfahrensweise ausdrücklich einverstanden.“

Im Übrigen dürfte hinsichtlich der zu fordernden Nachweise von entscheidender Bedeutung sein, ob der Eintritt der Wirksamkeit vom Notar selbst und abschließend beurteilt werden kann oder nicht.⁶²

(β) Eintritt der Wirksamkeit vom Notar überprüfbar

Kann der beurkundende Notar aufgrund der ihm vorliegenden Dokumentation eine abschließende Rechtmäßigkeits- und Wirksamkeitsprüfung durchführen, ist eine Anforderung weiterer Nachweise vom Gesetzgeber nicht vorgesehen.⁶³ Der Notar muss, anders als der Geschäftsführer, im Grundsatz unabhängig von der Mitteilung der Beteiligten und etwaiger Nachweise, die Gesellschafterliste erstellen und zum Handelsregister einreichen, wenn die Rechtslage aufgrund seiner Mitwirkung eindeutig ist.

(γ) Eintritt der Wirksamkeit nicht vom Notar überprüfbar

Eine andere Beurteilung ist angezeigt, wenn der Notar nicht erkennen oder nicht abschließend beurteilen kann, ob eine Veränderung in der Person der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung wirksam geworden ist. Insbesondere bei der Vereinbarung von aufschiebenden Bedingungen und bei sonstigen außerhalb seiner Prüfungsmöglichkeiten liegenden Wirksamkeitsvoraussetzungen ist der Notar auf die Mitwirkung der Vertragsparteien angewiesen. In diesen Fällen ist der Notar – ebenso wie der Geschäftsführer nach § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG – befugt, eine Mitteilung und einen Nachweis über die Rechtswirksamkeit zu verlangen, bevor er eine neue Liste zum Handelsregister einreicht. Die Informationspflichten der Vertragsparteien sollten dabei klar und eindeutig im Abtretungsvertrag geregelt werden. In jedem Abtretungsvertrag sollte eine Verpflichtung der Vertragsparteien aufgenommen werden, den Notar über das Wirksamwerden der Veränderung im Gesellschafterbestand zu informieren.

Formulierungsvorschlag:

„Die Vertragsbeteiligten verpflichten sich, dem beurkundenden Notar unter Verwendung des als Anlage beigefügten Musters schriftlich mitzuteilen, dass die Anteilsübertragung wirksam geworden ist. Der Notar wird die Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG erst dann zum Handelsregister einreichen und eine Abschrift der Liste an die Gesellschaft übermitteln, wenn ihm die vorstehende Mitteilung zugegangen ist. Die Vertragsbeteiligten erklären sich mit dieser Verfahrensweise ausdrücklich einverstanden.“

Anlage

Betreff: XY-GmbH mit dem Sitz in (HR B ...)

Die Anteilsübertragung zur Urkunde des Notars ... in ... vom ... ist wirksam geworden.“⁶⁴

Bei Unternehmenskaufverträgen genügt regelmäßig die Vorlage des Closing Memorandum zum Nachweis des Eintritts der vereinbarten aufschiebenden Bedingung und damit als Wirksamkeitsnachweis.⁶⁵ Auch hier sollte der Notar die Vertragsbeteiligten klar und eindeutig darauf hinweisen, welche Voraussetzungen aus seiner Sicht erfüllt sein müssen, damit er die bescheinigte Liste nach § 40 Abs. 2 GmbHG beim Register einreichen kann.

Auf die entsprechende Mitteilung durch die Vertragsparteien kann sich der Notar verlassen – insoweit besteht keine Pflicht zu weiteren Ermittlungen. Das Risiko, dass die Vertragsparteien fälschlicherweise vom Eintritt der entsprechenden Bedingungen ausgehen bzw. auf nicht verzichtbare Bedingungen verzichten, fällt allein in deren Sphäre.⁶⁶ Es empfiehlt sich aber ggf. ein Hinweis darauf, dass der Eintritt bestimmter Bedingungen (zum Beispiel Kartellfreigabe) nicht verzichtbar ist. Keinesfalls ist der Notar an die Vereinbarungen der Parteien über die Nachweisintensität oder gar an einvernehmliche Anweisungen der Parteien im Hinblick auf die Gesellschafterliste gebunden.⁶⁷

(δ) Kapitalerhöhungen

Noch nicht abschließend geklärt ist, ab welchem Zeitpunkt bei Kapitalerhöhungen eine Verpflichtung des Notars zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste besteht. Klargestellt wurde allerdings vom OLG München, dass auch die Beurkundung des Beschlusses zur Kapitalerhöhung eine Mitwirkung des Notars im Sinne des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG darstellt.⁶⁸ Daher hat die im Zuge der Kapitalerhöhung neu gefasste Gesellschafterliste anstelle der Geschäftsführer der Notar einzureichen. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 40 Abs. 2 GmbHG muss und darf der Notar die Gesellschafterliste erst dann beim Handelsregister einreichen, wenn die Veränderung wirksam geworden ist, also nach Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister (§ 54 Abs. 3 GmbHG).⁶⁹ In der Literatur wird jedoch teilweise die Auffassung vertreten, der Notar sei zumindest berechtigt,⁷⁰ oder gar verpflichtet,⁷¹ schon mit der Anmeldung der Kapitalerhöhung eine Gesellschafterliste mit dem Stand nach der angemeldeten Kapitalerhöhung einzureichen. Dagegen spricht nicht nur der Gesetzeswortlaut, sondern auch die Intention des Gesetzgebers, die Richtigkeitsgewähr und Transparenz der eingereichten Gesellschafterlisten zu verbessern. An dieser Beurteilung ändert sich auch nichts, wenn in der Anmeldung oder in einem entsprechenden Begleitschreiben darauf hingewiesen oder beantragt wird, die Gesellschafterliste erst im Handelsregister aufzunehmen, wenn die Kapitalerhöhung eingetragen wurde; es ist nämlich zweifelhaft, ob das Registergericht überhaupt

⁶⁵ Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, 1841, 1846; Götzel/Bressler, NZG 2007, 894, 896; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 409; Heckschen/Heidinger, a. a. O. (Fn. 2), § 13 Rdnr. 334; zum Umfang des Nachweises in verschiedenen praktischen Fällen Wachter, ZNotP 2008, 378, 391.

⁶⁶ Bayer, a. a. O. (Fn. 12), § 40 GmbHG Rdnr. 29; Götzel/Bressler, NZG 2007, 894, 896; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 409; Wachter, ZNotP 2008, 378, 391; zweifelnd Ziemons, Beil. zu BB 37/2006, 9, 11.

⁶⁷ Tebben, RNotZ 2008, 441, 453; Link, RNotZ 2009, 193, 202 f.

⁶⁸ OLG München, Beschluss vom 7.7.2010, 31 Wx 073/10, GmbHR 2010, 921.

⁶⁹ Heckschen/Heidinger, a. a. O. (Fn. 2), § 13 Rdnr. 282; Bunne-mann/Zirngibl, Die Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, 2008, § 4 Rdnr. 17 f.; Wachter, ZNotP 2008, 378, 388, bei Fn. 50.

⁷⁰ Herrler, DNotZ 2008, 903, 910 f., 915; Gustavus, Handelsregisteranmeldung, 7. Aufl. 2009, A 108, S. 109.

⁷¹ So wohl Wicke, GmbHG, 2008, § 57 Rdnr. 5.

⁶² Zust. Bayer, a. a. O. (Fn. 12), § 40 GmbHG Rdnr. 29; DNotI-Report 2010, 53, 54.

⁶³ Vgl. König/Bohrmann, DNotZ 2008, 652, 668.

⁶⁴ Vgl. hierzu auch D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1047; Kort, GmbHR 2009, 169, 172; Bayer, a. a. O. (Fn. 12), § 40 GmbHG Rdnr. 29; DNotI-Report 2010, 53, 54; Götzel/Bressler, NZG 2007, 894, 896; Wachter, ZNotP 2008, 378, 391; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 409.

befugt ist, eingereichte Listen „mit Verzögerung“ an den Registerordner freizugeben.⁷² Bei vorzeitiger Einreichung besteht sogar eine reale Haftungsgefahr für den Notar. Verwendet nämlich ein anderer Notar diese zuletzt aufgenommene Gesellschafterliste, die den Gesellschafterstand nach Kapitalerhöhung wiedergibt, obwohl die Kapitalerhöhung noch gar nicht wirksam geworden ist, setzt er fälschlicherweise auf einer unzutreffenden Gesellschafterliste für seine Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf.

In diesem Zusammenhang wurde vom OLG Jena⁷³ entschieden, dass der Notar jedenfalls berechtigt ist, auch bereits vor Wirksamwerden der Kapitalerhöhung eine neue bescheinigte Gesellschafterliste zu erstellen. Das heißt, die Gesellschafterliste muss als Datum der>Listenerstellung nicht den Tag der Eintragung der Kapitalerhöhung ausweisen. Zu einer vorzeitigen Einreichung hat sich das OLG allerdings nicht geäußert. Dem kann aus meiner Sicht für alle Fallgruppen, in denen die Notarbescheinigung und Unterschriftsleistung durch den Notar bereits vor dem Wirksamwerden der Veränderung durchgeführt wird, gefolgt werden. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG darf der Notar die Liste erst nach Wirksamwerden der Veränderung im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG beim Handelsregister einreichen. Das Datum der Erstellung der Gesellschafterliste und der notariellen Bescheinigung ist nach den gesetzlichen Vorgaben ohne rechtliche Relevanz. Sowohl für die Ausübung von Gesellschafterrechten nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG als auch für Fragen im Zusammenhang mit dem gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG kommt es ausschließlich auf das Aufnahmedatum der Liste an. Unzutreffend ist deshalb die sogleich darzustellende Entscheidung des OLG München (vgl. bei Ziffer 6. b.), die auf das „jüngste“ Erstellungsdatum abstellen will. Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte der Notar die Liste grundsätzlich erst unterzeichnen und mit einer entsprechenden Notarbescheinigung versehen, wenn die Veränderung wirksam geworden ist.

6. Notarbescheinigung

a) Allgemeines

Die Gesellschafterliste, die der Notar einzureichen hat, ist mit einer Bescheinigung zu versehen, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen (§ 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG). Diese Bescheinigung lehnt sich an die Satzungsbescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG an. Sie erhöht zusammen mit der Kompetenzerweiterung des Notars bei der Gesellschafterliste die Richtigkeitsgewähr in Bezug auf den Gesellschafterbestand.⁷⁴ Wie aus dem Zusammenspiel von § 40 Abs. 2 Satz 1 und 2 GmbHG deutlich wird, trifft den Notar bei der Erstellung der Bescheinigung nur eine eingeschränkte Prüfungspflicht.⁷⁵ Zunächst einmal kann er sich auf den Inhalt der zuletzt im Handelsregister

aufgenommenen Gesellschafterliste verlassen und hat diese nur aufgrund der „Veränderung“, an der er „mitgewirkt“ hat, fortzuschreiben.⁷⁶ Selbst wenn dem Notar bekannt wäre, dass Zweifel hinsichtlich der Richtigkeit der beim Handelsregister aufgenommenen Liste bestehen, ist es nicht seine Aufgabe, auf diese Zweifel hinzuweisen oder sogar die Erstellung der neuen Liste mit Notarbescheinigung zurückzustellen.⁷⁷ Dies betrifft aber nur den materiellen Inhalt der „alten Liste“, also insbesondere die Frage, ob die in der Liste ausgewiesenen Gesellschafter tatsächlich Inhaber der Geschäftsanteile sind. Insoweit ist mit der Bescheinigung auch nur eine eingeschränkte Richtigkeitsgewähr verbunden.⁷⁸ Wenn die beim Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste ihrerseits unrichtig ist, ist auch die Bescheinigung materiell unrichtig. Der Notar stellt also mit der Bescheinigung gerade nicht rechtsverbindlich fest, dass der Veräußerer Inhaber des Geschäftsanteils ist.⁷⁹ Dagegen besteht bei Evidenzfällen, bei denen die Gesellschafterliste grob fehlerhaft ist, weil sie eindeutig nicht die formellen gesetzlichen Anforderungen für eine „alte Liste“ bzw. für eine „MoMiG-Liste“ erfüllt, eine Hinweispflicht des Notars.⁸⁰

Beispiel:

Die zuletzt beim Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste weist folgenden Inhalt auf:

„Gesellschafter A 80 %,

Gesellschafter B 12 %

Gesellschafter C 8 %.“

An eine solche untaugliche Liste kann der Notar nicht anknüpfen. Er muss den Geschäftsführer auffordern, zunächst eine richtige Liste einzureichen.⁸¹

b) Anknüpfung an die zuletzt aufgenommene Gesellschafterliste

Der Notar muss zwingend an die zuletzt beim Handelsregister aufgenommene Liste anknüpfen. Er kann somit nicht unabhängig von dieser Liste eine bescheinigte Gesellschafterliste beim Handelsregister einreichen, selbst wenn er die für das Wirksamwerden der Veränderung, an der er mitgewirkt hat, erforderliche Überzeugung gewonnen hat. Der Wortlaut des § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist insoweit eindeutig. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der Notar alle Veränderungen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, an denen er mitgewirkt hat, in der neuen und bescheinigten Gesellschafterliste abbilden darf. Weicht der Notar etwa hinsichtlich der Nummerierung der Geschäftsanteile von der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste ab oder nimmt er sonstige redaktionelle Veränderungen vor, so sind solche Abweichungen als Inhalt der Urkunde, die vom Notar beurkundet wird (zum Beispiel Anteilsabtretung), aufzunehmen. An der Mitwirkung des Notars an einer entsprechenden Veränderung im Sinne des § 40 Abs. 2 GmbHG besteht dann kein Zweifel.

⁷² Vgl. *Melchior/Schulte*, HRV Onlinekommentar, § 9 HRV Rdnr. 6; sowie zur Gesamtthematik Gutachten des DNotI vom 5.1.2009 zu § 54 GmbHG, Nr. 90791; Gutachten des DNotI vom 19.1.2009, Nr. 90993; Gutachten des DNotI vom 5.2.2009, Nr. 91180.

⁷³ OLG Jena, Beschluss vom 28.7.2010, 6 W 256/10, DB 2010, 2044.

⁷⁴ Vgl. Begr. RegE, Beil. zu NZG 21, 2008, S. 30; die „bescheinigte Liste“ beruht auf einem Vorschlag des Verfassers *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 411, bei Fn. 40.

⁷⁵ *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1048; *Kort*, GmbHR 2009, 179, 182; *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 2), § 13 Rdnr. 352 f.; *Bayer*, a. a. O. (Fn. 12), § 40 GmbHG Rdnr. 34.

⁷⁶ *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 391; *Bednarz*, BB 2008, 1854, 1861.

⁷⁷ OLG München, Beschluss vom 27.5.2009, ZIP 2009, 1421, 1422 = DNotZ 2009, 637, 638, mit Verweis auf *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 411; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1048; *Heider*, GmbHR 2009, 393, 396; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 391; *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 2), § 13 Rdnr. 353.

⁷⁸ Zutr. *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 392.

⁷⁹ Vgl. *Preuß*, ZGR 2008, 676, 696; *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 2), § 13 Rdnr. 354.

⁸⁰ *Strenger Bednarz*, BB 2008, 1854, 1861: „Immer dann, wenn der Notar begründete Zweifel an der Richtigkeit hat.“

⁸¹ So auch *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 2), § 13 Rdnr. 355.

Beispiel:

Ausweislich der Dokumentenübersicht für die beteiligte GmbH im elektronischen Handelsregister sind folgende Gesellschafterlisten im Registerordner:

Liste der Gesellschafter – Aufnahme in den Registerordner am 1.2.2011 (erstellt zum 27.2.2008);

Liste der Gesellschafter – Aufnahme in den Registerordner am 10.2.2011 (erstellt zum 30.12.2010);

Liste der Gesellschafter – Aufnahme in den Registerordner am 10.1.2011 (erstellt zum 5.1.2011).

Im Rahmen einer Geschäftsanteilsabtretung knüpft die beurkundende Notarin an die am 10.2.2011 in den Registerordner aufgenommene Liste der Gesellschafter an.

Nach Auffassung des OLG München⁸² hat die vom Notar einzureichende Gesellschafterliste unabhängig vom Datum der Aufnahme der jeweiligen Liste in den Registerordner an die aktuellste dort aufgenommene Liste der Gesellschafter anzuknüpfen.

Diese Entscheidung entspricht aus meiner Sicht nicht den gesetzlichen Vorgaben.⁸³ Sie ist im Übrigen schon deshalb unrichtig, weil das vom OLG München zugrunde gelegte „Erstellungsdatum“ keine Aussage darüber trifft, zu welchem Zeitpunkt die Veränderung in der Person der Gesellschafter bzw. des Umfangs ihrer Beteiligung im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG wirksam geworden ist. Im vorliegenden Fall ist es keineswegs Amtspflicht des Notars, an die „aktuellste“ Gesellschafterliste „anzuknüpfen“, denn der Gesetzgeber kennt den Begriff der „aktuellen Gesellschafterliste“ nicht. Von rechtlicher Relevanz ist ausschließlich die in den Registerordner aufgenommene Gesellschafterliste. Handelt es sich – wie im Fall des OLG München – um „auf der Hand liegende technische Defizite im Registerordner“, so kann daraus nicht die Verpflichtung des Notars abgeleitet werden, contra legem, an die aktuellste Liste anzuknüpfen, sondern das Registergericht ist verpflichtet, die aktuellste Gesellschafterliste als zuletzt aufgenommene Gesellschafterliste in den Registerordner „einzustellen“. Nur so kann der Notar seinen gesetzlichen Verpflichtungen nachkommen.

c) Abweichungen vom Wortlaut

Der genaue Wortlaut der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist vom Gesetzgeber grundsätzlich vorgegeben.⁸⁴ Schon daraus wird deutlich, dass die Auffassung des OLG München, der Notar habe an die Liste mit dem aktuellsten Stichtag aufzusetzen, nicht zutreffend sein kann. In diesen Fällen könnte der Notar nicht die gesetzlich vorgegebene Notarbescheinigung erteilen. Der Notar müsste dann vielmehr die Bescheinigung entsprechend anpassen, und zwar dergestalt, dass auf die Liste mit dem jüngsten Datum Bezug genommen wird.

⁸² OLG München, Beschluss vom 26.1.2012, 31 Wx 274/11, GmbHR 2012, 39, und krit. hierzu *Omlor*, DStR 2012, 306.

⁸³ Siehe hierzu auch *Omlor*, DStR 2012, 306.

⁸⁴ Formulierungsvorschläge bei *D. Mayer*, 6. Gesellschaftsrechtliche Jahresarbeitsstagung 2008, Schriftenreihe des DAL, S. 83 ff., 99; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304; *Wachter*, GmbHR – Sonderheft Oktober 2008, 51, 58; *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 2), § 13 Rdnr. 351.

Formulierungsvorschlag:⁸⁵

„Die geänderten Eintragungen in der vorstehenden Gesellschafterliste entsprechen den Veränderungen, die sich aufgrund meiner Urkunde vom, URNr./2013 ergeben. Die übrigen Eintragungen stimmen mit dem Inhalt der am im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste vom überein.“

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Bescheinigung weder für die Ausübung der Gesellschafterrechte nach § 16 Abs. 1 GmbHG noch für den gutgläubigen Erwerb in § 16 Abs. 3 GmbHG von Bedeutung ist. Die Bescheinigung bietet ebenso wenig wie die Notarbescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG Redlichkeitsschutz. Rechtlich maßgebend ist allein der Listeninhalt und nicht die darauf bezogene Notarbescheinigung.⁸⁶ Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll durch die Bescheinigung lediglich verdeutlicht werden, dass ein Notar an der Veränderung der Beteiligungsverhältnisse mitgewirkt hat.⁸⁷

Vor diesem Hintergrund ist derzeit noch nicht abschließend geklärt, ob der Notar verpflichtet ist, die gesetzliche Formulierung in § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG wortlautgetreu in die Bescheinigung zu übernehmen. Dagegen spricht, dass in der Gesetzesbegründung auf die Parallele zur Satzungsbescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG hingewiesen wird.⁸⁸ Dort ist etwa für den Bereich der vollständigen Neufassung des Gesellschaftsvertrags anerkannt, dass eine Bezugnahme auf die zuletzt zum Handelsregister eingereichte Satzung keinen Sinn macht.⁸⁹ Von redaktionellen Erläuterungen abgesehen, empfiehlt sich aber eine genaue Übernahme des Wortlauts in § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG.⁹⁰ Etwaige Abweichungen von der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste – etwa eine Veränderung der Nummerierung der Geschäftsanteile – sind nicht in die Notarbescheinigung aufzunehmen, sondern sollten zum Inhalt der notariellen Urkunde gemacht werden.

Nach Auffassung des OLG Stuttgart⁹¹ muss die Notarbescheinigung nicht wortgenau, sondern lediglich ihrem Sinngehalt nach dem Gesetzestext des § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG entsprechen.

Die Notarbescheinigung hatte folgenden Wortlaut:

„Die vorstehende Gesellschafterliste enthält, mit Ausnahme der bislang nicht im Handelsregister vollzogenen Beschlüsse in Abschnitt B I meiner Urkunde vom, die Veränderungen, die sich aufgrund meiner vorgenannten Urkunde nach Vollzug der dort in Abschnitt B II beschlossenen Kapitalerhöhung im Handelsregister ergeben und stimmt ansonsten mit der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste vom überein.“

⁸⁵ Vgl. hierzu *Weiler*, notar 2012, 192, 198.

⁸⁶ Vgl. *Bohrer*, DStR 2007, 995, 998: „Rechtsscheinträger ist die Liste als solche, nicht die Notarbescheinigung“; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 415; *Wachter*, GmbHR – Sonderheft Oktober 2008, 51, 58; *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 4) § 13 Rdnr. 359.

⁸⁷ So die Intention des Gesetzgebers, vgl. Begr. zum RegE, Beil. zu NZG 21, 2008, S. 30 f.

⁸⁸ Begr. RegE, Beil. zu NZG 21, 2008, S. 30.

⁸⁹ Insofern ist auch strittig, ob in solchen Fällen eine Bescheinigung überhaupt erforderlich ist; vgl. verneinend OLG Celle, DNotZ 1982, 493, OLG Zweibrücken, MittRhNotK 1984, 84; OLG Zweibrücken, NZG 2002, 93, gegen OLG Schleswig, DNotZ 1973, 482; *Wicke*, GmbHG, 2008, § 54 Rdnr. 54 m. w. N.

⁹⁰ Zutreffend *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 1103 unter Bezugnahme auf OLG München, Beschluss vom 27.5.2009, 31 Wx 38/09, DB 2009, 1395 = GmbHR 2009, 825.

⁹¹ Beschluss vom 7.4.2011, 8 W 120/11, DB 2011, 2309.

Der Auffassung des OLG Stuttgart wird man jedenfalls insoweit folgen können, als die Modifizierung des Wortlauts der Notarbescheinigung keinerlei Einfluss auf die Wirkung der Gesellschafterliste als Legitimations- und Rechtsscheinsgrundlage (§ 16 Abs. 1 und 3 GmbHG) hatte. Der „Erfindungsreichtum“ der Notare bei der Formulierung der Notarbescheinigung findet allerdings insoweit seine Grenze.

d) Form der Bescheinigung

Bei der notariellen Bescheinigung im Sinne des § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG handelt es sich um eine Tatsachenbescheinigung über die Wahrnehmung des Notars, die in die Urkundenrolle einzutragen ist (§ 8 Abs. 1 Nr. 5 DONot).⁹² Als notarielle Urkunde ist die Bescheinigung mit einem Notarsiegel (dazu § 31 DONot) zu versehen.⁹³ Einzelheiten zur Form der Einreichung beim Registergericht vgl. bei Ziffer II. 1. (Teil I).

7. Gutgläubiger Zweiterwerb bei aufschiebend bedingter Anteilsabtretung

a) Ausgangsfall

A ist Alleingesellschafter der X-GmbH und als solcher in der zuletzt beim Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste ausgewiesen. Er verkauft zu notarieller Urkunde am 13.3.2013 seine Geschäftsanteile vor dem Notar A und tritt diese unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung an K1 ab. Am 14.3.2013 verkauft er seine Beteiligung erneut vor dem Notar B an K2 und tritt diese an Letzteren mit sofortiger Wirkung und unbedingt ab. Die Verkäufe erfolgen jeweils zum Kaufpreis von 500.000 €. Die Kaufpreise werden jeweils am 15.3.2013 fällig und gehen an diesem Tag bei A ein. Der zuständige Rechtspfleger ist irritiert, als er sowohl von Notar A als auch von Notar B entsprechende berichtigte und bescheinigte Gesellschafterlisten erhält.

b) Problemstellung

Die aufschiebend bedingte Geschäftsanteilsabtretung kommt in der Praxis häufig zur Sicherung der Kaufpreiszahlung, aber auch als Rückabtretung im Rahmen von Treuhandvereinbarungen vor.⁹⁴ Erwirbt ein Dritter in dem Zeitraum, bis die aufschiebende Bedingung eintritt, den Geschäftsanteil, so erwirbt er diesen vom berechtigten Gesellschafter. Vor Inkrafttreten des MoMiG war der Ersterwerber zweifelsfrei nach § 161 Abs. 1 BGB gesichert, denn bei Eintritt der Bedingung wurde eine eventuelle Zwischenverfügung unwirksam, so dass der Zwischenerwerber den Geschäftsanteil wieder an den Ersterwerber verloren hat.⁹⁵ Ein gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen über § 161 Abs. 3 BGB war nicht möglich.

Durch die Einführung des gutgläubigen Erwerbs nach § 16 Abs. 3 GmbHG soll sich nach Ansicht einer starken Literaturmeinung die Rechtslage geändert haben.⁹⁶ Nach § 161 Abs. 3 BGB gelten die Vorschriften zum gutgläubigen Erwerb entsprechend. Dies soll dann auch § 16 Abs. 3 GmbHG erfassen.⁹⁷

⁹² Vgl. Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern 2008/6 sowie 2008/10 sowie allgemein *Bracker* in *Schippell/Bracker*, BNotO, 8. Aufl. 2006, § 8 DONot, Rdnr. 3.

⁹³ Vgl. bereits *D. Mayer*, 6. Gesellschaftsrechtliche Jahresarbeitsstagung 2008, Schriftenreihe des DAI, S. 83 ff., 99.

⁹⁴ Vgl. das Vertragsmuster zur fremdnützigen Treuhand an einem GmbH-Geschäftsanteil im Münchener Vertragshandbuch, Band 1, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2005, S. 1364.

⁹⁵ Siehe dazu *Reymann*, WM 2008, 2095, 2097.

⁹⁶ Vgl. insbesondere *Reymann*, WM 2008, 2095, 2097; *Greitemann/Bergjan* in FS Pöllath, 2008, S. 271, 287.

sen.⁹⁷ Bezogen auf den Ausgangsfall bedeutet dies Folgendes: Durch die vereinbarte Bedingung (Kaufpreiszahlung) konnte K1 nicht schon am 13.3.2013 die Beteiligung erwerben, sondern frühestens am Tag des Bedingungseintritts, dem 15.3.2013. Da A am 14.3.2013 noch Inhaber der Beteiligung war, erwarb jedoch K2 am 14.3.2013 die Beteiligung, da die Abtretung an ihn mit sofortiger dinglicher Wirkung erfolgte. Da für K1 aufgrund der aufschiebend bedingten Abtretung ein Anwartschaftsrecht nach § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB entstanden ist (beeinträchtigende Verfügung in der Schwebezeit), kann K2 die Beteiligung allerdings nur nach § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG gutgläubig frei vom Anwartschaftsrecht des K1 erworben haben.⁹⁸ Die Übergangsvorschrift des § 3 Abs. 3 EGGmbHG stünde einem gutgläubigen Erwerb übrigens nicht entgegen, da die dort eingeräumte Karenzzeit⁹⁹ nur die Fälle erfasst, in denen die Gesellschafterliste bereits vor dem 1.11.2008 unrichtig war.¹⁰⁰

c) Kein gutgläubiger lastenfreier Zweiterwerb von GmbH-Geschäftsanteilen

Zunächst hatte bereits das OLG München¹⁰¹ – im Einklang mit dem OLG Hamburg¹⁰² – entschieden, dass im Fall einer aufschiebend bedingten Veräußerung ein gutgläubiger Zwischenerwerb durch einen Dritten nicht stattfinden kann. Der BGH hat diese Auffassung mit Beschluss vom 20.9.2011¹⁰³ unter Hinweis auf die Grenzen der Legitimationswirkungen der Gesellschafterliste bestätigt. Danach kann ein aufschiebend bedingt abgetretener Geschäftsanteil nicht nach § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG vor Bedingungseintritt von einem Zweiterwerber gutgläubig erworben werden. Der BGH betont insbesondere die strukturellen Unterschiede zum gutgläubigen Erwerb von Immobilien. Eine § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechende Vorschrift, nach der eine Verfügungsbeschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam ist, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist, wurde gerade nicht in den Wortlaut des § 16 Abs. 3 GmbHG übernommen.¹⁰⁴ Die im Vorfeld der Entscheidung des BGH diskutierten Schutzmechanismen¹⁰⁵, wie insbesondere die sog. „Widerspruchslösung“¹⁰⁶, das „Zwei-Listen-Modell“¹⁰⁷ oder die „Vertragliche Doppelbedingung“¹⁰⁸, sind damit obsolet.¹⁰⁹

⁹⁷ So (jedoch jeweils ohne nähere Begründung) *Vossius*, DB 2007, 2301; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 396 f. (mit Gestaltungsüberlegungen); *Klöcker*, NZG 2008, 842; *Reymann*, WM 2008, 2095, 2097; *Greitemann/Bergjan* in FS Pöllath, 2008, S. 271, 287.

⁹⁸ Zum Anwartschaftsrecht vgl. *MünchKommBGB/H. B. Westermann*, 5. Aufl. 2006, § 161 Rdnr. 2.

⁹⁹ 1.5.2009 bei Zurechenbarkeit – § 3 Abs. 3 Satz 1 EGGmbHG und 1.11.2011 bei fehlender Zurechenbarkeit (§ 3 Abs. 3 Satz 2 EGGmbHG).

¹⁰⁰ Vgl. *Wedemann*, GmbHR 2008, 1131.

¹⁰¹ OLG München, Beschluss vom 11.3.2011, 31 Wx 162/10, DNotZ 2011, 453.

¹⁰² OLG Hamburg, Beschluss vom 12.7.2010, 11 W 51/10, ZIP 2010, 2097 = NZG 2010, 1157.

¹⁰³ BGH, Beschluss vom 20.9.2011, II ZB 17/10, DNotZ 2011, 943 = ZIP 2011, 2141.

¹⁰⁴ Siehe dazu *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1050; *D. Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785, 792.

¹⁰⁵ Hierzu zusammenfassend *Begemann/Grunow*, DNotZ 2011, 403.

¹⁰⁶ Vgl. die Nachweise bei *Weigl*, MittBayNot 2009, 116, 119.

¹⁰⁷ Hierzu insbesondere *König/Bormann*, ZIP 2009, 1913.

¹⁰⁸ *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1049 f.

¹⁰⁹ Zutreffend *Weiler*, notar 2012, 192, 197.

d) Kritik an der BGH-Entscheidung

Die vorbezeichnete Entscheidung des BGH wurde in der Literatur teilweise scharf kritisiert.¹¹⁰ Hauptkritikpunkt ist, dass der BGH ausschließlich den Ersterwerber schützt und den gutgläubigen Zweiterwerber schutzlos lässt.¹¹¹

Dieser Kritik ist zunächst aus der Sicht des Praktikers entgegenzuhalten, dass in der notariellen Praxis tagtäglich eine Vielzahl von Anteilsabtretungen unter aufschiebenden Bedingungen – mit Schutzbedürfnis für den Ersterwerber – beurkundet werden, es aber während meiner langjährigen notariellen Tätigkeit noch nie vorkam, dass ein Veräußerer trotz bereits erfolgter Abtretung nochmals an einen Zweiterwerber abgetreten hat. Es ist auch keineswegs so, dass der Zweiterwerber wirklich absolut rechtlich schutzlos gestellt wird. Da der BGH – in anderem Zusammenhang (vgl. bei Ziffer 3. c.) – ausdrücklich die Aufnahme einer Veränderungsspalte zulässt, kann der Zweiterwerber durch einen „Trick“ geschützt werden, wenn der beurkundende Notar Zweifel an der Seriosität des Veräußerers hat.

Beispiel:

Vor dem Notar N erscheint der Veräußerer V, der ausweislich der zuletzt aufgenommenen Gesellschafterliste der alleinige Gesellschafter der A-GmbH ist, und will seinen einzigen Geschäftsanteil mit der lfd. Nr. 1 im Nennbetrag von 25.000 € an den Erwerber E verkaufen und abtreten.

Hat der Notar hier Zweifel an der Vertragstreue des Veräußerers, so kann in der notariellen Kauf- und Abtretungsurkunde eine Teilung des Geschäftsanteils Nr. 1 in 25.000 Geschäftsanteile mit den lfd. Nrn. 1–25.000 vorgenommen werden. Der Notar reicht sodann aufgrund des Teilungsbeschlusses die geänderte und bescheinigte Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG ein und verweist in der Veränderungsspalte darauf, dass die Neummerierung im Rahmen des „Kauf- und Abtretungsvertrags“ des Notars vom erfolgt“. Das gleiche Ergebnis ließe sich durch eine „schlichte“ Neummerierung des Geschäftsanteils erzielen.

8. Weitere Problemkreise**a) Gesellschafterliste bei Erbfolge****Beispiel:**

Erblasser E war Alleingesellschafter und einziger Geschäftsführer der A-GmbH. In einem notariellen Testament hat er sein Kind (K) vor zehn Jahren zum Alleinerben eingesetzt. Als E an den Folgen eines Unfalls verstirbt, möchte K seine Rechte in der A-GmbH alsbald ausüben. Was muss er dazu unternehmen?¹¹²

Stirbt ein Gesellschafter, so geht sein Geschäftsanteil nach §§ 1922, 1967 BGB auf seine Erben über, denn nach § 15 Abs. 1 GmbHG sind Geschäftsanteile an einer GmbH frei vererblich. Da nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG aber nur der Gesellschafter Gesellschafterrechte ausüben darf, der in der zuletzt beim Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist, verleiht allein die materiellrechtliche Inhaberstellung diesem noch nicht das Recht, Mitglied-

schaftsrechte, wie insbesondere das Stimmrecht, auszuüben. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, auch dem nicht eingetragenen Erben sei die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten zu gestatten.¹¹³ Nach herrschender Meinung¹¹⁴ erwerben die Erben dagegen erst dann die Gesellschafterrechte, wenn sie im Verfahren gemäß § 40 GmbHG in die Gesellschafterliste eingetragen wurden.¹¹⁵ Es ist somit zwischen dem Innehaben der Rechte und der Befugnis zur Ausübung zu unterscheiden: Der Erbe tritt zwar mit dem Erbfall ohne sein Zutun in die Rechtstellung des verstorbenen Gesellschafters ein, er kann seine mitgliedschaftlichen Rechte jedoch nicht ausüben, solange nicht die geänderte Gesellschafterliste ins Handelsregister aufgenommen wurde.

Da, bezogen auf den Ausgangsfall, eine Zuständigkeit des Notars nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nicht begründbar ist, bleibt nur die Lösung, dass der Erbe K beim Registergericht einen Antrag auf Bestellung eines Notgeschäftsführers stellt.¹¹⁶ Der sodann bestellte Notgeschäftsführer kann auf entsprechende Mitteilung und Nachweis durch den Erben K sodann eine aktualisierte Gesellschafterliste beim Handelsregister einreichen.

Beispiel:

Eine GmbH soll schnellstmöglich liquidiert werden. In der zuletzt aufgenommenen Gesellschafterliste ist noch der verstorbene Gesellschafter X eingetragen. Der Verstorbene war verwitwet. Alle Abkömmlinge haben die Erbschaft ausgeschlagen. Im Übrigen ist die Erbfolge ungeklärt. Es ist geplant, die Gesellschaft ohne Ladung und Zustimmung der (unbekannten) Erben und ohne Berichtigung der Gesellschafterliste aufzulösen. Die Geschäftsanteile der beiden mitwirkenden Gesellschafter (A und B) weisen einen Nennwert von insgesamt 49.000 € auf, die des Verstorbenen einen Nennwert von 1.000 €. Die Satzung sieht keine Einziehungsmöglichkeit betreffend den Anteil des verstorbenen Gesellschafters vor. Können die Gesellschafter ohne Ladung und Zustimmung der Erben die Auflösung der GmbH beschließen?

Solange der Erblasser noch in der Gesellschafterliste eingetragen ist, stellt die Ladung der Gesellschafter zur Gesellschafterversammlung ein Problem dar. Da, bezogen auf den Ausgangsfall, nach § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG ein Auflösungsbeschluss gefasst werden soll, ist nach § 48 Abs. 1 GmbHG eine Gesellschafterversammlung abzuhalten. Dazu haben die Geschäftsführer nach § 51 Abs. 1 GmbHG ausnahmslos sämtliche Gesellschafter zu laden. Geschieht dies nicht, ist der im Rahmen der fehlerhaft geladenen Versammlung gefasste Beschluss analog § 241 Nr. 1 AktG nichtig.

Ist der Tod des Gesellschafters der Gesellschaft noch nicht bekannt, so ist die Ladung des Verstorbenen kein Einberufungsfehler; es gilt § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG. Wurde der GmbH der Tod mitgeteilt und auch die Person des oder der Erben nachgewiesen, dann ist unverzüglich die Gesellschafterliste durch die Geschäftsführung zu ändern und zum Handelsregister einzureichen (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Ist zwar der Tod des Gesellschafters, aber nicht dessen Erbe(n) bekannt, dann muss eine Nachlasspflegschaft im Sinne von § 1960 BGB eingeleitet werden. Der Pfleger wird dann als

¹¹⁰ Bayer, GmbHR 2011, 1254; Brandes, GmbHR 2012, 545; Omlor, DNotZ 2012, 179; Altmeyen in FS Schurig, 2012, S. 1 ff.; Wicke, DSStR 2011, 2356; Herrler, NZG 2011, 1321.

¹¹¹ Vgl. die Nachweise bei Bayer, a. a. O. (Fn. 12), § 16 GmbHG Rdnr. 63e.

¹¹² Vgl. das Beispiel bei Lange, GmbHR 2012, 986, und zum Gesamtkomplex jetzt ausführlich Heidinger, ZNotP 2012, 449 ff.

¹¹³ So Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 16 Rdnr. 18.

¹¹⁴ Vgl. die Nachweise bei Bayer, a. a. O. (Fn. 12), § 16 Rdnr. 34.

¹¹⁵ Vgl. die Nachweise bei Bayer, a. a. O. (Fn. 12), § 16 GmbHG Rdnr. 34; ders., GmbHR 2012, 1 ff., 4.

¹¹⁶ So Link, RNotZ 2009, 193, 213; Lange, GmbHR 2012, 986, 988.

Vertreter der unbekannt Erben nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG in die Gesellschafterliste aufgenommen und nimmt für den/die Erben gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG dessen/deren Rechte wahr. Solange allerdings der Nachlasspfleger noch nicht bestellt und in die Gesellschafterliste eingetragen wurde, kann er auch nicht im Sinne des § 51 GmbHG geladen werden. Besteht ein Eilbedürfnis für die Gesellschaft, muss das Gericht die Entscheidung rasch vornehmen, denn für die Gesellschaft eilbedürftige Beschlüsse sind stets auch im Interesse der unbekannt Erben eilbedürftig.¹¹⁷

Für den Bereich des Grundbuchs wird ausnahmsweise die Eintragung unbekannter Berechtigter zugelassen, wenn die namentliche Angabe unmöglich oder mit ungewöhnlichen, nicht zumutbaren Schwierigkeiten verbunden ist.¹¹⁸ So beispielsweise, wenn es um die Eintragung eines Rechts für die noch unbekannt Erben einer bestimmten Person geht. Diese Erwägungen können auch auf die Gesellschafterliste übertragen werden. In die Gesellschafterliste sind deshalb die unbekannt Erben selbst – als solche – einzutragen und der bestellte Nachlasspfleger ist als deren Vertreter aufzuführen.

b) Gesellschafterliste bei Teilgeschäftsanteilsabtretungen

Beispiel:

A tritt seinen Geschäftsanteil an der X-GmbH mit sofortiger dinglicher Wirkung an B und C ab. Im Rahmen der Abtretungsurkunde wird der Geschäftsanteil von A im Nennbetrag zu 25.000 € in zwei Geschäftsanteile im Nennbetrag zu je 12.500 € geteilt. Muss der Notar hier unverzüglich nach Wirksamwerden des Teilungsbeschlusses eine geänderte und bescheinigte Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG zum Handelsregister einreichen?

Gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG hat der an Veränderungen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitwirkende Notar unverzüglich nach deren Wirksamwerden eine aktualisierte, mit Bescheinigung versehene Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. Wird der Teilungsbeschluss ausweislich der notariellen Urkunde sofort wirksam, so ist der beurkundende Notar verpflichtet, unverzüglich eine Gesellschafterliste einzureichen, die die Veränderungen aufgrund des Teilungsbeschlusses wiedergibt. Mehrere Veränderungen dürfen nur dann in einer einheitlichen geänderten und bescheinigten Gesellschafterliste zusammengefasst werden, wenn sie gleichzeitig wirksam geworden sind.¹¹⁹ Für Ausnahmefälle wird es teilweise für geboten gehalten, eine zusammenfassende Liste einzureichen, falls durch das gleichzeitige Einreichen mehrerer Listen eine Verwirrung über den aktuellen Stand der Beteiligungsverhältnisse entsteht.¹²⁰

Beispiel:

In der notariellen Urkunde werden zunächst mehrere GmbH-Geschäftsanteile zusammengelegt und mit Folgebeschluss die zusammengelegten Anteile neu aufgeteilt und nummeriert. Sodann werden die neu aufgeteilten und nummerierten Geschäftsanteile an unterschiedliche Erwerber mit sofortiger dinglicher Wirkung abgetreten.

¹¹⁷ Vgl. zum Gesamtkomplex *Bayer*, a. a. O. (Fn. 12), § 51 GmbHG Rdnr. 10; *Tröder*, notar 2011, 378, 379.

¹¹⁸ Vgl. *Meikell/Bötcher*, GBO, 10. Aufl. 2009, § 15 GBV Rdnr. 22.

¹¹⁹ Vgl. die Nachweise bei *Bayer*, a. a. O. (Fn. 12), § 40 GmbHG Rdnr. 9.

¹²⁰ *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 450; dem folgend LG München, Beschluss vom 20.8.2009, 17 HKT 13711/09, GmbHHR 2010, 151; ausführlich DNotI-Report 2011, 25 ff.

Der für die Einreichung zuständige Notar steht hier vor einem gewissen Dilemma: Er muss unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderung drei verschiedene, jeweils mit einer Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG versehene Listen einreichen. Allerdings kann er die Notarbescheinigung unter Bezugnahme auf die zuletzt im Handelsregister aufgenommene Liste erst dann korrekt erstellen, wenn die erste Liste betreffend die Zusammenlegung und die zweite betreffend die Teilung im Handelsregister aufgenommen wurden. Dadurch verzögert sich die andererseits grundsätzlich unverzüglich nach Wirksamwerden der Änderung vorzunehmende Einreichung der zweiten und insbesondere der dritten Liste zur Anteilsabtretung. In einem solchen Fall scheint es zulässig, eine zusammengefasste Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen, die allerdings in einer Veränderungsspalte die unterschiedlichen „listenrelevanten Vorgänge“ beschreiben sollte.

Das OLG Jena¹²¹ hat in einem Urteil zur Nummerierung nach Teilung die dort offenbar erfolgte Einreichung einer einheitlichen Liste (Zusammenfassung von Teilung und Abtretung) überhaupt nicht problematisiert. Werden Teilung und Abtretung sofort wirksam (gleichzeitig wirksam), ist die Einreichung einer einheitlichen Gesellschafterliste völlig unproblematisch.¹²²

c) Kettenabtretungen

Beispiel: Die A-AG hält den einzigen Geschäftsanteil an der A-GmbH im Nennbetrag von 50.000 €. Dieser Geschäftsanteil wird in der notariellen Urkunde des Notars N gemäß Abschnitt I zunächst von der A-AG an die B-AG abgetreten. Aufschiebend bedingt auf das Wirksamwerden dieser Abtretung tritt die B-AG den Anteil weiter an die D-GmbH ab. Aufschiebend bedingt auf das Wirksamwerden dieser Abtretung wird in Abschnitt III der Urkunde der Anteil von der D-GmbH aufschiebend bedingt auf das Wirksamwerden der Abtretung B-AG an D-GmbH an die E-GmbH abgetreten. In Abschnitt IV der Urkunde wird sodann der Anteil von der E-GmbH, aufschiebend bedingt auf das Wirksamwerden der Abtretung an die D-GmbH, an die F-GmbH abgetreten.

Alle Abtretungen erfolgen ausschließlich unter der aufschiebenden Bedingung des vorherigen Wirksamwerdens der „vorgelagerten“ Abtretung.

Mehrere Veränderungen im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG dürfen nur dann in einer notariell bescheinigten Gesellschafterliste zusammengefasst werden, wenn sie gleichzeitig erfolgt sind und dadurch nicht der Einblick in die Entstehung der Anteilsverhältnisse versperrt wird.¹²³ Erfolgen Veränderungen im engen zeitlichen Abstand nacheinander, sind die jeweiligen Listen ggf. mit einer Uhrzeit zu versehen bzw. sollten bei der Einreichung zum Handelsregister eindeutige Anweisungen gegeben werden, in welcher Reihenfolge die Listen in das Handelsregister aufzunehmen sind.¹²⁴

So sollte, bezogen auf den Ausgangsfall, in der Veränderungsspalte bezogen auf den ersten Abtretungsvorgang etwa formuliert werden:

„Abgetreten mit Urkunde des Notars in vom, URNr. /2013 – gemäß Ziffer I der Urkunde.“

¹²¹ OLG Jena, Beschluss vom 7.4.2011, 8 W 120/11, GmbHHR 2011, 542.

¹²² Vgl. *Bayer*, a. a. O. (Fn. 12), § 40 GmbHG Rdnr. 9.

¹²³ *Wicke*, DB 2011, 1037, 1039; *Bayer*, a. a. O. (Fn. 12), § 40 GmbHG Rdnr. 9; DNotI-Report 2011, 25.

¹²⁴ LG München I, Beschluss vom 20.8.2009, 17 HK T 13711/09.

Die „Folgegesellschafterlisten“ erhalten jeweils selbständige – die rein materielle Reihenfolge der Wirksamkeit der Anteilsabtretung abbildende – Urkundennummern. In jeder einzelnen Gesellschafterliste sollte in der Veränderungsspalte auf den Urkundsabschnitt hingewiesen werden, der sich auf den jeweiligen Abtretungsvorgang bezieht. Das zuständige Registergericht ist im Rahmen der elektronischen Einreichung darauf hinzuweisen, dass die Aufnahme der Listen in den elektronischen Registerordner in der Reihenfolge der entsprechenden Urkundennummern vorgenommen werden muss und die Urkundennummer dabei die zuletzt aufzunehmende Gesellschafterliste ausweist.

Wird so verfahren, so ist die Angabe einer Uhrzeit für die einzelnen Abtretungsvorgänge nicht erforderlich.¹²⁵

d) Sich kreuzende Gesellschafterlisten

Der Fall der sich kreuzenden Gesellschafterlisten kann systembedingt ohne irgendein Fehlverhalten der Beteiligten eintreten, wenn von unterschiedlichen Notaren am selben Tag oder in kurzem zeitlichen Abstand Veränderungen im Gesellschafterbestand beurkundet und von den beteiligten Notaren neue Gesellschafterlisten eingereicht werden. Die gleiche Situation kann entstehen, wenn ein Notar und ein Geschäftsführer unabhängig voneinander Gesellschafterlisten in kurzem zeitlichen Abstand einreichen. Dabei besteht die Gefahr, dass die jeweils eingereichte Liste, obwohl sie aus Sicht des Einreichenden korrekt ist, mangels Kenntnis die andere ggf. zeitlich vorrangige Veränderung nicht enthält.¹²⁶ Da letztlich nur die Geschäftsführung Kenntnis von den sich kreuzenden Gesellschafterlisten erlangt, hat diese im Rahmen ihrer allgemeinen Sorgfaltspflichten für eine Berichtigung der Gesellschafterliste zu sorgen.¹²⁷ Kenntnis erlangt die Geschäftsführung dadurch, dass jeder Notar verpflichtet ist, eine einfache Abschrift der von ihm zum Handelsregister eingereichten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln (§ 40 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 GmbHG).

e) Fehlende Voreintragung in der Liste

Beispiel:

Der Notar N beurkundet bei der A-GmbH, die aus den Gesellschaftern A und B besteht, die Abtretung des Geschäftsanteils des A an X. Die Abtretung wird ausweislich der Notarurkunde sofort wirksam, versehentlich wird jedoch keine neue Gesellschafterliste eingereicht. Drei Tage später überträgt X beim gleichen Notar einen Teil seines Geschäftsanteils an Y und erklärt zusammen mit dem weiteren Gesellschafter B die nach der Satzung der A-GmbH erforderliche Zustimmung der Gesellschafterversammlung zur Teilung des Geschäftsanteils und zur Abtretung. Darf der Notar eine neue Liste einreichen und die Notarbescheinigung erteilen? Welche Maßnahmen sind durch den Notar zu veranlassen?

Die Eintragung in der Gesellschafterliste genießt keinen öffentlichen Glauben, so dass auch keine ununterbrochene Kette von Gesellschafterlisteneintragungen erforderlich ist. Die Eintragung in der Gesellschafterliste ist zudem keine Voraussetzung für den wirksamen dinglichen Erwerb eines Geschäftsanteils. Daher ist auch die Voreintragung in der bisherigen Gesellschafterliste keine materiellrechtliche Voraussetzung für eine wirksame Geschäftsanteilsabtretung. Im

Grundsatz muss der Notar auch dann unverzüglich eine neue Gesellschafterliste unter Berücksichtigung der Veränderung, an der er mitgewirkt hat, zum Handelsregister einreichen, wenn die „Voreintragung“ in der bisherigen Liste nicht den Veräußerer wiedergibt.¹²⁸ Nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG muss der Notar allerdings von der Wirksamkeit der Veränderung überzeugt sein. Bezogen auf den Beispielsfall darf der beurkundende Notar keine neue Gesellschafterliste, die Y als Erwerber eines Geschäftsanteils ausweist, beim Handelsregister einreichen, da vom nicht in die Liste eingetragenen Gesellschafter X kein wirksamer Gesellschafterbeschluss betreffend die Zustimmung zur Teilung und Abtretung des Teilgeschäftsanteils gefasst werden konnte (vgl. § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG).

Eine erkennbar fehlerhafte Ausgangsliste steht allerdings nicht dem Erfordernis einer Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG entgegen. Denn darin wird schon ausweislich des eindeutigen Gesetzeswortlautes nur die Kontinuität der „übrigen Eintragungen“ in der Liste gesichert. Bezüglich der Eintragung der Veränderung an der er mitgewirkt hat, bescheinigt der Notar lediglich, dass sie „den Veränderungen entsprechen“.

Ungeklärt ist allerdings nach wie vor die Frage, wie die bisher fehlende Publizität über die Geschäftsanteile (hier betreffend die Abtretung von A an X) noch nachgeholt werden kann. Da eine ordnungsgemäße chronologische Aufnahme der vergessenen Gesellschafterliste nicht möglich ist, sollte das Problem so gelöst werden, dass alle aus dem Endstand am Einreichungstag nicht ersichtlichen Veränderungen zusätzlich in der neuen notarbescheinigten Gesellschafterliste angegeben werden.¹²⁹ Hier kann so verfahren werden, dass die neue Gesellschafterliste zunächst X als Inhaber des Geschäftsanteils des A ausweist (mit Hinweis in der Veränderungsspalte betreffend das Datum der damaligen Abtretungsurkunde) und sodann auch die Teilung und Abtretung des Teilgeschäftsanteils an Y berücksichtigt (wiederum in der Veränderungsspalte durch Angabe des Urkundendatums und der Urkundennummer).

f) Rechtsfolgen eines Kompetenzverstoßes Notar/Geschäftsführer

Es stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen sich aus einem Kompetenzverstoß nach § 40 GmbHG ergeben, d. h., welche rechtliche Konsequenzen es hat, wenn (irrigerweise) der Notar anstelle des an sich zuständigen Geschäftsführers die geänderte Gesellschafterliste unterzeichnet und bescheinigt und beim Registergericht einreicht, oder umgekehrt, der Geschäftsführer anstelle des zur Einreichung der geänderten Gesellschafterliste verpflichteten Notars tätig wird. Entgegen der teilweise in der OLG-Rechtsprechung¹³⁰ vertretenen Auffassung ist das Registergericht nur in Evidenzfällen berechtigt, die Kompetenzabgrenzung zwischen Notar und Geschäftsführung betreffend die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste zu prüfen.¹³¹

Aus Rechtssicherheitsgründen wird man auch davon ausgehen müssen, dass die Legitimationswirkung nach § 16 Abs. 1 GmbHG auch dann nicht entfällt, wenn die in § 40 Abs. 1 und

¹²⁵ So aber *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 450.

¹²⁶ Vgl. *MünchKommGmbHG/Heidinger*, 2010, § 40 Rdnr. 214.

¹²⁷ Vgl. *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 40 Rdnr. 31; *MünchKommGmbHG/Heidinger*, 2010, § 40 Rdnr. 214; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 412; *Wicke*, NotBZ 2009, 1.

¹²⁸ Vgl. die Nachweise bei *MünchKommGmbHG/Heidinger*, 2010, § 40 Rdnr. 174.

¹²⁹ So *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 414, und weitere Nachweise bei *MünchKommGmbHG/Heidinger*, 2010, § 40 Rdnr. 177.

¹³⁰ Vgl. OLG Hamm, ZIP 2010, 128; OLG Frankfurt, GmbHR 2011, 198.

¹³¹ Zutr. *MünchKommGmbHG/Heidinger*, 2010, § 40 Rdnr. 238 m. w. N.; anders allerdings auch *Löbbe*, GmbHR 2012, 7, 14 f.

2 GmbHG geregelte Kompetenzabgrenzung zwischen dem Geschäftsführer und dem Notar verletzt wurde. Dies gilt jedenfalls in den Fällen, in denen der Geschäftsführer bei der Einreichung der Gesellschafterliste nicht eigenmächtig, sondern auf Mitteilung und Nachweis gehandelt hat.¹³²

g) Korrektur einer Notarliste durch den Geschäftsführer

Fraglich ist, ob der Geschäftsführer – entgegen der Zuständigkeitsverteilung nach § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG – die Kompetenz hat, selbst eine berichtigte, neue Gesellschafterliste einzureichen, wenn an der (ggf. fehlerhaften) in der Liste vermerkten Veränderung ein Notar mitgewirkt hat.¹³³ Wendet man die Kompetenzabgrenzung konsequent an, kann der Geschäftsführer die Einreichung einer neuen, richtigen Gesellschafterliste nur in seinem Zuständigkeitsbereich nach § 40 Abs. 1 GmbHG selbst durchführen und muss ansonsten die Einreichung vom zuständigen Notar veranlassen.¹³⁴ Nach anderer Auffassung ist es Daueraufgabe des Geschäftsführers, die Gesellschafterliste ständig zu überwachen und diese ggf. durch Einreichung einer neuen Gesellschafterliste zu korrigieren.¹³⁵ Richtigerweise wird man differenzieren müssen: handelt es sich um einen Mangel, der sich unmittelbar aus der notariellen Urkunde, die zur Veränderung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG geführt hat, ergibt (zum Beispiel unzureichende Vollmacht des Veräußerers, fehlende Unterschriftsleistung eines Beteiligten, unrichtige Bezeichnung der abgetretenen Anteile), so besteht eine alleinige Kompetenz des beurkundenden Notars, eine weitere, jetzt richtige Liste einzureichen, in der die Veränderung, an der er mitgewirkt hat, und die übrigen Inhalte, auf die sich die Notarbescheinigung bezieht, richtig wiedergegeben sind. Die Amtspflicht des Notars endet erst dann, wenn er eine korrigierte, mangelfreie Gesellschafterliste eingereicht hat.¹³⁶ Die Notarbescheinigung hat die Korrektur offenzulegen und sich im Übrigen nicht auf die zuletzt in das Handelsregister aufgenommene – unrichtige – Gesellschafterliste des Notars, sondern auf deren Vorgängerliste zu beziehen.¹³⁷ Wurde zwischenzeitlich eine weitere – möglicherweise auf die unrichtige Notarliste aufbauende – Gesellschafterliste von der Geschäftsführung eingereicht, so sind die Geschäftsführer zu informieren, die dann eine korrigierte Gesellschafterliste zu unterzeichnen und einzureichen haben.¹³⁸

h) Korrektur einer vom Notar eingereichten Gesellschafterliste

(1) Offensichtliche Unrichtigkeit im Sinne des § 44a Abs. 2 BeurkG

Beispiel:

Bei der X-GmbH wird das Stammkapital von 25.000 € um 100.000 € auf 125.000 € erhöht und ein neuer Geschäftsan-

teil im gleichen Nennbetrag mit der Nr. 2 ausgegeben. In der Gesellschafterliste wird der Anteil jedoch versehentlich mit der Nr. 4 bezeichnet. Der Fehler wird bemerkt, nachdem die neue Gesellschafterliste bereits vier Wochen im Handelsregister aufgenommen war. Wie ist zu verfahren?

Bei der Gesellschafterliste mit Notarbescheinigung handelt es sich um eine in der Form des Vermerks (§ 39 BeurkG) errichtete öffentliche Urkunde. Nach § 44a Abs. 2 BeurkG ist eine nachträgliche Berichtigung von Fehlern in einer notariellen Urkunde möglich, soweit es sich um eine „offensichtliche Unrichtigkeit“ handelt. Nach herrschender Meinung können insoweit dieselben Maßstäbe herangezogen werden, wie zu § 319 ZPO.¹³⁹ Es können dementsprechend nicht nur falsche Nummern von Geschäftsanteilen, „Zahlendreher“ und schlichte Schreibversehen, sondern auch sonstige Auslassungen und Unvollständigkeiten berichtigt werden, wenn sie versehentlich erfolgt sind und sich dies aus dem Gesamtzusammenhang der die Grundlage der neuen bescheinigten Gesellschafterliste bildenden Beurkundung (zum Beispiel Geschäftsanteilsabtretung) ergibt.

Dieser Nachtragsvermerk ist in Form einer selbständigen Vermerksurkunde (§ 39 BeurkG) – in der Regel – auf einem gesonderten, mit der Urkunde zu verbindendem Blatt niederzulegen und mit dem Datum der Richtigstellung zu versehen.¹⁴⁰

Formulierungsvorschlag:

„Nachtragsvermerk gemäß § 44a Abs. 2 BeurkG

Zur Gesellschafterliste mit Notarbescheinigung vom, diesamtliche URNr., stelle ich, Notar, hiermit richtig, dass der Geschäftsanteil zu nominell 100.000 € der Z-AG richtig mit lfd. Nr. 2 bezeichnet ist, wie sich aus Ziffer II 2 des Kapitalerhöhungsbeschlusses vom, diesamtliche URNr., ergibt.

Dieses offensichtliche Schreibversehen hinsichtlich der Nummerierung wird hiermit berichtigt.

....., den

Notarunterschrift mit Notarsiegel“

Da diese Vermerksurkunde mit der ursprünglichen Urkunde zu verbinden ist, ist es zwingend erforderlich, dass das Registergericht den elektronisch eingereichten „Nachtragsvermerk“ der ursprünglich eingereichten Gesellschafterliste zuordnet. Zuordnung bedeutet in diesem Sinne, dass der elektronisch eingereichte Nachtragsvermerk mit dem entsprechenden tiff-Dokument der Gesellschafterliste im entsprechenden Registerordner nach § 9 HRV verbunden ist. Die Registergerichte müssen sicherstellen, dass die Gesellschafterliste nicht ohne Hinweis auf den Nachtragsvermerk abrufbar ist. Letztlich ist in gleicher Weise zu verfahren wie bei der Zuordnung eines Widerspruchs nach § 16 Abs. 3 Satz 3 GmbHG.¹⁴¹

(2) Materielle Fehler

Beispiel:

Der Notar N beurkundet eine Geschäftsanteilsabtretung bei der A-GmbH. Dabei werden sämtliche Geschäftsanteile des X an die Z-GmbH verkauft, jedoch an ein Konzernunternehmen

¹³² Vgl. hierzu *Löbbe*, *GmbHR* 2012, 7, 16; *MünchKommGmbHG/Heidinger*, 2010, § 16 Rdnr. 70 f.; *Gottschalk*, *NZG* 2009, 896, 897.

¹³³ So *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, *GmbHG*, 20. Aufl. 2013, § 40 Rdnr. 40 für den Fall einer nicht eingehaltenen Vinkulierungsklausel.

¹³⁴ Vgl. die Nachweise bei *MünchKommGmbHG/Heidinger*, 2010, § 40 Rdnr. 104.

¹³⁵ Vgl. hierzu ausführlich *Liebscher/Götte*, *DStR* 2010, 2038.

¹³⁶ Vgl. die Nachweise bei *MünchKommGmbHG/Heidinger*, 2010, § 40 Rdnr. 105.

¹³⁷ So zutr. *Link*, *RNotZ* 2009, 193, 198; *MünchKommGmbHG/Heidinger*, 2010, § 40 Rdnr. 105.

¹³⁸ *Link*, *RNotZ* 2009, 193, 198; *MünchKommGmbHG/Heidinger*, *GmbHG*, 2010, § 40 Rdnr. 105.

¹³⁹ Vgl. die Nachweise bei *Eickelberg* in *Kersten/Bühling*, *Formularbuch der Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 22. Aufl. 2008, § 11 Rdnr. 17.

¹⁴⁰ Ausführlich zum Verfahren *Reithmann*, *DNotZ* 1999, 27.

¹⁴¹ Einzelheiten hierzu *MünchKommGmbHG/Heidinger*, 2010, § 16 Rdnr. 248.

der Z-GmbH, die Y-GmbH dinglich abgetreten. Der Notar N reicht fälschlicherweise eine Gesellschafterliste ein, die die Z-GmbH (statt richtigerweise die Y-GmbH) als neue Inhaberin der ehemaligen Geschäftsanteile des X ausweist.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Registergericht keine unmittelbare verfahrenstechnische Möglichkeit hat, eine unrichtige Gesellschafterliste, die einmal förmlich in das Registerportal aufgenommen wurde, aus diesem von Amts wegen zu entfernen.¹⁴² Insbesondere besteht keine Möglichkeit der Amtslöschung analog §§ 393 ff. FamFG. Dem Notar verbleibt somit nur die Möglichkeit, die mangelhafte Liste zu korrigieren und diese Korrektur in der Veränderungsspalte¹⁴³ offenzulegen. Dabei darf er sich nicht auf die zuletzt in das Handelsregister aufgenommene – unrichtige – Gesellschafterliste beziehen, sondern muss sich auf deren Vorgängerliste beziehen.¹⁴⁴ Auch hier stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die fehlerhafte Liste auf zwischenzeitlich von der Z-GmbH gefassten Beschlüsse hat (vgl. dazu ausführlich bei Ziffer B II 2).

Formulierungsvorschläge für die Veränderungsspalte:

Bei Verschmelzung:

„Erwerb aufgrund Verschmelzungsvertrag vom und Zustimmungsbeschlüsse der Anteilhaber- und Anteilsinhaberversammlungen der beteiligten Rechtsträger vom gleichen Tage, eingetragen im Handelsregister des übernehmenden Rechtsträgers am“

¹⁴² Vgl. die Nachweise in MünchKommGmbH/Heidinger, 2010, § 40 Rdnr. 244 m. w. N.

¹⁴³ Anders MünchKommGmbH/Heidinger, 2010, § 40 Rdnr. 105 „in der Notarbescheinigung“.

¹⁴⁴ Link, RNotZ 2009, 193, 198.

Bei Spaltung:

„Erwerb aufgrund Spaltungsvertrag (Spaltungsplan) vom und Zustimmungsbeschlüsse der Anteilhaber- und Anteilsinhaberversammlungen der beteiligten Rechtsträger vom“, eingetragen im Handelsregister des übertragenden Rechtsträgers am“

Bei Formwechsel:

„Formwechselnde Umwandlung der X-GmbH mit dem Sitz in (vormals AG, HR B ...) vom, eingetragen im Handelsregister des AG, HR B/HR A..... am“

Bei Kapitalerhöhung:

„Erwerb aufgrund Barkapitalerhöhung (Sachkapitalerhöhung) vom, eingetragen im Handelsregister am“

Bei Geschäftsanteilsabtretung:

„Erwerb aufgrund Geschäftsanteilsverkauf- und -abtretungsvertrag gemäß URNr. des Notars in vom“

Bei Einbringung:

„Erwerb aufgrund Einbringung und Abtretung gemäß URNr. des Notars in vom“

Bei Teilungsbeschluss:

„Entstanden aus bisheriger laufender Nr. 3 gemäß Teilungsbeschluss vom zu Urkunde des Notars in, URNr. (bisherige lfd. Nr. 3 geteilt in lfd. Nrn. 3.1 und 3.2).“

Die Liste selbst sollte überschrieben sein mit „Gesellschafterliste mit Notarbescheinigung“.

Gerichtskosten in der notariellen Praxis – ein Überblick nach dem 2. Kostenrechtsreformgesetz

Von Notarassessor Dr. *Christian R. Fackelmann*, M. St. (Oxford), Berlin

Angesichts seiner Tätigkeit an der Schnittstelle zwischen den Beteiligten und den Gerichten kommt der Notar immer wieder mit Gerichtskostenregelungen in Berührung – sei es, dass die Höhe der anfallenden Gerichtsgebühren Bestandteil von Gestaltungsüberlegungen ist, sei es, dass der Notar Fragen der Beteiligten nach den Gebühren für Grundbucheintragung, Erbschein oder Aufgebotsverfahren beantworten möchte. Der vorliegende Beitrag will vor diesem Hintergrund die in der notariellen Praxis wichtigsten gerichtskostenrechtlichen Regelungen erläutern und damit eine kompakte Hilfestellung für die notarielle Praxis bieten.

Das Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG) ist als Teil des 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes (2. KostRMoG)¹ am 1.8.2013 in Kraft getreten und hat die Kostenordnung (KostO) abgelöst. Mit dem GNotKG wurden nicht nur Rechtsgrundlagen und Systematik der Notarkosten grundlegend geändert.² Auch die Regelungen zu den Gerichtskosten in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (ohne Familiensachen³) wurden in weiten Bereichen überarbeitet und neu im GNotKG kodifiziert. Der Schwerpunkt dieses Beitrags liegt entsprechend ihrer praktischen Bedeutung auf den Gerichtskosten in Grundbuchsachen nach dem GNotKG (Abschnitt I). Die Kosten in Nachlass- und Teilungssachen sind Gegenstand von Abschnitt II, bevor Abschnitt III auf Registersachen (sowohl Handels- und vergleichbare Register als auch Vereinsregister) eingeht. Weitere für den Notar relevante Gerichtskosten – einschließlich der Regelungen zu Rechtsmitteln in Notarkostensachen – werden in Abschnitt IV dargestellt. Abschnitt V geht abschließend auf den zeitlichen Anwendungsbereich der durch das 2. KostRMoG geänderten bzw. neu eingeführten Gerichtskostenregelungen ein.

I. Grundbuchsachen

1. Allgemeines

Die Gebühren in Grundbuchsachen richten sich nach den Nrn. 14110 bis 14160 des Kostenverzeichnisses zum GNotKG (KV).⁴ Daneben sind in den Nrn. 17000 und 17001 KV noch Gebührentatbestände für die Erteilung beglaubigter und unbeglaubigter Grundbuchauszüge geregelt. Anwendbar sind die Nrn. 14110 bis 14160 KV zunächst auf Grundstücke; Vorbemerkung 1.4 Abs. 1 erweitert den Anwendungsbereich auf grundstücksgleiche Rechte (Erbbaurecht, Bergwerkseigentum etc.).⁵

Der Geschäftswert ist insbesondere nach den §§ 55, 69 bis 71 zu ermitteln. Für die Bewertung gelten – wie im Notarbereich auch – die §§ 46 bis 53. Soweit keine spezielle Geschäftswert- oder Bewertungsvorschrift gegeben ist, ist die Ausgangsvorschrift des § 36 heranzuziehen. Die Gebühren sind in Grund-

buchsachen durchgängig nach Tabelle B (§ 34) zu berechnen. Wichtig in diesem Zusammenhang ist die ausdrücklich normierte Mitwirkungspflicht der Beteiligten bei der Wertfestsetzung (§ 77): Bei jedem Antrag ist demnach grundsätzlich der Geschäftswert und nach Aufforderung auch der Wert eines Teils des Verfahrensgegenstands anzugeben.⁶

Grundsätzlich entstehen die jeweiligen Gebühren für jede Eintragung gesondert, § 55 Abs. 2. Vorbemerkung 1.4 Abs. 3 bis 5 KV enthält hierzu allerdings Sonderregelungen (näheres hierzu bei den Einzelatbeständen).

Kostenschuldner ist der Antragsteller, § 22 Abs. 1, wobei mehrere Antragsteller nach § 32 Abs. 1 als Gesamtschuldner haften, ansonsten der Übernahmeschuldner nach § 27 Nr. 2. Bei Ersteigerung im Rahmen der Zwangsversteigerung haftet nach § 23 Nr. 12 ausschließlich der Ersteher für die Kosten. Wird eine Sicherungshypothek für Forderungen gegen den Ersteher eingetragen, haften für die Kosten sowohl Gläubiger als auch Ersteher, § 23 Nr. 13. Erfolgt eine gebührenpflichtige Eintragung von Amts wegen, kommt als Gebührenschuldner allein der Entscheidungsschuldner nach § 27 Nr. 1 in Betracht. Im Rechtsmittelverfahren haftet der Rechtsmittelführer als Antragsschuldner, wobei seine Haftung im (gänzlichen oder teilweisen) Erfolgsfall erlischt, § 25 Abs. 1.

2. Gebührenfreiheit

Ausdrücklich gebührenfrei sind nach Vorbemerkung 1.4 Abs. 2 Nr. 1 Amtslöschungen unzulässiger Eintragungen (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO) sowie Eintragungen und Löschungen von Amtswidersprüchen und Amtsvormerkungen (§ 18 Abs. 2 GBO – vor Erledigung eines Antrags wird eine andere, dasselbe Recht betreffende Eintragung beantragt; von Amts wegen wird dann zugunsten des zuerst gestellten Antrags eine Vormerkung oder ein Widerspruch eingetragen).

Nach Vorbemerkung 1.4 Abs. 2 Nr. 2 entstehen auch für Eintragungen und Löschungen, die auf Ersuchen oder Anordnung eines Gerichts erfolgen, keine Gebühren.

Beispiele:

Eintragung oder Löschung eines Zwangsversteigerungsvermerks; Löschung von durch Zuschlag erloschener Rechte sowie Fälle des § 130 Abs. 2 ZVG und des § 158 Abs. 2 ZVG; Eintragung von Verfügungsbeschränkungen und deren Aufhebung, §§ 23, 24 InsO.

Gebührenfrei (Vorbemerkung 1.4 Abs. 2 Nr. 3) sind auch Eintragungen und Löschungen, die auf Antrag des Insolvenzverwalters vorgenommen werden (oder des Schuldners, wenn

¹ Zweites Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts vom 23.7.2013 (BGBl 2013 I, S. 2586).

² Vgl. dazu *Fackelmann/Heinemann/Fackelmann*, GNotKG, Einl. Reform des Kostenrechts, Rdnr. 4 ff.; *Fackelmann*, Notarkosten nach dem neuen GNotKG, Rdnr. 4 ff.; weiterhin *Sikora*, MittBayNot 2013, 349 ff. und 446 ff.

³ Diese sind Gegenstand des FamGKG.

⁴ Paragraphen und Kostenverzeichnisnummern ohne Quellenangabe sind solche des GNotKG.

⁵ Vgl. hierzu *Fackelmann/Heinemann/Drempetic*, GNotKG, KV Vorbem. 1.4 Rdnr. 12.

⁶ Ausführlich *Fackelmann/Heinemann/Otto/Fackelmann*, GNotKG, § 77 Rdnr. 8 ff.

kein Insolvenzverwalter bestellt ist, zum Beispiel nach § 23 Abs. 3, § 25 Abs. 1, § 32 Abs. 2 und 3, § 200 Abs. 2 und § 258 Abs. 3, § 215 Abs. 1, § 267 Abs. 3 InsO). Nicht umfasst sind allerdings Eintragungen aufgrund behördlichen Ersuchens, vgl. zum Beispiel § 38 GBO.⁷ Von der Gebührenfreiheit außerdem ausgenommen sind nach Vorbemerkung 1.4 Abs. 2 Nr. 2 KV die Eintragung des Erstehers als Eigentümer, die Eintragung einer Sicherungshypothek für Forderungen gegen den Ersterher und Eintragungen aufgrund einer einstweiligen Verfügung (§ 941 ZPO).

Weitere Fälle der Gebührenfreiheit bei Eintragung von Eigentümern und Miteigentümern oder einer GbR (Letzteres im Fall der Grundbuchberichtigung) regelt die Anmerkung zu Nr. 14110 KV (dazu nachstehend Abschnitte 3 c) und d)).

Wie überall im GNotKG gilt darüber hinaus der Grundsatz des *numerus clausus* des Kostenrechts.⁸ Folglich entsteht bei Nichtregelung eines Tatbestands im Kostenverzeichnis auch keine Gebühr, was den Wegfall einiger Gebührenbefreiungstatbestände der KostO erklärt. Vor diesem Hintergrund sind – wie schon unter der KostO – weiterhin gebührenfrei die Umschreibung unübersichtlicher Grundbuchblätter und Neufassung einzelner Teile des Grundbuchblatts (vgl. § 69 Abs. 2 Nr. 1 KostO), Eintragungen zur Erhaltung von Übereinstimmungen zwischen Grundbuch und dem nach § 2 Abs. 2 GBO maßgeblichen amtlichen Verzeichnis (vgl. § 69 Abs. 1 Nr. 3 KostO), die Zusammenschreibung mehrerer Grundstücke auf einem Grundbuchblatt (vgl. § 69 Abs. 1 Nr. 5 KostO), die Beseitigung von Doppelbuchungen (vgl. § 69 Abs. 1 Nr. 6 KostO) und der Erlass einer Zwischenverfügung (vgl. § 69 Abs. 3 KostO).⁹

3. Eigentum

a) Eintragung (Subjektwechsel), Nrn. 14110 und 14111 KV

Für jede einzelne Eintragung (§ 55 Abs. 2, zu den Ausnahmen nach Vorbem. 1.4 KV siehe nachstehend Abschn. 4. c) von Eigentümern, Miteigentümern oder Gesellschaftern einer GbR im Wege der Grundbuchberichtigung entsteht eine 1,0-Gebühr nach Nr. 14110 KV, grundsätzlich aus dem Wert des Grundstücks (§ 69).

Beispiel 1:

Antrag auf Eintragung eines neuen Eigentümers, Grundstückswert nach § 47 = 200.000 €. 1,0-Gebühr nach Nr. 14110 KV = 435 €.

Voraussetzung der Gebühr ist stets das Vorliegen eines Eigentümerwechsels nach materiellrechtlichen Regelungen (Subjekt- bzw. Identitätswechsel, zum Beispiel nach Auflassung, Erbfolge, Zuschlag nach § 90 ZVG). Die bloße Namens- oder Firmenberichtigung ohne Identitätswechsel (zum Beispiel Rechtsformwechsel nach dem UmwG; ebenso das „Erwachsen“ von der GbR zur OHG¹⁰) ist hingegen gebührenfrei.¹¹ Nicht in das GNotKG übernommen wurde das Kostenprivileg des § 60 Abs. 2 KostO (parallel zum Wegfall des Verwandten-

privilegs des § 24 Abs. 3 KostO), so dass bei Eintragung von Ehegatten und Abkömmlingen des Veräußerers (abseits eines Erbfalls) keine Gebührenermäßigung mehr vorzunehmen ist.

Zusätzlich zur Eintragung des Erwerbers entsteht auch für die wegen des Voreintragungsprinzips (§ 39 GBO) erforderliche Eintragung des Veräußerers eine separate Gebühr nach Nr. 14110 KV. Unterbleibt diese Eintragung hingegen nach § 40 GBO (zum Beispiel Grundstückskauf vom Erben), ist nur eine Gebühr nach Nr. 14110 KV für die Eintragung des Erwerbers anzusetzen.

Beispiel 2:

A und B sind Miterben zu je $\frac{1}{2}$ des verstorbenen C, der noch als Alleineigentümer eines Grundstücks (Wert = 150.000 €) im Grundbuch eingetragen ist. A und B verkaufen nun das Grundstück an D; eine Voreintragung von A und B in Erbengemeinschaft unterbleibt: 1,0-Gebühr nach Nr. 14110 KV aus 150.000 € = 354 €.

Erfolgt die Eintragung des neuen Eigentümers durch Grundbuchberichtigung von Amts wegen (§ 82a GBO), ist dafür eine 2,0-Gebühr nach Nr. 14111 KV anzusetzen. Daneben entsteht nach der Anmerkung zum Gebührentatbestand keine weitere Gebühr mehr für das (nicht durchführbare oder keinen Erfolg versprechende) Berichtigungszwangsverfahren nach § 82 GBO vor dem Grundbuchamt und vor dem Nachlassgericht. Kostenschuldner ist der einzutragende Eigentümer, § 23 Nr. 11.

b) Besonderheiten bei Gesamthandsgemeinschaften

Ist oder wird eine Gesamthandsgemeinschaft ins Grundbuch eingetragen, sind nach § 70 Abs. 1 Satz 1 die Anteile an der Gesamthandsgemeinschaft bei der Geschäftswertberechnung wie Bruchteile am Grundstück zu behandeln (im Zweifel gelten die Mitglieder als zu gleichen Teilen am Gesamthandvermögen beteiligt, § 70 Abs. 1 Satz 2). Nicht anwendbar ist § 70 auf OHG, KG, Partnerschaft oder EWIV (zur [eingeschränkten] Anwendung von § 70 auf eine GbR sogleich).

Beispiel 3:

Im Grundbuch ist die aus A, B und C bestehende Erbengemeinschaft (zu je $\frac{1}{3}$ am Nachlass beteiligt) eingetragen. Der Verkehrswert des Grundstücks beträgt 150.000 €. Nun überträgt B seinen $\frac{1}{3}$ -Anteil an C. Es fällt eine 1,0-Gebühr nach Nr. 14110 KV an; Geschäftswert nach § 69 Abs. 1, § 70 Abs. 1, § 46 Abs. 1 = 50.000 € ($\frac{1}{3}$ von 150.000 €), Gebührenerhöhe hier also 165 €.

Geht das Eigentum an einem Grundstück auf ein Mitglied der Gesamthandsgemeinschaft über, ist Geschäftswert nach § 70 Abs. 2 Satz 1 nur die Hälfte des Werts des Grundstücks (Gebührenprivilegierung und Neuerung gegenüber der KostO – Ziel ist die Förderung der Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften „über den Zweijahreszeitraum der Anmerkung zu Nr. 14110 KV GNotKG hinaus“¹²). Die Hälfte des jeweiligen Bruchteilswerts ist hingegen anzusetzen, wenn das Eigentum zu einem Bruchteil auf ein oder mehrere Mitglieder der Gesamthandsgemeinschaft übergeht, vgl. § 70 Abs. 2 Satz 2.

Beispiel 4:

Im Grundbuch ist die aus A, B und C bestehende Erbengemeinschaft (je $\frac{1}{3}$ am Nachlass beteiligt) eingetragen (Verkehrswert Grundstück: 150.000 €). Nun überträgt die Erbengemeinschaft das Grundstück auf A und dessen Ehefrau X als Miteigentümer zu je $\frac{1}{2}$. Hinsichtlich des Anteils von $\frac{1}{2}$, der auf den A übergeht, ist nach § 70 Abs. 2 Satz 2 nur die Hälfte

⁷ Fackelmann/Heinemann/Drempetic, GNotKG, Vorbem. 1.4 Rdnr. 16 m. w. N.

⁸ BT-Drucks. 17/11471, S. 2; vgl. Fackelmann, Notarkosten nach dem neuen GNotKG, Rdnr. 106 ff.

⁹ BT-Drucks. 17/11471, S. 314 f.; Fackelmann/Heinemann/Drempetic, GNotKG, Vorbem. 1.4 Rdnr. 20.

¹⁰ Fackelmann/Heinemann/Drempetic, GNotKG, Nrn. 14110-14112 KV Rdnr. 19.

¹¹ BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 332; Schneider, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, Rdnr. 24; vgl. schon zur KostO Rohs/Wedewer/Rohs, KostO, § 60 Rdnr. 5 ff.

¹² BT-Drucks. 17/11471, S. 268.

des Grundstückswerts anzusetzen, hier also 37.500 €. Der übrige $\frac{1}{2}$ -Miteigentumsanteil geht an ein „Nichtmitglied“ der Erbengemeinschaft, so dass § 70 Abs. 2 Satz 2 nicht anwendbar ist. Anzusetzen sind insoweit also 75.000 €, in der Summe 112.500 €: 1,0-Gebühr nach Nr. 14110 KV daraus = 300 €.

Ebenso fällt die Gebühr nach Nr. 14110 KV an für die Eintragung eines Gesellschafters einer GbR infolge Eintritts, Anteilserwerbs oder als Erbe bei gesellschaftsvertraglicher Nachfolgeklausel (vorausgesetzt, die Zweijahresfrist seit dem Erbfall gemäß Anmerkung zu Nr. 14110 KV ist bereits abgelaufen). Sind mehrere Gesellschafter eingetreten, entsteht für die Eintragung nur eine Gebühr (Geschäftswert nach § 70 Abs. 1, 4: Summe der Anteilswerte). Wächst hingegen der Anteil eines ausgeschiedenen Gesellschafters den verbleibenden Gesellschaftern an, ist seine Ausbuchung gebührenfrei, da die verbleibenden Gesellschafter nicht (wiederholt) als Eigentümer eingetragen werden.¹³ Kommt es demgegenüber infolge Ausscheidens des vorletzten verbliebenen Gesellschafters zur liquidationslosen Auflösung der GbR und damit zur Anwachsung des Vermögens beim letzten Gesellschafter, wird dieser als neuer Alleineigentümer eingetragen (Rechtsträgerwechsel). In der Folge entsteht eine 1,0-Gebühr nach Nr. 14110 Nr. 1 KV aus dem vollen Grundstückswert (das Privileg des § 70 Abs. 2 ist auf die GbR nach § 70 Abs. 4 nicht anwendbar, da die Gesellschaft nicht fortbesteht).

c) Eintragung von Erben

Wird die Eintragung der (gesetzlichen oder gewillkürten) Erben des Eigentümers oder des Gesellschafters bürgerlichen Rechts (Letzteres ist neu gegenüber § 60 Abs. 4 KostO) binnen zwei Jahren seit dem Erbfall beantragt, entsteht wie schon unter der KostO keine Gebühr (vgl. Abs. 1 Satz 1 der Anmerkung zu Nr. 14110 KV) – jetzt allerdings selbst dann, wenn die Erben erst infolge einer Erbauseinandersetzung eingetragen werden (obgleich Grundlage der Eintragung dann nicht die Rechtsnachfolge von Todes wegen, sondern ein rechtsgeschäftlicher Erwerb ist).¹⁴ War die Erbengemeinschaft hingegen bereits eingetragen und sollen nun (binnen zwei Jahren ab Erbfall) einzelne Erben eingetragen werden, greift die Kostenprivilegierung nicht.¹⁵ Die Regelung gilt auch für die Eintragung von Erbeserben und Nacherben, wobei hier die Zweijahresfrist erst mit dem Nacherbfall beginnt.¹⁶ Ebenfalls gebührenfrei ist die fristgerecht beantragte Eintragung des Eigentümers infolge (außerhalb des Grundbuchs erfolgreicher) Abschichtung.¹⁷ Nicht gebührenfrei ist hingegen die Eintragung von Vermächtnisnehmern (vgl. den Wortlaut von Abs. 1 der Anmerkung zu Nr. 14110 KV: „Erben“).

Beispiel 5:

A, B und C sind Erben des E zu je $\frac{1}{3}$ geworden und setzen sich ein Jahr nach dem Erbfall hinsichtlich des FlSt. 1 dahingehend auseinander, dass A dieses zu Alleineigentum erhält. Am selben Tag lässt die Erbengemeinschaft im Wege der Vermächtniserfüllung das FlSt. 2 an D auf. In beiden Fällen wird die Erteilung eines unbeglaubigten Grundbuchauszugs nach Eintragung beantragt. Eine Gebühr nach Nr. 14110 KV für die Eintragung des Erben A entsteht nicht (Abs. 1 der Anmerkung zu Nr. 14110

KV), sehr wohl aber für die Eintragung des Vermächtnisnehmers D. Zudem ist je eine Gebühr nach Nr. 17000 KV zu erheben (sie wird von der Gebührenfreiheit nicht erfasst).

Ob für die Eintragung von Erben eines Gesellschafters einer GbR Gebühren anfallen oder nicht, richtet sich nach der jeweiligen gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeregelung: Bei einer einfachen ebenso wie bei der qualifizierten erbrechtlichen Nachfolgeklausel ist bei Einhaltung der weiteren Voraussetzungen eine gebührenfreie Eintragung möglich; anders bei einer Eintrittsklausel im Sinne einer bloßen Beitrittsoption:¹⁸ Hier findet keine automatische Rechtsnachfolge statt; vielmehr beruht die Eintragung auf der Ausübung des Beitrittsrechts.¹⁹ Unklar ist hingegen, ob die Gebührenfreiheit bei einer Eintragung infolge Ausübung eines dem Erben eingeräumten Eintrittsrechts gegeben ist (Eintragung eines Erben oder rechtsgeschäftlicher Eintrittsakt?). Handelt es sich um eine Fortsetzungsklausel und ist im Grundbuch nur das Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters zu vermerken, ist die Eintragung mangels Gebührentatbestands gebührenfrei.²⁰

Ist eine verspätete Einreichung unverschuldet, zum Beispiel infolge verzögerter Erbscheinerteilung im Nachlassverfahren, bleibt es dennoch bei der Gebührenfreiheit.²¹

d) Wohnungs- und Teileigentum, Nr. 14112 KV

Für die Eintragung einer Teilung in Wohnungs- und/oder Teileigentum nach § 3 oder § 8 WEG entsteht eine 1,0-Gebühr nach Nr. 14112 KV aus dem Wert des bebauten Grundstücks (§ 42). Die Grundbuchgebühren haben sich in diesem Bereich drastisch erhöht (KostO: $\frac{5}{10}$ -Gebühr aus dem halben Wert, § 76 Abs. 1, § 21 Abs. 2; GNotKG: 1,0-Gebühr aus dem vollen Wert, Nr. 14112 KV i. V. m. § 42 Abs. 1). Werden keine Veränderungen der Eigentumszuordnung vorgenommen, bleibt es bei dieser Gebühr (Abs. 2 der Anmerkung zum Gebührentatbestand), die alle erforderlichen Eintragungen abdeckt, insbesondere die Anlegung der Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher und die Übernahme von Rechten aus dem Grundbuch in diese.²²

Beispiel 6:

A ist Alleineigentümer eines bebauten Grundstücks, das er – ohne die neu gebildeten Einheiten an Dritte zu übertragen – nach § 8 WEG in Wohnungseigentum aufteilt. Es entsteht allein die Gebühr Nr. 14112 KV (dazu sogleich).

Beispiel 7 (Gegenbeispiel):

A und B sind Miteigentümer je zu $\frac{1}{2}$ eines bebauten Grundstücks. Sie teilen das Grundstück so auf, dass zwei Sondereigentumseinheiten entstehen (A = Miteigentumsanteil zu $\frac{1}{3}$ verbunden mit WE 1, B = Miteigentumsanteil zu $\frac{2}{3}$ verbunden mit WE 2). Es entsteht eine Gebühr nach Nr. 14112 KV (Geschäftswert: § 42); zusätzlich entsteht hinsichtlich der Übertragung von $\frac{1}{6}$ Miteigentumsanteil an B eine Gebühr nach Nr. 14110 KV aus $\frac{1}{12}$ des Werts des bebauten Grundstücks (privilegiert nach § 70 Abs. 2 Satz 2).

Werden später Miteigentumsanteile unter den Sondereigentümern geändert, so entsteht die Gebühr nach Nr. 14110 KV ohne Weiteres.

¹³ Böhlinger, BWNNotZ 2013, 67, 71.

¹⁴ Unter der KostO sehr str. – vgl. Korintenberg/Lappe, KostO, § 60 Rdnr. 59 f.; 63.

¹⁵ Ausführliche Erläuterung bei Fackelmann/Heinemann/Drempetic, GNotKG, Nr. 14110 KV Rdnr. 23.

¹⁶ Fackelmann/Heinemann/Drempetic, GNotKG, Nr. 14110 KV Rdnr. 22.

¹⁷ Böhlinger, BWNNotZ 2013, 67, 71; Schneider, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, Rdnr. 39 m. w. N.

¹⁸ Wilsch, ZEV 2013, 428.

¹⁹ Dazu BGH, Urteil vom 10.2.1977, II ZR 120/75, NJW 1977, 1339.

²⁰ Vgl. BT-Drucks. 17/11471, S. 316; dazu Wilsch, ZEV 2013, 428.

²¹ Vgl. BayObLG, Beschluss vom 1.12.1999, 3 Z BR 342/99, BeckRS 1999, 31029951; Schneider, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, Rdnr. 38 m. w. N.

²² Fackelmann/Heinemann/Drempetic, GNotKG, Nr. 14112 KV Rdnr. 28.

Für die Eintragung von Inhaltsänderungen und der Aufhebung von Sondereigentum ist Nr. 14112 KV nicht anwendbar: Hier gilt die Festgebühr nach Nr. 14160 KV i. H. v. 50 € (dazu Abschnitt 6).

e) Mehrere Eintragungen desselben Eigentümers oder desselben Rechts

Nach Vorbemerkung 1.4 Abs. 3 KV wird bei mehreren Eintragungen desselben Eigentümers oder desselben Rechts nur eine Gebühr erhoben, wenn das Grundbuch bei demselben AG geführt wird und die Anträge am selben Tag dort eingegangen sind. Es kommt nicht darauf an, wann die einzelnen Eintragungen vorgenommen wurden. Dasselbe gilt für die Eintragung eines nicht gesamtrechtsfähigen Rechts bei mehreren Grundstücken.

Beispiel 8:

A beantragt (Eingang beim grundbuchführenden AG Ansbach am selben Tag) die Eintragung eines neuen Eigentümers im Grundbuch von Ansbach für Dinkelsbühl, Blätter 1001 (Kaufpreis 200.000 €) und 1002 (Kaufpreis 150.000 €). Es entsteht eine 1,0-Eintragungsgebühr nach Nr. 14110 (Wert nach § 69 Abs. 1: 350.000 €) i. H. v. 685 €.

4. Belastungen

Die Gebühren für die Eintragung von Belastungen im Sinne von Vorbemerkung 1.4.1.2 KV (Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden, Dienstbarkeiten, Dauerwohnrechte, Dauernutzungsrechte, Vorkaufsrechte, Reallasten sowie Erbbaurechte oder ähnliche Rechte an einem Grundstück) sind in den Nrn. 14120 bis 14125 KV geregelt. Nicht unter den Begriff der Belastung fällt insbesondere die Eintragung von Vormerkungen, Widersprüchen und Verfügungsbeschränkungen (Nrn. 14150 bis 14152 KV, siehe dazu Abschnitt 6).

a) Eintragung von Briefrechten

aa) Allgemeines und Neueintragung, Nr. 14120 KV

Für die Neueintragung eines Briefrechts entsteht eine 1,3-Gebühr nach Nr. 14120 KV, die auch – anders als noch nach der KostO, vgl. dort § 71 KostO – die Erteilung des Briefs abgilt. Ihr Geschäftswert bestimmt sich nach dem Nennbetrag der Schuld bzw. bei der Rentenschuld nach dem Nennbetrag der Ablösesumme, § 53 Abs. 1. Da die Regelung des § 62 Abs. 2 KostO nicht in das GNotKG übernommen wurde, ist die Eintragung von Belastungen aufgrund von Gutsüberlassungsverträgen oder von Erb- oder Gesamtgutsauseinandersetzungen zugleich mit der Eintragung des neuen Eigentümers nicht mehr privilegiert. Gleiches gilt auch für das nicht in § 52 übernommene bisherige Verwandtenprivileg bei der Geschäftswertermittlung von Dienstbarkeiten und Reallasten.

Die Eintragung im Sinne von Nr. 14120 KV ist von der Veränderung im Sinne von Nr. 14130 KV abzugrenzen, wobei nicht auf „Veränderung“ im Sinne des Grundbuchverfahrensrechts, sondern auf das materielle Recht abzustellen ist. Wird also zum Beispiel der Nennbetrag einer Briefgrundschuld erhöht (insoweit Neueintragung), ist Nr. 14120 KV anzuwenden; wird hingegen eine Änderung der Nebenleistungen (Zinsen etc.) eingetragen, handelt es sich um eine Veränderung im Sinne von Nr. 14130 KV.²³

bb) Nachträgliche Brieferteilung, Nr. 14124 KV

Für die nachträgliche Erteilung eines Hypotheken-, Grundschul- oder Rentenschuldbriefs, die Erteilung von Teilbrie-

fen oder die Erteilung neuer Briefe entsteht eine 0,5-Gebühr nach Nr. 14124 KV aus einem nach § 71 Abs. 1, § 53 Abs. 1 zu berechnenden Geschäftswert. Muss ein neuer Brief im Rahmen einer Umwandlung eines Buchrechts in ein Briefrecht erteilt werden (= Rechtsänderung), entsteht zudem die 0,5-Gebühr nach Nr. 14130 KV aus dem Nennbetrag der Schuld bzw. der Ablösesumme, § 53 Abs. 1.

Besonderheiten gelten bei Gesamtrechten: Nach § 59 Abs. 1 GBO soll hier nur ein Brief erteilt werden, so dass auch bei nachträglicher Brieferteilung nur einmal die Gebühr nach Nr. 14124 KV zu erheben ist. Werden die belasteten Grundstücke jedoch bei mehreren Grundbuchämtern geführt, soll nach § 59 Abs. 2 jedes Grundbuchamt für die bei ihm geführten Grundstücke einen besonderen Brief erteilen, weshalb nach der Anmerkung zu Nr. 14124 KV die entsprechende 0,5-Gebühr auch bei jedem Grundbuchamt separat anzusetzen ist. Der Geschäftswert bestimmt sich für jede dieser Gebühren nach dem Wert der vom Brief erfassten, beim jeweiligen Grundbuchamt geführten Grundstücke.²⁴

Wird die Mithaft hinsichtlich eines Rechts auf ein weiteres Grundstück erstreckt, führt dies nach §§ 57, 59 GBO zu einem Vermerk auf dem Grundschuldbrief und einer entsprechenden Ergänzung des Briefinhalts. Eine Gebühr für Vermerk²⁵ und Ergänzung kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn die Briefergänzung beantragt wurde (Nr. 14125 KV, dazu nachfolgenden Abschnitt cc). Wird die Erteilung eines Gesamtbriefrechts beantragt, führt dies als „neuer Brief“ zur Anwendbarkeit der Nr. 14124 KV: Es entsteht eine 0,5-Gebühr aus dem Wert des Rechts (zum Beispiel Nennbetrag der Grundschuld, § 53 Abs. 1), es sei denn, der Wert des einbezogenen Grundstücks ist geringer (§ 71 Abs. 2, § 44 Abs. 1 Satz 2).²⁶

Wird ein Gesamtrecht auf einzelne Grundstücke verteilt, ist nach § 64 GBO für jedes Grundstück ein neuer Brief zu erteilen, wofür eine 0,5-Gebühr nach Nr. 14124 KV entsteht. Werden die einzelnen Grundstücke bei mehreren Grundbuchämtern geführt, entsteht die Gebühr gemäß der Anmerkung zu Nr. 14124 KV bei jedem beteiligten Grundbuchamt gesondert.

cc) Briefergänzung, Nr. 14125 KV

Für die auf Antrag erfolgte nachträgliche Ergänzung eines Hypotheken-, Grundschul- oder Rentenschuldbriefs entsteht eine Festgebühr i. H. v. 25 € nach Nr. 14125 KV. Damit erfasst sind insbesondere die Fälle der § 57 Abs. 2, § 70 GBO (Nummer des Grundbuchblatts und der laufenden Nummer des belasteten Grundstücks im BV sowie Inhalt der Eintragungen); ein weiteres Beispiel ist die auf Antrag (§ 26a Abs. 2 Satz 2 GBMaßnG) erfolgte Eintragung der Umstellung von DM auf Euro.²⁷ Sonstige Vermerke sind gebührenfrei; Gleiches gilt, wenn ein Grundstück oder Grundstücksteil ohne das verbriefte Recht auf ein anderes Grundbuchblatt übertragen wurde und daher auf dem abgeschriebenen Grundstück oder Grundstücksteil als gelöscht gilt.²⁸

²³ *Schneider*, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, § 16 Rdnr. 86.

²⁴ Gebührenfrei, da § 72 KostO nicht in das GNotKG übernommen wurde.

²⁵ Vgl. *Fackelmann/Heinemann/Teubel*, GNotKG, § 71 Rdnr. 6.

²⁶ Die von Amts wegen erfolgenden Eintragungen nach § 26a Abs. 1 Satz 2, 4 GBMaßnG sind zwar gebührenfrei, allerdings fällt für die wiederum auf Antrag vorzunehmenden Briefergänzungen eine Gebühr nach Nr. 14125 KV an.

²⁷ BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 318; *Schneider*, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, Rdnr. 91.

²³ *Schneider*, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, § 16 Rdnr. 76 f.; *Rohs/Wedewer/Rohs*, KostO, § 62 Rdnr. 3.

b) Eintragung von sonstigen dinglichen Rechten, Nr. 14121 KV

Die Eintragung von sonstigen, nicht unter Nr. 14120 KV fallenden Rechten nach Vorbemerkung 1.4.1.2 KV löst eine 1,0-Gebühr nach Nr. 14121 KV aus.

Beispiel 9:

Eintragung einer Reallast zur Sicherung eines Zahlungsanspruchs (Wert nach § 52 Abs. 2, 4: 20.000 €). Gebühr (Tabelle B): 1,0 nach Nr. 14121 KV = 107 €.

Zur Umwandlung von Buch- in Briefrechte siehe bereits Abschnitt a) bb) oben.

c) Eintragung mehrerer Rechte; Eintragung von Gesamtrechten

Bei Eintragung mehrerer Rechte in dasselbe Grundbuch entstehen nach Vorbemerkung 1.4 Abs. 4 KV separate Gebühren. Anders bei Eintragung eines Gesamtrechts: Hier ist danach zu unterscheiden, ob die Grundstücke, auf die sich das Gesamtrecht bezieht, bei einem oder mehreren Grundbuchämtern geführt werden.

Werden die betroffenen Grundstücke bei demselben Grundbuchamt geführt, ist nach Vorbemerkung 1.4 Abs. 3 die Gebühr für die Eintragung nur einmal zu erheben, sofern die Anträge am selben Tag beim Gericht eingegangen sind – unabhängig davon, wann die Eintragung tatsächlich vorgenommen wurde. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um gesamtrechtsfähige Rechte handelt.

Beispiel 10:

A beantragt am 20.11.2013 (Eingang beim Grundbuchamt A) die Eintragung einer Gesamtbriefgrundschuld (Nennbetrag: 300.000 €) an den Grundstücken 1 und 2, die beide beim Grundbuchamt A geführt werden. Die Eintragung am Grundstück 1 erfolgt am 2. Dezember, die an Grundstück 2 am 4.12.2013. Es entsteht nur eine 1,3-Gebühr nach Nr. 14120 KV aus 300.000 € (§ 53 Abs. 1) = 825,50 €.

Ist ein Recht bereits an einem Grundstück eingetragen und soll nun auf ein anderes Grundstück erstreckt werden, entsteht eine 0,5-Gebühr nach Nr. 14123 KV. Handelt es sich um ein Grundpfandrecht, bestimmt sich der Wert nach § 53 Abs. 1, es sei denn, der Wert des einbezogenen Grundstücks ist geringer, § 44 Abs. 1 Satz 1 (Niederstwertprinzip).

Werden die Grundstücke bei verschiedenen Grundbuchämtern geführt, erhöht sich die nach Nr. 14120 oder 14121 KV zu erhebende Gebühr für jedes beteiligte Grundbuchamt um 0,2 (Nr. 14122 KV). Voraussetzung ist nach der Anmerkung zu Nr. 14122 KV allerdings, dass die Anträge entweder bei demselben Grundbuchamt gestellt werden oder binnen eines Monats bei den verschiedenen beteiligten Grundbuchämtern eingehen. Für den Kostenansatz ist dann nach § 18 Abs. 3 das Grundbuchamt zuständig, bei dem der Antrag zuerst eingegangen ist. Ist eine der genannten Voraussetzungen nicht gegeben, sind von den beteiligten Grundbuchämtern weiterhin Einzelgebühren – wie noch nach der KostO – zu erheben.

Beispiel 11:

A beantragt die Eintragung einer Gesamtbuchgrundschuld (Nennbetrag: 800.000 €), die an den Grundstücken 1, 2 und 3 (geführt bei drei verschiedenen Grundbuchämtern) eingetragen werden soll. Die Anträge gehen bei den verschiedenen Grundbuchämtern innerhalb von fünf Wochen ein. Es entstehen drei separate 1,0-Gebühren nach Nr. 14121 KV. Würden die Anträge hingegen bei einem der beteiligten Grundbuchämter am gleichen Tag gestellt, wäre nur eine 1,4-Gebühr nach Nrn. 14120, 14122 KV aus 800.000 € (§ 53 Abs. 1) = 1.981 € zu erheben.

d) Veränderung von Belastungen, Nr. 14130 KV

aa) Gebührensatz und Geschäftswerte

Die Eintragung von Veränderungen an den in Vorbemerkung 1.4.1.2 KV genannten Belastungen (Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden, Dienstbarkeiten, Dauerwohnrechte, Dauernutzungsrechte, Vorkaufsrechte, Reallasten sowie Erbbaurechte oder ähnliche Rechte an einem Grundstück) lässt eine 0,5-Eintragungsgebühr nach Nr. 14130 KV entstehen. Veränderung in diesem Sinne meint in erster Linie solche hinsichtlich der Person des Berechtigten (Beispiele: rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Übergang eines Rechts – nicht jedoch bloße Firmen- oder Namensänderung; Verzicht des Gläubigers auf sein Grundpfandrecht nach § 1168 BGB), des Rechtsinhalts (Beispiele: Umwandlung eines Buchrechts in ein Briefrecht oder einer Sicherung in eine Verkehrshypothek; Verteilung einer Gesamthypothek auf mehrere Grundstücke im Sinne von § 1132 Abs. 2 BGB; Teilung eines Grundpfandrechts nach § 1151 BGB), des Ranges des Rechts oder von dessen Belastung.²⁹ Auch die Eintragung einer Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB ist nach Abs. 1 der Anmerkung zu Nr. 14130 KV kostenrechtlich als Veränderung eines Rechts einzustufen. Allerdings entsteht eine Gebühr für ihre Eintragung nur, wenn sie nicht gleichzeitig mit der Eintragung des Rechts an sich beantragt wird. In diesem Fall entsteht nur die Eintragungsgebühr nach Nr. 14120 ff. KV.

Keine Veränderung im Sinne von Nr. 14130 KV ist hingegen die nachträgliche Eintragung der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung.³⁰ Da auch der abschließende Katalog der Nr. 14160 KV (dazu Abschnitt 6) diesen Fall nicht erfasst, ist die Eintragung gebührenfrei.

Hinsichtlich des maßgeblichen Geschäftswerts ist auf die für die Belastung selbst maßgebliche Vorschrift zurückzugreifen. Beispiele sind:

- Belastung eines Rechts: § 53 Abs. 2, Betrag der Forderung oder – falls geringer – Wert des Rechts.
- Rangänderung eingetragener Rechte: § 45 Abs. 1, Wert des vortretenden Rechts, höchstens jedoch Wert des zurücktretenden Rechts. Allerdings ist nach Abs. 2 der Anmerkung zu Nr. 14130 KV beim Rangrücktritt nur die Veränderung des zurücktretenden Rechts anzusetzen. Bei Rangrücktritt hinter mehrere Rechte ist der Gesamtwert der zurücktretenden Rechte in den Vergleich einzustellen.³¹

Beispiel 12:

Im Grundbuch sind zwei Grundschulden (Grundschuld 1: 40.000 €, Grundschuld 2: 30.000 €) eingetragen, die beide hinter eine neu einzutragende Grundschuld (120.000 €) zurücktreten sollen. Wert nach § 45 Abs. 1 wäre hier 120.000 €, allerdings ist die Summe der zurücktretenden Rechte mit 70.000 € geringer und daher anzusetzen.

Im Gegensatz zu § 67 KostO fällt für den Rangrücktritt einer bereits eingetragenen Vormerkung gegenüber einem Finanzierungsgrundpfandrecht daher neben der Eintragungsgebühr für die Grundschuld (Nr. 14120 oder 14121 KV) keine gesonderte Gebühr mehr an. Nr. 14150 KV ist nicht anwendbar (es wird keine Vormerkung eingetragen); Nr. 14130 KV ist nach Abs. 2 der zugehörigen Anmerkung nicht einschlägig: Das zurücktretende Recht (= Vormerkung) ist in Vorbemerkung 1.4.1.2 KV nicht genannt.

²⁹ BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 319; *Fackelmann/Heinemann/Drempetic*, GNotKG, KV Nr. 14130 Rdnr. 2.

³⁰ BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 209.

³¹ *Schneider*, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, Rdnr. 123.

- Übergang eines Rechts: Geschäftswert ist der Wert des übergehenden Rechts, zum Beispiel bei Abtretung einer Grundschuld der Nennbetrag der Schuld nach § 53 Abs. 1.
- Umwandlung eines Rechts: Wert des umgewandelten Rechts, sofern ermittelbar (zum Beispiel bei Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld der Nennbetrag nach § 53 Abs. 1), ansonsten Festlegung nach billigem Ermessen, § 36 Abs. 1, 3. So kann – wie schon unter der KostO – in einigen Fällen auch nur ein Teilwert anzusetzen sein, etwa bei Umwandlung einer Verkehrs- in eine Tilgungshypothek oder einer Sicherungs- in eine Buchhypothek.³²
- Verzicht des Gläubigers auf ein Grundpfandrecht, § 1132 Abs. 2 BGB: Nennbetrag der Schuld, § 53 Abs. 1, nach § 44 Abs. 1 allerdings beschränkt auf den Wert des Grundstücks, wenn dieser geringer ist und der Verzicht bei einem Gesamtrecht nur hinsichtlich eines Grundstücks erfolgt.
- Änderung der Zins-, Zahlungs- oder Kündigungsbestimmungen: Bestimmung nach billigem Ermessen, § 36 Abs. 1, 3, unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Werts der Veränderungen.
- Eintragung einer Löschungsvormerkung: § 45 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Abs. 1, Behandlung wie eine Vorrangerräumung, d. h. Geschäftswert = Wert des vortretenden, höchstens jedoch des zurücktretenden Rechts.

bb) Mehrere Veränderungen desselben Rechts und Veränderungen mehrerer Rechte

In Bestätigung des Grundsatzes nach § 55 Abs. 2, wonach für jede Grundbucheintragung gesonderte Gebühren anfallen, wird nach Vorbemerkung 1.4 Abs. 4 bei der Eintragung einer Veränderung an mehreren Rechten stets für jede Eintragung eine gesonderte Gebühr erhoben – selbst dann, wenn es nur der Eintragung eines einheitlichen Vermerks bedarf. Anders der Fall, bei dem sich mehrere Veränderungen auf dasselbe Recht beziehen: Nach Vorbemerkung 1.4 Abs. 5 wird die Gebühr hier nur einmal erhoben, sofern die Anträge am selben Tag beim Grundbuchamt eingehen. Geschäftswert ist in diesem Fall die Summe der Werte aller Veränderungen, höchstens jedoch der Wert des veränderten Rechts (§ 69 Abs. 2).

cc) Veränderung von Gesamtrechten

Das GNotKG enthält keinen gesonderten Gebührentatbestand – vergleichbar mit der Eintragung (Nr. 14122 KV, Erhöhung um je 0,2 ab dem zweiten beteiligten Grundbuchamt) und der Löschung (Nr. 14141 KV, Erhöhung um je 0,1) – für die Veränderung von Gesamtrechten, beispielsweise infolge einer Abtretung.³³ Hier erscheint es angemessen, nur eine 0,5-Gebühr nach Nr. 14130 KV anzusetzen, wenn die Veränderung beim selben Grundbuchamt gleichzeitig beantragt wird. Werden die Anträge bei verschiedenen Grundbuchämtern gestellt, fallen hingegen separate Gebühren an.³⁴

e) Löschung von Belastungen und Entlassung aus der Mithaft

Die in Nrn. 14140 bis 14143 KV geregelte Löschung von Belastungen und Entlassung aus der Mithaft bezieht sich nach Vorbemerkung 1.4.1.4 KV – parallel zu Vorbemerkung 1.4.1.2

KV hinsichtlich der Eintragungen – auf Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden, Dienstbarkeiten, Dauerwohnrechte, Dauernutzungsrechte, Vorkaufsrechte, Reallasten sowie Erbaurechte oder ähnliche Rechte an einem Grundstück. Nicht erfasst ist die (am Ende des Gesetzgebungsverfahrens noch in das Gesetz aufgenommene) Löschung von Vormerkungen (dazu Nr. 14152 KV).³⁵ Zu unterscheiden ist zwischen der Löschung von Grundpfandrechten (Nrn. 14140 und 14141 KV) – also Abteilung-III-Rechten – und der Löschung von sonstigen, in Abteilung II eingetragenen Belastungen (Nr. 14143 KV) sowie der in Nr. 14142 KV geregelten Eintragung der Entlassung aus der Mithaft.

Der Geschäftswert der Löschung bestimmt sich jeweils nach dem Wert des zu löschenden Rechts im Zeitpunkt der Eintragung des Rechts. Bei Grundpfandrechten ist daher § 53 Abs. 1 heranzuziehen, ggf. § 44 Abs. 1 Satz 2 bei Gesamtrechten. Vorkaufsrechte sind nach § 51 Abs. 1 Satz 2 mit 50 % des Verkehrswerts des Grundstücks zu bewerten, Dienstbarkeiten und Reallasten nach § 52.

aa) Löschung von Grundpfandrechten

Für die Löschung von Grundpfandrechten fällt eine 0,5-Gebühr nach Nr. 14140 KV an, deren Geschäftswert sich nach § 53 Abs. 1 bestimmt. Im Gegensatz zur Notargebühr für die Unterschriftsbeglaubigung unter Löschungsbewilligung samt Antrag, die nach Nr. 25101 Nr. 2 KV nur noch eine Festgebühr von 20 € entstehen lässt, bleibt es also in diesem Bereich bei einer Wertgebühr nach Tabelle B. Werden mehrere Einzelrechte gelöscht, entsteht die Gebühr nach § 55 Abs. 2 für jede Löschung gesondert. Wird hingegen ein Gesamtrecht gelöscht, ist – wie bei der Eintragung, vgl. Abschnitt c) oben – danach zu unterscheiden, ob die betroffenen Grundbücher bei einem oder bei mehreren Grundbuchämtern geführt werden:

- Dasselbe Grundbuchamt: Es bleibt bei einer 0,5-Gebühr nach Nr. 14140 KV – keine Erhöhung der Gebühr infolge Gesamtrecht.
- Verschiedene Grundbuchämter: Die Lösungsgebühr nach Nr. 14140 KV erhöht sich nach Nr. 14141 KV um 0,1 für jedes weitere beteiligte Grundbuchamt, sofern die Anträge „gleichzeitig“ (d. h. als ein Antrag) bei einem Grundbuchamt gestellt werden oder – bei mehreren Anträgen – innerhalb eines Monats bei den beteiligten Grundbuchämtern eingehen (vgl. die Anmerkung zu Nr. 14141 KV). Wie bei der Eintragung des Gesamtrechts erfolgt im letztgenannten Fall der Gebührenansatz durch das Gericht, bei dem der erste Antrag eingegangen ist.

Beispiel 13:

An den Grundstücken 1, 2 und 3 ist eine Gesamtgrundschuld über 500.000 € eingetragen. Alle Grundstücke werden bei verschiedenen Grundbuchämtern geführt. Bei einem der Grundbuchämter geht am 20.11.2013 ein Lösungsantrag für alle Rechte ein. In der Folge entstehen 0,7-Gebühren nach Nrn. 14140, 14141 KV (0,5 + 0,1 + 0,1) aus 500.000 € (§ 53 Abs. 1), hier also 654,50 €.

Demgegenüber sind für jedes Grundstück, an dem ein Gesamtrecht gelöscht werden soll, Einzelgebühren anzusetzen, sofern die Lösungsanträge nicht gleichzeitig bei einem Grundbuchamt oder nicht binnen eines Monats bei den verschiedenen beteiligten Grundbuchämtern eingehen.

Bei der Löschung von Gesamtrechten sind zudem die Anwendungsbereiche von Nr. 14140 KV und Nr. 14142 KV voneinander abzugrenzen: Soll das gesamte Recht gelöscht werden, ist

³⁵ BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 319; siehe dazu nachstehenden Abschn. 5.

³² Vgl. *Korintenberg/Lappe*, KostO, § 64 Rdnr. 8 ff.

³³ Dazu *Wilsch*, FGPrax 2013, 47, 49.

³⁴ Vgl. zur insoweit vergleichbaren Regelungslücke bei Löschungen von Belastungen *Schneider*, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, Rdnr. 151.

Nr. 14140 KV anzuwenden. Sind hingegen ein oder mehrere Grundstück aus der Mithaft zu entlassen, ohne dass das Gesamtrecht gelöscht werden sollte, ist Nr. 14142 KV anzuwenden.³⁶

Hinsichtlich des Geschäftswerts bei der Löschung eines Gesamtrechts hat das GNotKG mit § 44 Abs. 1 Satz 2 auch das „Problem der letzten Einheit“ gelöst: Soll ein Recht gelöscht werden, bei dem bereits mindestens ein Grundstück aus der Mithaft entlassen worden ist, gilt das Niederstwertprinzip, d. h. es ist ein Wertvergleich zwischen dem Nennbetrag nach § 53 und dem Wert der noch belasteten Pfandobjekte anzustellen, wobei der geringere Wert maßgeblich ist.

Beispiel 14:

Gelöscht werden soll ein Gesamtgrundpfandrecht über 400.000 €, das nur noch an einer Wohnungseinheit (Verkehrswert 100.000 €) eingetragen ist; alle übrigen Wohnungseinheiten wurden bereits aus der Mithaft entlassen. Da der Wert des Pfandobjekts hier niedriger ist als der Nennbetrag der Grundschuld nach § 53 Abs. 1, führt § 44 Abs. 1 Satz 2 zu einem Geschäftswert von 200.000 €, aus dem eine 0,5-Gebühr nach Nr. 14140 KV zu erheben ist.

bb) Löschung von sonstigen Belastungen, Nr. 14143 KV

Für die Löschung sonstiger Belastungen – also aller Rechte, die in Vorbemerkung 1.4.1.4 KV genannt sind und nicht bereits unter Nr. 14140 KV fallen (= Löschungen, die keine Rechte in Abteilung III betreffen) – entsteht eine Festgebühr i. H. v. 25 €. Erfasst werden damit ausschließlich Löschungen von Dienstbarkeiten, Dauerwohnrechten, Dauernutzungsrechten, Vorkaufsrechten, Reallasten sowie Erbbaurechten oder ähnlichen Rechten an einem Grundstück. Abgesehen von der Löschung einer Vormerkung, für die ebenfalls 25 € anfallen (Nr. 14152 KV), ist die Löschung aller sonstigen in Abteilung II denkbaren Rechte gebührenfrei.

Bei Löschung mehrerer sonstiger Belastungen entstehen gemäß § 55 Abs. 2 auch mehrere Festgebühren nach Nr. 14143 KV. Handelt es sich um ein Gesamtrecht, entsteht die Gebühr nur einmal, wenn die Löschung beim selben Grundbuchamt gleichzeitig beantragt wird. Werden die Anträge bei verschiedenen Grundbuchämtern gestellt, fallen hingegen separate Gebühren an (es fehlt an einer Ausnahmevorschrift ähnlich Nr. 14141 KV).³⁷

Die Lösungsgebühr Nr. 14143 KV gilt auch sämtliche Nebeneintragungen mit ab, beispielsweise bei Aufhebung eines Erbbaurechts die Schließung des Erbbaugrundbuchs samt der Löschung dort eingetragener dinglicher Rechte.³⁸

cc) Entlassung aus der Mithaft

Für die reine Entlassung aus der Mithaft – d. h. unter Aufrechterhaltung des Gesamtgrundpfandrechts an mindestens einem weiteren Grundstück – entsteht eine 0,3-Gebühr nach Nr. 14142 KV aus einem nach § 44 Abs. 1 Satz 1 zu berechnenden Geschäftswert (Wertvergleich zwischen Nennbetrag des Rechts und Wert des Pfandgegenstands, Niederstwertprinzip).³⁹

5. Vormerkung und Widerspruch

Für die Eintragung einer sonstigen Vormerkung (Löschungsvormerkungen sind bereits von Nr. 14130 KV erfasst) entsteht

eine 0,5-Gebühr nach Nr. 14150 KV aus dem Wert des vorgezeichneten Rechts (§ 45 Abs. 3), etwa des Verkehrswerts des Grundstücks nach § 46. Die Eintragung mehrerer Vormerkungen löst auch mehrere Gebühren aus, vgl. § 55 Abs. 2; dies gilt auch, wenn dasselbe Recht doppelt gesichert wurde, zum Beispiel Vorkaufsrecht und Auflassungsvormerkung.⁴⁰ Anderes (nur eine Gebühr) gilt hingegen, wenn mehrere Vormerkungen der Sicherung eines einheitlichen Anspruchs auf mehrere Veränderungen dienen, zum Beispiel der Einräumung eines persönlichen Vorkaufsrechts und eines Wiederkaufsrechts.⁴¹

Veränderungen von Vormerkungen (einschließlich Rangänderungen) sind gebührenfrei einzutragen: Sie fallen nicht in den (durch Vorbemerkung 1.4.1.2 KV begrenzten) Anwendungsbereich von Nr. 14130 KV. Die Löschung einer Vormerkung löst (im Gegensatz zur KostO) nur noch eine Festgebühr i. H. v. 25 € aus (Nr. 14152 KV).⁴² Bei mehreren zu löschenden Vormerkungen fällt auch die Festgebühr mehrfach an.

Für die Eintragung eines Widerspruchs entsteht ebenfalls eine Festgebühr (Nr. 14151 KV: 50 €). Die Löschung des Widerspruchs ist wiederum gebührenfrei, da sie von der nur auf Löschungen der in Vorbemerkung 1.4.1.4 KV genannten Rechte anwendbaren Nr. 14143 KV nicht erfasst wird.

6. Sonstige Eintragungen

Geschäfte des Grundbuchamts, die nicht von den Nrn. 14110 bis 14152 KV erfasst werden, sind gebührenfrei (Abgeschlossenheit des Kostenverzeichnisses), sofern sie nicht im abschließenden Katalog der Nr. 14160 KV genannt sind. Demnach entsteht eine Festgebühr i. H. v. 50 € für Eintragungen:

- (1.) eines Herrschvermerks, einschließlich des Vermerks hierüber auf dem Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks,
- (2.) der ohne Eigentumsübergang stattfindenden Teilung, außer im Fall des § 7 Abs. 1 GBO,
- (3.) der ohne Eigentumsübergang stattfindenden Vereinigung oder Zuschreibung von Grundstücken (grundsätzlich),
- (4.) einer oder mehrerer gleichzeitig beantragter Belastungen nach § 1010 BGB (gesonderte Gebühr für jeden belasteten Anteil),
- (5.) einer oder mehrerer gleichzeitig beantragter Änderungen des Inhalts oder Eintragung der Aufhebung des Sondereigentums (gesonderte Gebühr für jedes belastete Sondereigentum), zum Beispiel das Erfordernis der Zustimmung nach § 12 WEG.

Die Einführung von Festgebühren für die Eintragung inhaltlicher Veränderungen des Sondereigentums (Nr. 14160 Nr. 5 KV), wobei die Gebühr für jedes betroffene Sondereigentum gesondert erhoben wird, kann sich in der Praxis problematisch auswirken. *Wilsch* weist zu Recht darauf hin, dass dieses Modell – entgegen der Gesetzesbegründung⁴³ – nicht durchgehend die bereits geltende Kostenpraxis normiert.⁴⁴ Vielmehr wurde unter der KostO bei Änderungen der Gemeinschafts-

³⁶ *Fackelmann/Heinemann/Drempetic*, GNotKG, Nrn. 14140 bis 14151 KV Rdnr. 19.

³⁷ *Schneider*, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, Rdnr. 151.

³⁸ *Böhringer*, BWNZ 2013, 67, 73.

³⁹ Vgl. dazu das Beispiel in Abschnitt 4 d) aa).

⁴⁰ *Schneider*, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, § 16 Rdnr. 161.

⁴¹ *Rohs/Wedewer/Rohs*, KostO, § 66 Rdnr. 11; *Korintenberg/Lappe*, KostO, § 66 Rdnr. 13.

⁴² Im Gesetzgebungsverfahren war ursprünglich die Löschung der Gebühr für die Vormerkung vorgesehen; erst im Vermittlungsausschuss setzten die Länder deren Beibehaltung – wenn auch nur als Festgebühr – durch.

⁴³ Vgl. BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 322 f.

⁴⁴ *Wilsch*, FGPrax 2013, 47.

ordnung häufig nur eine Veränderungsgebühr erhoben⁴⁵ – dies mit dem Argument, dass ja nicht mehrere Gemeinschaftsordnungen, sondern nur eine Gemeinschaftsordnung abgeändert werde, und auf den Inhalt abzustellen sei (Grundverfassung der Wohnungseigentumsanlage), nicht jedoch auf die Gegenstände des jeweiligen Sondereigentums. Die nun eindeutige Regelung der Nr. 14160 Nr. 5 KV macht diesen Ansatz unmöglich: Selbst bei nur geringfügigen Änderungen der Gemeinschaftsordnung hat dies bei größeren Wohneigentumsanlagen exorbitante Grundbuchkosten zur Folge.

Beispiel 15:

Der Lasten- und Kostenverteilungsschlüssel in einer Wohnungseigentumsanlage mit 100 Einheiten wird geringfügig geändert. Die Gebühren für die Eintragung im Grundbuch betragen 100 x die Gebühr nach Nr. 14160 Nr. 5 KV i. H. v. je 50 € = 5.000 €.

Der Verzicht auf die Eintragung und die damit einhergehende gesetzliche Bindungswirkung nach § 10 Abs. 2 WEG und damit die Beschränkung auf den rechtsgeschäftlichen Eintritt in die geänderte Vereinbarung⁴⁶ kann schon aus Sicherheits- und Haftungsgründen nicht empfohlen werden.

Gebührenfrei sind nach dem GNotKG – anders als unter der KostO – insbesondere die Eintragung und Löschung bestimmter Verfügungsbeschränkungen: Eintragung oder Löschung von Nacherbenvermerk, Testamentsvollstreckervermerk, Nachlassverwaltungsvermerk und Treuhändersperrvermerk nach §§ 72, 110 VAG lösen ebenso wenig eine Gebühr aus wie zum Beispiel die Eintragung von Verfügungsverboten nach der InsO oder dem Zwangsversteigerungs- bzw. Zwangsverwaltungsvermerk.⁴⁷ Gebührenerlösend (Nr. 14130 KV) ist als Rechtsänderung die Eintragung oder Löschung der Verfügungsbeschränkung beim Erbbaurecht nach § 5 Erbbaurechtsgesetz. Ebenfalls gebührenfrei sind etwa die nachträgliche Eintragung der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung bei Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, die nachträgliche Eintragung, dass für die Löschung eines auf Lebenszeit bestellten Rechts der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt oder die nachträgliche Eintragung einer Bedingung oder Befristung bei einer Vormerkung.⁴⁸

7. Grundbuchauszüge (Nutzung des automatisierten Abrufverfahrens)

Gebühren für die Nutzung des automatisierten Abrufverfahrens entstehen nach dem Justizverwaltungskostengesetz (JVKG), vgl. dort § 1 Abs. 2 Nr. 5. Je Grundbuchblatt entsteht eine Gebühr i. H. v. 8 € (Nr. 1151 des Gebührenverzeichnisses zum JVKG – GV). Der Abruf von Dokumenten, die zu den Grundakten genommen wurden, löst eine Gebühr von 1,50 € aus (Nr. 1152 GV). Kostenschuldner ist nach § 15 JVKG der Abrufende.

II. Nachlass- und Teilungssachen

1. Allgemeines

Die Gebühren in Nachlasssachen sind in den Nrn. 12100 bis 12550 KV geregelt. Der Geschäftswert ist insbesondere nach

⁴⁵ Entgegen LG Bayreuth, JurBüro 1994, 758; *Korintenberg/Lappe*, KostO, § 76 Rdnr. 23.

⁴⁶ Dazu KG, NJW-RR 1997, 1304.

⁴⁷ BT-Drucks. 17/11471, S. 322; dazu *Böhringer*, BWNotZ 2013, 67, 73; *Wilsch*, ZEV 2013, 428, 429.

⁴⁸ Vgl. *Otto/Reimann/Tiedtke/Klüsener*, Notarkosten nach dem neuen GNotKG, Rdnr. 76.

den §§ 40, 41 zu ermitteln, wobei die Bedeutung der Geschäftswertermittlung durch die deutliche Ausweitung der Festgebühren in diesem Bereich (insbesondere Nrn. 12100 und 12101 KV) zurückgedrängt wurde. Für die Bewertung einzelner Nachlassgegenstände gelten – wie im Notarbereich auch – insbesondere die §§ 46 bis 53. Soweit keine spezielle Geschäftswert- oder Bewertungsvorschrift gegeben ist, gilt auch hier die Ausgangsvorschrift des § 36. Die Gebühren sind im Erbscheinsverfahren (Nrn. 12210 bis 12240 KV) nach Tabelle B zu berechnen, hinsichtlich der (im Folgenden nicht näher behandelten) Nachlasssicherung, der Entgegennahme von Erklärungen, Fristbestimmungen, Nachlassinventar und Testamentsvollstreckung und den übrigen Nachlasssachen (Nrn. 12310 bis 12550 KV) hingegen nach Tabelle A. Diese ist identisch mit den für das GKG und das FamGKG geltenden Gebührentabellen.

2. Annahme von Verfügungen von Todes wegen

Anders als nach § 101 KostO ($1/4$ -Wertgebühr) entsteht nach Nr. 12100 KV für die Annahme einer Verfügung von Todes wegen in die besondere amtliche Verwahrung nur noch eine Festgebühr von 75 €. Dies gilt für Einzeltestamente ebenso wie für gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge. Diese Gebühr gilt gemäß ihrer Anmerkung auch die Verwahrung, die Mitteilung nach § 347 FamFG an das Zentrale Testamentsregister und die Herausgabe ab. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich die Angabe der Werte bei der Hinterlegung durch den Notar.

Die Gebühr entsteht für jede Annahme erneut, sofern mehrere Verfügungen von Todes wegen zu unterschiedlichen Zeiten in die Verwahrung gegeben werden.⁴⁹ Werden hingegen mehrere Schriftstücke zum selben Zeitpunkt eingereicht, bleibt es beim einmaligen Ansatz der Gebühr nach Nr. 12100 KV. Kein Fall der Nr. 12100 KV ist die Ablieferung von Verfügungen von Todes wegen nach dem Tod des Erblassers, §§ 2259, 2300 BGB: Die Verfügung wird nicht etwa in Verwahrung genommen, sondern nur bis zur Eröffnung bei den Nachlassakten aufbewahrt, vgl. zum Beispiel § 28 Abs. 4a Satz 2 AktO Bayern.⁵⁰

Kostenschuldner ist nach § 22 Abs. 1 der Erblasser als Antragsschuldner, selbst wenn der Notar aufgrund gesetzlicher Verpflichtung die Verfügung beim Nachlassgericht eingereicht hat.

3. Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen

Auch für die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen wird – anders als noch nach § 102 KostO ($5/10$ -Gebühr) – keine Wert-, sondern lediglich eine Festgebühr nach Nr. 12101 KV i. H. v. 100 € erhoben, dies unabhängig von Inhalt und Wirksamkeit der Verfügungen. Mit dieser Gebühr werden sämtliche mit der Eröffnung verbundenen Tätigkeiten des Nachlassgerichts abgegolten (Terminbestimmung, Ladung der Beteiligten, Niederschrift, anschließende offene Verwahrung in der Nachlassakte). Unberührt bleibt die Entstehung anderer Gebühren wie etwa für das Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins. Werden mehrere Verfügungen von Todes wegen desselben Erblassers bei demselben Gericht gleichzeitig eröffnet, so ist nur eine 1,0-Gebühr zu erheben (Anmerkung zu Nr. 12101 KV); bei mehreren verwahrenden Gerich-

⁴⁹ *Schneider*, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, § 14 Rdnr. 7 ff.

⁵⁰ Vgl. *Schneider*, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, § 14 Rdnr. 17 (dort Verweis auf § 27 Abs. 13 AktO für die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit und die Staatsanwaltschaften des Landes Sachsen-Anhalt).

ten und den demzufolge auch möglichen verschiedenen Eröffnungen ist die Gebühr hingegen mehrfach anzusetzen.

Befand sich die Verfügung von Todes wegen vor der Eröffnung nicht in amtlicher Verwahrung, entsteht nicht etwa zusätzlich die Gebühr nach Nr. 12100 KV, sondern nur die Gebühr nach Nr. 12101 KV. Befand sich ein gemeinschaftliches Testament oder ein Erbvertrag umgekehrt vor der Eröffnung anlässlich des Todes des Erstversterbenden in amtlicher Verwahrung und wird es hernach wieder in die amtliche Verwahrung genommen, so entsteht die Gebühr nach Nr. 12100 KV nicht nochmals.

Kostenschuldner der Gebühr nach Nr. 12101 KV sind allein die Erben (Nachlassverbindlichkeit), § 24 Nr. 1.

4. Erbscheinsverfahren

a) Antragstellung

Die Kosten für die Antragstellung beim Erbschein sind bei Gericht und Notar – bis auf die Umsatzsteuer – identisch: Für die eidesstattliche Versicherung (die den Antrag mit abgilt, vgl. Vorbemerkung 2.3.3 Abs. 2 KV) entsteht eine 1,0-Gebühr nach Nr. 23300 KV (sowohl bei Gericht als auch beim Notar, vgl. Vorbemerkung 1 Abs. 2 KV); hinzu kommt beim Notar allerdings noch die Umsatzsteuer als Auslage Nr. 32014 KV. Zusätzlich zur Gebühr für eidesstattliche Versicherung und Antrag entsteht für das „Verfahren über den Antrag“ auf Erteilung des Erbscheins eine 1,0-Gebühr nach Nr. 12210 KV.

Der Geschäftswert bestimmt sich in beiden Fällen nach § 40, wonach der Wert des Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalls unter Abzug der vom Erblasser herrührenden Verbindlichkeiten maßgeblich ist. Gegenüber dem bisherigen Recht erhöht dies die Gebühren erheblich, da Nachlassverbindlichkeiten (Beerdigungskosten, Pflichtteile, Vermächtnisse, Erbschaftsteuer etc.) im Gegensatz zu § 107 Abs. 2 KostO nicht mehr abgezogen werden dürfen.⁵¹ § 40 gilt für folgende Verfahren: Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung zur Erlangung eines Erbscheins, Erteilung eines Erbscheins, Einziehung oder Kraftlosklärung des Erbscheins, Erteilung, Einziehung oder Kraftlosklärung eines vom Nachlassgericht ausgestellten Zeugnisses.

Beispiel 16:

A beantragt die Erteilung eines Erbscheins; hierzu wird vor dem Nachlassgericht die eidesstattliche Versicherung abgenommen. Der Nachlass umfasst Aktiva zu 120.000 € und Passiva zu 70.000 €. Neben einer 1,0-Verfahrensgebühr nach Nr. 12210 KV aus einem Geschäftswert i. H. v. 50.000 € fällt für Antrag und eidesstattliche Versicherung eine weitere 1,0-Gebühr nach Nr. 23300 KV aus demselben Geschäftswert an, jeweils also 192 €, insgesamt 394 €.

Kostenschuldner der Gerichtskosten ist der Antragsteller, § 22 Abs. 1. § 24 (Kostenhaftung der Erben) ist nicht anwendbar.

b) Kein Erbschein für besondere Zwecke

Die Regelung des § 107 Abs. 3, 4 und § 107a KostO zu gebührenermäßigen Erbscheinen zu Grundbuch- und bestimmten Behördenangelegenheiten wurde bedauerlicherweise nicht in das GNotKG übernommen.⁵² Der Gesetzgeber erkennt zwar das öffentliche Interesse, „über einen Gebührenanreiz auf eine zeitnahe Berichtigung der Grundbücher im Erbfall hinzuwirken“, sieht diesem Interesse allerdings schon „durch die Privilegierung der Grundbuchberichtigung in Abs. 1 der

Anmerkung zu Nr. 14110 KV GNotKG Rechnung getragen.“ Zu begrüßen gewesen wäre hingegen sogar eine Ausweitung der Privilegierung hinsichtlich der Berichtigung des Handelsregisters.⁵³ In der Folge steigen die Gebühren dann deutlich an, wenn ein Erbschein tatsächlich nur für das Grundbuch benötigt wird. Aus notarieller Sicht zu begrüßen ist freilich die Tatsache, dass dadurch die notarielle Verfügung von Todes wegen (zusammen mit der Eröffnungsniederschrift grundsätzlich erscheinersetzend, § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO) aus Kostensicht noch attraktiver wird.

5. Entgegennahme von Erklärungen

Für die Entgegennahme bestimmter, in der Anmerkung zum Gebührentatbestand abschließend aufgezählten Erklärungen durch das Nachlassgericht entsteht nach Nr. 12410 KV eine Festgebühr von 15 €, die sämtliche mit der Entgegennahme verbundenen Handlungen des Nachlassgerichts abgilt (nicht jedoch die Beurkundung der Erklärung selbst – hierfür entsteht eine separate 0,5-Gebühr nach Nr. 21201 Nr. 7 KV, vgl. Vorbemerkung 1 Abs. 2 KV). Beispiele sind die Erklärung über die Anfechtung eines Testaments oder Erbvertrags (Nr. 1 der Anmerkung), die Anzeige des Vorerben oder des Nacherben über den Eintritt der Nacherbfolge (Nr. 3), die Erklärung über die Annahme des Amtes des Testamentsvollstreckers (Nr. 5) oder das Nachlassinventar (Nr. 6). Weiterhin gebührenfrei (mangels Gebührentatbestand im KV – numerus clausus des Kostenrechts) ist hingegen die Entgegennahme der Ausschlagungserklärung der Erbschaft nach § 1945 BGB und ebenso wie die Entgegennahme von mit der Annahme oder Ausschlagung verbundenen Anfechtungserklärungen nach §§ 1955, 1956, 2308 BGB.

Beispiel 17:

Das Nachlassgericht beurkundet die Ausschlagungserklärung des A (überschuldeter Nachlass) und nimmt die Erklärung entgegen. Gebühren: 0,5-Gebühr nach Nr. 21201 Nr. 7 KV i. H. v. 30 € (Mindestgebühr); die Annahme ist gebührenfrei.

Kostenschuldner im Fall der Entgegennahme einer Erklärung zur Annahme, Ablehnung oder Kündigung des Testamentsvollstreckeramts sind nach § 23 Nr. 8 allein die Erben (Ausnahme: Entscheidungsschuldner, § 27 Nr. 1), bei Entgegennahme von Forderungsanmeldungen nach § 2061 BGB der auffordernde Miterbe. In allen anderen Fällen haftet nach § 23 Nr. 4 derjenige, der die Erklärung, Anzeige etc. abgegeben hat.

6. Nachlassinventar

Überträgt das Gericht die Aufnahme des Nachlassinventars auf einen Notar (§ 2003 BGB), entsteht eine Festgebühr nach Nr. 12412 KV i. H. v. 40 €. Für den Notar selbst entsteht für die Aufnahme eine 2,0-Gebühr nach Nr. 23500 KV. Nimmt das Gericht das Inventar selbst auf, erhält es die gleiche Gebühr, vgl. Vorbemerkung 1 Abs. 2 KV. Ist infolge eines Antrags eines Nachlassgläubigers eine eidesstattliche Versicherung des Erben erforderlich, erhebt das Gericht zusätzlich eine 0,5-Gebühr nach Nr. 15212 Nr. 1 KV. In allen Fällen kommt für die Entgegennahme durch das Gericht noch eine Gebühr i. H. v. 15 € nach Nr. 12410 KV hinzu. Kostenschuldner sind jeweils nach § 24 Nr. 4, § 31 Abs. 2 allein die Erben.

7. Testamentsvollstreckung

Für die eigentliche Testamentsvollstreckung entstehen keine Gebühren. Gebührenpflichtig nach Nr. 12420 KV (0,5-Ge-

⁵¹ Vgl. *Otto/Reimann/Tiedtke/Klüsener*, Notarkosten nach dem neuen GNotKG, Rdnr. 60.

⁵² Vgl. *Wilsch*, FGPrax 2013, 47, 50.

⁵³ Krit. auch *Kroiß*, ZEV 2013, 413, 415 f.

bühren) ist das Verfahren über die Ernennung oder Entlassung des Testamentsvollstreckers bzw. über sonstige Anordnungen im Verfahren (§§ 2200, 2227 BGB). Weiterhin entsteht die bereits genannte Entgegennahmgebühr nach Nr. 12410 KV für Erklärungen betreffend die Testamentsvollstreckung sowie für Fristsetzungen des Gerichts hinsichtlich der Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers (§ 2198 Abs. 2 BGB) oder zur Erklärung über die Amtsannahme (§ 2202 Abs. 2 BGB). Das erste Testamentsvollstreckerzeugnis (§ 2368 BGB) löst eine 1,0-Gebühr nach Nr. 12210 KV aus; verlangt das Gericht eine eidesstattliche Versicherung, kommt eine weitere 1,0-Gebühr nach Nr. 23300 KV hinzu (Vorbemerkung 1.2.2 Nr. 4). Ein weiteres Testamentsvollstreckerzeugnis (zum Beispiel infolge Wechsels des Testamentsvollstreckers) lässt nur noch eine 0,3-Gebühr nach Nr. 12213 KV entstehen. Geschäftswert sind in beiden Fällen nur noch 20 % des von der Vollstreckung betroffenen Nachlasswerts im Zeitpunkt des Erbfalls ohne Schuldenabzug (§ 40 Abs. 5, nach Abs. 2, 3, ggf. anteilmäßig entsprechend der Quote des Nachlasses, auf den sich die Vollstreckung bezieht). Nach der KostO war hier noch der Reinwert des Nachlasses anzusetzen. Durch die Anwendung der „teureren“ Tabelle A relativiert sich dieser Kostenvorteil jedoch.

8. Teilungssachen

Teilungssachen sind den Notaren seit dem 1.9.2013 durch das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare⁵⁴ übertragen. Die bis dahin geltenden Regelungen der Vorbemerkung 1.2.5.1 sowie der Nrn. 12510 bis 12512 KV sind aufgehoben; an ihre Stelle sind die neue Vorbemerkung 2.3.9 und die Nrn. 23900 bis 23903 KV (= Notargebühren) getreten. Gerichtskosten entstehen allerdings weiterhin im Rahmen der Rechtsmittelverfahren gegen Entscheidungen des Notars in Teilungssachen (Nrn. 12530 bis 12550 KV). Bewilligt der Notar im Rahmen des Teilungsverfahrens eine öffentliche Zustellung, entstehen hierfür Auslagen – insbesondere nach Nr. 31004 KV –, jedoch keine Gebühren. Gebührenpflichtig ist wiederum die Bestellung eines Abwesenheitspflegers für einen abwesenden Beteiligten im Teilungsverfahren (Nrn. 11104, 11105 KV, dazu nachstehend Abschnitt IV.1).

Der Geschäftswert in Teilungssachen bestimmt sich gemäß § 118a Satz 1 nach dem Wert des den Gegenstand der Auseinandersetzung bildenden Nachlasses bzw. Gesamtguts oder des von der Auseinandersetzung betroffenen Teils. Werden mehrere selbständige Vermögensmassen in einem Verfahren auseinandergesetzt, sind deren Werte nach § 118a Satz 2 zusammenzurechnen.

III. Registersachen, unternehmensrechtliche und ähnliche Verfahren

Für Registersachen (Handels-, Genossenschafts-, Partnerschafts-, Vereins- und Güterrechtsregister), unternehmensrechtliche Verfahren im Sinne von § 375 FamFG, Verfahren nach § 47 Abs. 2 VAG und für bestimmte Vereins- und Stiftungssachen sieht das KV in den Nrn. 13100 bis 13630 KV Gebühren vor, vgl. Vorbemerkung 1.3. Abs. 1 KV.

1. Handelsregistersachen

Nach § 58 GNotKG werden Gebühren in Handels-, Partnerschafts- oder Genossenschaftsregistersachen nach der Handelsregistergebührenverordnung (HRegGebV) erhoben. Demnach entstehen aufwandsbezogene Festgebühren für

Eintragungen in die genannten Register, ebenso für die Zurückweisung oder Zurücknahme von Anträgen zur Eintragung, für die Entgegennahme, Prüfung und Aufbewahrung einzureichender Unterlagen sowie für die Übertragung von Schriftstücken in elektronische Dokumente (§ 9 Abs. 2 HGB, Art. 61 Abs. 3 EGHGB). Insbesondere in Rechtsmittelverfahren in diesem Bereich gilt hingegen nicht die HRegGebV, sondern das GNotKG (Nr. 19112-19125 KV). Auch etwa entstehende Auslagen werden ausschließlich nach dem GNotKG (Nr. 31000 ff. KV) erhoben.

Beispiele 18:

Eintragung eines Einzelkaufmanns 70 € (Nr. 1100 des Gebührenverzeichnisses zur HRegGebV – GV); Sitzverlegung bei einer Gesellschaft mit bis zu drei eingetragenen Gesellschaftern 80 € (Nr. 1301 GV); Eintragung einer GmbH 150 € (Nr. 2100 GV); Änderung des Gesellschaftsvertrags bei der GmbH 70 € (Nr. 2500 GV); Barkapitalerhöhung bei der AG 270 € (Nr. 2400 GV).

Die Gebühren nach der HRegGebV entstehen mit der Voranfrage der beantragten Handlung (insbesondere Eintragung im Register oder Entgegennahme der Unterlagen). Mehrere Eintragungen lösen grundsätzlich auch mehrere Gebühren aus, soweit nichts anderes bestimmt ist. Letzteres ist in § 2 Abs. 1 und 2 Satz 2 HRegGebV gegeben (zum Beispiel nur eine Gebühr für die Anmeldung einer zur Vertretung berechtigten Person sowie Anmeldung ihrer Vertretungsmacht). Eine Art Mengenrabatt ist bei späteren Anmeldungen vorgesehen: Die Nrn. 1503, 2501, 3501 GV sehen reduzierte Gebühren für die zweite und jede weitere in derselben späteren Anmeldung enthaltene Tatsache vor. Gebührenfrei sind insbesondere Eintragungen von Amts wegen aufgrund eines Insolvenzverfahrens und für Löschungen unzulässiger Eintragungen nach § 395 FamFG (Vorbemerkung 1.3 Abs. 2 KV GNotKG).

Kommt es nicht zur Eintragung, weil der Antrag zurückgenommen oder zurückgewiesen wird, entstehen allerdings ebenfalls Gebühren: Die §§ 3-5 HRegGebV sehen in diesen Fällen grundsätzlich ermäßigte oder erhöhte Gebühren vor.

Beispiel 19:

Handelsregisteranmeldung einer Kapitalerhöhung. Gebühren: Nr. 2500 GV = 70 € für die Eintragung einer Tatsache, Nr. 5002 GV für die Entgegennahme der Liste der Gesellschafter nach § 40 GmbHG = 30 €. Würde der Antrag – etwa bei unvollständiger Anmeldung – zurückgewiesen, entstünde nach § 4 Satz 1 HRegGebV eine Gebühr i. H. v. 170 % der Gebühr nach Nr. 2500 GV = 119 €. Demgegenüber erhöht sich die Gebühr bei Zurücknahme der Anmeldung lediglich auf 120 % der Gebühr nach Nr. 2500 GV = 84 €.

Gebühren für die Nutzung des automatisierten Abrufverfahrens entstehen nach dem JVKostG, vgl. dort § 1 Abs. 2 Nr. 4. Je Registerblatt entsteht eine Gebühr i. H. v. 4,50 € (Nr. 1140 GV). Der Abruf von Dokumenten, die zum Register eingereicht wurden (Listen, Satzungen etc.) löst eine Gebühr von 1,50 € aus (Nr. 1141 GV). Kostenschuldner ist nach § 15 JVKostG der Abrufende.

2. Vereinsregistersachen

Gerichtskosten in Vereinsregistersachen sind in den Nrn. 13100 und 13101 KV geregelt; unterschieden wird zwischen der Ersteintragung des Vereins (Nr. 13100 KV) und späteren Eintragungen (Nr. 13101 KV). Für die Ersteintragung entsteht nunmehr – zum Leidwesen der Gerichte – nur noch eine Festgebühr von 75 €. Diese Gebühr entsteht – da Verfahrensgebühr – unabhängig vom Ausgang des Verfahrens,

⁵⁴ Gesetz vom 26.6.2013, BGBl 2013 I, S. 1800 ff.

d. h. auch bei Zurückweisung oder Zurücknahme des Antrags. Für spätere Eintragungen (Änderungen des Vorstands, Satzungsänderungen etc.) fällt eine Festgebühr von 50 € an (ebenfalls Verfahrensgebühr); beide Gebühren entstehen mit Eingang des Antrags bei Gericht. Mehrere – denselben Verein betreffende – spätere Anmeldungen, die am selben Tag beim Registergericht eingehen, lösen nur eine Gebühr aus (Abs. 2 der Anmerkung zu Nr. 13101 KV). Für die Sitzverlegung des Vereins fällt ebenfalls nur eine Gebühr nach Nr. 13101 KV an (bei dem Gericht, in dessen Bezirk der Vereinssitz verlegt wird, Abs. 1 der Anmerkung zu Nr. 13101 KV). Kostenschuldner ist stets der Verein als Antragsteller, § 22 Nr. 1.

Gebührenfrei sind die in der Anmerkung zu Nr. 13101 KV genannten späteren Eintragungen: Erlöschen des Vereins, Beendigung der Liquidation des Vereins, Fortführung als nicht-rechtsfähiger Verein, Verzicht auf die Rechtsfähigkeit oder Entziehung der Rechtsfähigkeit (wobei für das Verfahren über die Entziehung der Rechtsfähigkeit nach § 73 BGB die 1,0-Gebühr nach Nr. 13400 KV – Wert: § 36 Abs. 2, 3 – anfällt).⁵⁵ Ebenfalls gebührenfrei ist die Schließung des Registerblatts.

Für Einsichten in das Vereinsregister entsteht keine Gebühr, wohingegen für die Erteilung von Registerauszügen die Nrn. 17000 (unbeglaubigter Ausdruck: 10 €) und 17001 KV (beglaubigter Ausdruck: 20 €) zu beachten sind. Für die Übermittlung elektronischer Dateien gelten die Nrn. 17002 (unbeglaubigte Datei: 5 €) und 17003 KV (beglaubigte Datei: 10 €), für die Erteilung von Bescheinigungen aus dem Register die Nr. 17004 KV (20 €).

Hinsichtlich der Nutzung des automatisierten Abrufverfahrens (Geltung des JVKostG) wird auf die Ausführungen zum Handelsregister verwiesen (oben 1.).

3. Güterrechtsregister

Eintragungen im Güterrechtsregister lösen Gebühren nach den Nrn. 13200 und 13201 KV aus. Für Eintragungen aufgrund eines Ehe- oder Lebenspartnerschaftsvertrags fallen 100 € an (Nr. 13200 KV), sonstige Eintragungen schlagen mit 50 € zu Buche (Nr. 13201 KV). Für die notarielle Praxis von Interesse sind daher vorwiegend die Fälle der Nr. 13100 KV. Kostenschuldner ist in diesen Fällen jeweils der Antragsteller (Ehegatten/Lebenspartner als Gesamtschuldner), § 22 Abs. 1.

IV. Sonstiges

1. Betreuungssachen/betreuungsgerichtliche Zuweisungssachen

Betreuungssachen begegnen dem Notar zum Beispiel häufig im Zusammenhang mit geschäftsunfähigen Beteiligten und deren Vertretung durch Betreuer. Kostenrechtliche Relevanz haben sie für den Notar jedoch im Zusammenhang mit Vorsorge- und Betreuungsvollmachten: Den wenigsten Bürgern dürften die gerade nach der Kostenrechtsreform stark gestiegenen Betreuungsgebühren⁵⁶ bewusst sein. Während im Regelfall der Wunsch nach Regelung der Angelegenheiten im Familienkreis und die Vermeidung des Formalismus und der gerichtlichen Zustimmungserfordernisse bei der Betreuung zentrale Argumente für die Verfassung einer Vorsorgevollmacht sind, spielt das Kostenargument kaum eine Rolle. Zwar verursacht auch eine notarielle Vorsorgevollmacht Kosten (1,0-Gebühren aus höchstens der Hälfte des Vermögens des

Vollmachtgebers, Nr. 21200 KV, § 98 Abs. 3), allerdings nehmen sich diese im Vergleich zu den Gerichtsgebühren für eine mehrjährige Betreuung regelrecht bescheiden aus.

Beispiel 20:

Für eine Vorsorgevollmacht entsteht bei Zugrundelegung eines Gesamtvermögenswerts von 360.000 € (davon 200.000 € selbst bewohntes Hausgrundstück) eine Gebühr i. H. v. 408 € zzgl. USt. Für eine fünfjährige Betreuung betreffend (auch) das Vermögen des Betreuten entstehen hingegen nach Nr. 11101 KV Gerichtsgebühren i. H. v. 1.600 € (25.000 € Freibetrag; das „angemessene Hausgrundstück“ wird nach Nr. 11101 KV nicht mitgerechnet, dazu sogleich) – dies natürlich ohne eine eventuelle Vergütung des Betreuers. Bei geringen Vermögen wird die Differenz noch größer: Eine Vorsorgevollmacht unter Zugrundelegung eines Vermögens von 50.000 € kostet 115 € zzgl. USt., während die Gerichtskosten während einer fünfjährigen Betreuung 1.000 € – zugleich die Mindestgebühr – betragen.

Bei einer (auch) unmittelbar vermögensrechtlichen Dauerbetreuung entstehen Jahreswertgebühren nach Nr. 11101 KV.⁵⁷ Die Höhe der Jahreswertgebühr bemisst sich nach dem Vermögen des von der Maßnahme Betroffenen, wobei nach Abs. 1 der Anmerkung nur das Vermögen berücksichtigt wird, das über der Vermögensfreigrenze von 25.000 € liegt; nicht berücksichtigt wird ein „angemessenes Hausgrundstück“⁵⁸ (vgl. § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII). Für je 5.000 € des demnach zu berücksichtigenden Vermögens fallen 10 € Gebühren an.

Beispiel 21:

Gesamtvermögen 400.000 € abzüglich nicht zu berücksichtigendes „angemessenes Hausgrundstück“ im Wert von 250.000 €, wiederum abzüglich 25.000 € Freibetrag = 125.000 € = 5.000 € x 25, also: anzusetzen sind 25 x 10 € = 250 € Jahresgebühr.

Hat die Dauerbetreuung keinen unmittelbaren Vermögensbezug, entsteht die Jahreswertgebühr nach Nr. 11102 KV (300 €, höchstens jedoch eine Gebühr nach Nr. 11101 KV).

Nr. 11103 und Nr. 11105 KV enthalten Gebührentatbestände für die Betreuung bzw. Pflegschaft für einzelne Rechtshandlungen, beispielsweise hinsichtlich des Kaufs oder Verkaufs einer Immobilie oder hinsichtlich einer Erbauseinandersetzung. Beide Gebühren werden nicht neben den vorgenannten Jahreswertgebühren erhoben. Sie berechnen sich nach § 63 Satz 1 aus dem Wert des Gegenstands, auf den sich die einzelne Rechtshandlung bezieht (ggf. nach der quotenmäßigen Beteiligung des Betreuten/Pfleglings am jeweiligen Gegenstand, zum Beispiel der Erbauseinandersetzung). Der Gebührensatz beträgt jeweils 0,5, höchstens fällt jedoch eine Gebühr in Höhe der Jahresgebühr einer Dauerbetreuung (Nr. 11101 KV) bzw. Dauerpflegschaft (Nr. 11104 KV) an.⁵⁹

2. Aufgebotssachen

In gerichtlichen Aufgebotssachen (§ 433 FamFG, in der notariellen Praxis vor allem relevant hinsichtlich der Kraftloserklärung von Grundpfandrechten) entsteht eine 0,5-Gebühr nach Nr. 15212 Nr. 3 KV (Tabelle A). Die Gebühr gilt sämt-

⁵⁵ Krit. *Wilsch*, FGPrax 2013, 47, 52.

⁵⁶ Vgl. *Zimmermann*, FamRZ 2013, 1264, 1266.

⁵⁷ Zu den damit abgegoltenen Tätigkeiten des Gerichts vgl. *Zimmermann*, FamRZ 2013, 1264, 1267.

⁵⁸ Zum Begriff vgl. *Fackelmann/Heinemann/Köhler*, GNotKG, Vorbem. 1.1 KV Rdnr. 16 ff.; *Korintenberg/Fackelmann*, GNotKG, Vorbem. 1.1 KV Rdnr. 23 ff. (im Erscheinen).

⁵⁹ Beispielsberechnung bei *Korintenberg/Fackelmann*, GNotKG, Nr. 11103 KV Rdnr. 21.

liche gerichtlichen Handlungen ab. Neben der Gebühr können allerdings Auslagen entstehen – insbesondere Nr. 31004 KV für öffentliche Bekanntmachungen. Der Geschäftswert der Gebühr bestimmt sich mangels spezieller Geschäftswertvorschrift nach § 36 Abs. 1, 3 (vermögensrechtliche Angelegenheit).⁶⁰ Das gilt auch für Aufgebotsverfahren zur Ausschließung eines Grundpfandrechtsgläubigers oder zur Kraftloserklärung eines abhanden gekommenen Grundpfandrechtsbriefs; § 53 (Nennbetrag des Grundpfandrechts) ist nicht anwendbar. Angemessen nach § 36 Abs. 1 erscheint ein Ansatz von 10 % des Nennbetrags hinsichtlich der Kraftloserklärung, 20 % des Nennbetrags hinsichtlich des Aufgebots eines Grundpfandrechtsgläubigers und 30 % des Grundstücksverkehrs werts hinsichtlich des Aufgebots des Eigentümers.⁶¹

Beispiel 22:

A beantragt die Kraftloserklärung eines Grundschuldbriefs. Der Ausschließungsbeschluss wird nach Ablauf der Aufgebotsfrist im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht (Auslagen: 50 €). Nennbetrag der Grundschuld: 200.000 €. Geschäftswert nach § 36 Abs. 1 = 20.000 €, Gebühr nach Nr. 15212 Nr. 3 KV: 164 €, Auslagensatz nach Nr. 31004: 50 €.

Kostenschuldner ist der Antragsteller, § 22 Abs. 1 GNotKG, § 434 Abs. 1 FamFG.

3. Landwirtschaftssachen

Im GNotKG gewissermaßen zentral verortet sind nun auch Gebührenvorschriften für das Verfahren vor dem Landwirtschaftsgericht, die zuvor im LwVG, in der HöfeO und in der HöfeVfO untergebracht waren (neben zahlreichen Verweisen auf die KostO). Das GNotKG hat diesen gebührenrechtlichen Flickenteppich nun auf drei Grundtatbestände (Nrn. 15110 bis 15112 KV) reduziert.⁶² Tritt das Landwirtschaftsgericht an die Stelle des Nachlassgerichts, bestimmen sich die Gebühren für das Verfahren über die Ausstellung eines Erbscheins/Hoffolgezeugnisses (§ 18 Abs. 2 HöfeO) gemäß Vorbemerkung 1.5.1 Abs. 1 KV nach Nrn. 12210 bis 12240 KV (siehe dazu bereits Abschnitt II.4); die Gebühr für die Entgegennahme der Erklärung des Hoferben über die Wahl des Hofes nach § 9 Abs. 2 Satz 1 HöfeO bestimmt sich nach Nr. 12410 KV (15 €).

4. Rechtsmittel in Notarkostensachen

Gebührenfreiheit (mangels Gebührentatbestand im GNotKG) besteht nur im Verfahren wegen des Antrags auf gerichtliche Entscheidung nach § 127. Für das Beschwerdeverfahren nach § 129 Abs. 1 entsteht eine Festgebühr i. H. v. 90 € (Nr. 19110 KV), mit der sämtliche gerichtlichen Tätigkeiten im Verfahren abgegolten sind. Wird das Verfahren – etwa durch Zurücknahme der Beschwerde – ohne Endentscheidung beendet, reduziert sich diese Gebühr nach Nr. 19111 auf 60 €. Im Verfahren der Rechtsbeschwerde, § 129 Abs. 2, entsteht eine Festgebühr nach Nr. 19120 KV von 180 €. Wird die Rechtsbeschwerde anders als durch Endentscheidung beendet, reduziert sich die Verfahrensgebühr nach den Nrn. 19121, 19122 KV. Kostenschuldner ist der Antragsteller; hat die Beschwerde bzw. Rechtsbeschwerde Erfolg, erlischt nach § 25 Abs. 1 die Antragshaftung und es haftet allein der Entscheidungs- und der Übernahmeschuldner (§ 27 Nr. 1, 2).

⁶⁰ Fackelmann/Heinemann/Heinemann/Otto, GNotKG, Nr. 15212 Rdnr. 18; Schneider/Herget/N. Schneider, Streitwert-Kommentar, Stichwort „Aufgebotsverfahren“ Rdnr. 1133.

⁶¹ Fackelmann/Heinemann/Heinemann/Otto, a. a. O.

⁶² Otto/Reimann/Tiedtke/Klüsener, Notarkosten nach dem neuen GNotKG, Rdnr. 81.

5. Exkurs: Auskunftspflicht der Gerichte

Nur indirekt mit Gerichtskosten verbunden, aufgrund des sachlichen Konnex an dieser Stelle dennoch erwähnenswert, ist eine für die notarielle Praxis wichtige Neuerung zu den Auskunftspflichten des Gerichts: Nach § 39 Satz 2 sind nicht mehr – wie noch unter § 31a KostO – nur die Notare den Gerichten auskunftspflichtig (vgl. § 39 Satz 1), sondern – ein Gebot der Kostengerechtigkeit – auch die Gerichte den Notaren.⁶³ Praktisch relevant ist dies vor allem im Grundbuch- und im Nachlassbereich.

V. Zeitlicher Anwendungsbereich der durch das 2. KostRMoG geänderten Gerichtskostenregelungen

Ob in einem gerichtlichen Verfahren oder hinsichtlich eines gerichtlichen Aktes die KostO oder das GNotKG anwendbar ist, richtet sich nach § 136 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 und 5. Grundsätzlich gilt demnach Folgendes: Die KostO ist in Verfahren anzuwenden, die bis einschließlich 31.7.2013 eingeleitet worden sind. Bei Jahresgebühren vor dem Betreuungsgericht kommt es hingegen auf die Fälligkeit an, § 136 Abs. 1 Nr. 3. Ist eine Jahresgebühr vor dem 1.8.2013 fällig geworden, ist noch die KostO anwendbar, bei späterer Fälligkeit hingegen das GNotKG. Hinsichtlich Rechtsmitteln ist der Tag der Einlegung maßgeblich: Nach § 136 Abs. 1 Nr. 2 ist das GNotKG nur auf solche Rechtsmittel anwendbar, die (in der jeweiligen Instanz) nach dem 31.7.2013 eingelegt wurden. War also beispielsweise in der Beschwerdeinstanz noch die KostO anwendbar, ist bei Einlegung der Rechtsbeschwerde nach dem 1.8.2013 für die nachfolgende Instanz das GNotKG anzuwenden.

Strittig ist der maßgebliche Zeitpunkt der Anwendbarkeit des GNotKG bislang in Grundbuchsachen. Eine Ansicht stellt hier auf den Zeitpunkt des Grundbucheintrags ab: Bei vor dem 1.8.2013 beantragter, aber erst später erfolgter Eintragung sei das GNotKG anzuwenden. Es handle sich bei Grundbuchgebühren auch weiterhin um Aktgebühren, so dass es ein „anhängig gewordenes oder eingeleitetes Verfahren“ im Sinne von § 136 Abs. 1 Nr. 1 nicht gebe und daher § 136 Abs. 1 Nr. 5 (sonstige Fälle, bei denen es auf die Fälligkeit der Gebühr ankommt) anzuwenden sei. Nur bei verzögerlicher Eintragung sei, sofern dies dem Kostenschuldner günstiger komme, nach § 21 GNotKG die KostO anzuwenden.⁶⁴ Richtigerweise stellt § 136 jedoch nicht auf die kostenrechtlichen Begriffe der Verfahrensgebühr einerseits und der Aktgebühr andererseits ab, sondern allein auf das „gerichtliche Verfahren“, also den durch Antrag oder Aufnahme von Amts wegen begonnenen Vorgang, mit dem ein bestimmtes Ziel verfolgt wird – hier die Eintragung ins Grundbuch.⁶⁵ Demnach ist § 136 Abs. 1 Nr. 3 auch auf Gebühren in Grundbuchsachen anwendbar und es gilt das Antrags- bzw. Verfahrenseinleitungsprinzip; § 136 Abs. 1 Nr. 5 ist eine reine Auffangvorschrift.⁶⁶ Das OLG Bamberg hat diese – deutlich praktikablere – Lösung jüngst ausdrücklich bestätigt.⁶⁷

⁶³ Ausführlich Fackelmann/Heinemann/Heinemann, GNotKG, § 39 Rdnr. 32 ff.

⁶⁴ Böhringer, BWNZ 2013, 67, 74.

⁶⁵ Fackelmann/Heinemann/Fackelmann, GNotKG, § 3 Rdnr. 16.

⁶⁶ Vgl. die Gesetzesbegründung vom 14.11.2012, BT-Drucks. 17/11471, S. 193; Fackelmann/Heinemann/Röhl, GNotKG, § 134 Rdnr. 7.

⁶⁷ OLG Bamberg, Beschluss vom 7.10.2013, 8 W 84/13, BeckRS 2013, 21195.

TAGUNGSBERICHT

Finanzierung der GmbH

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 6.11.2013

Von Jan Barth, München

Am 6.11.2013 fand die erste Tagung des Wintersemesters 2013/2014 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Finanzierung der GmbH“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Professor Dr. *Johannes Hager*, begrüßte das Auditorium und dankte Notarassessor *Benedikt Goslich*, Illertissen, der im Vorfeld der Tagung eine Einführungsveranstaltung für Studenten und Referendare abgehalten hatte. Wie bereits bei der vorangegangenen Tagung konnten so zahlreiche junge Teilnehmer auf die nachfolgenden Tagungsreferate vorbereitet werden. Sodann stellte *Hager* die Referenten, Professor Dr. *Mathias Habersack*, München, und Notar Dr. *Bernhard Schaub*, München, vor.

Der Titel des Referats von *Habersack* lautete „Grundsatz- und Anwendungsfragen des Rechts der Gesellschafterdarlehen“. Seine Ausführungen begannen mit einer kurzen Darstellung der Lufttaxi-Entscheidung aus dem Jahre 1959, in welcher der BGH erstmalig die damaligen §§ 30, 31 GmbHG analog auf ein in der Krise der Gesellschaft zurückgewährtes Gesellschafterdarlehen angewendet habe.¹ *Habersack* erwähnte in diesem Zusammenhang, dass die Rechtsprechung den bilanziellen Vorteil, welchen die Gesellschaft dadurch erlange, nämlich die Befreiung von einer Verbindlichkeit, generell unberücksichtigt lasse. *Habersack* ließ eine kurze Darstellung der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatz folgen. Auf diese Entwicklung habe der Gesetzgeber im Jahre 1980 mit den Novellenregelungen der §§ 32a, b GmbHG reagieren wollen, indem er das Krisenmerkmal sowie das Verhalten eines ordentlichen Kaufmanns als Leitlinie in die Vorschrift aufgenommen habe. Jedoch habe die Rechtsprechung die Novellenregeln von Beginn an lediglich als Ergänzung zum bisherigen Prinzip des Eigenkapitalersatzrechts verstanden, so dass diese weitgehend verdrängt worden seien.

Habersack kam sodann auf die Reform des GmbHG durch das MoMiG im Jahre 2008 zu sprechen. Ziel des Gesetzgebers sei es ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs gewesen, durch die Streichung des Krisenmerkmals und der Maßgeblichkeit des Finanzierungsverhaltens ordentlicher Kaufleute jedes Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz nachrangig werden zu lassen. Nach dem BGH sei die Neuregelung ein Instrumentarium rein insolvenzrechtlicher Natur und damit frei vom Gedanken der Finanzierungsfolgenverantwortung.² Das neue Recht abstrahiere von den Umständen des Einzelfalles zugunsten einer typisierenden Betrachtungsweise. Das Verhalten und die Motive des Gesellschafters würden nicht mehr bewertet. Vielmehr führe der Abzug eines Darlehens auch während einer „Krise“ der Gesellschaft lediglich zur Anfechtbarkeit. Folgenlos bleibe ein solcher Abzug jedoch dann, wenn er außerhalb der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO erfolgt sei. Durch die Verlagerung der Pro-

blematik in die Insolvenzordnung habe der Gesetzgeber in § 39 Abs. 4 InsO einen rechtsformneutralen Ansatz wählen und – aufgrund des deutschen Insolvenzstatuts – Auslandsgesellschaften mit hiesigem Verwaltungssitz einbeziehen können. Um keine Zweifel über die insolvenzrechtliche Verortung der Thematik aufkommen zu lassen, sei § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG zur Klarstellung für die Rechtsprechung geändert worden.

Sodann wandte sich *Habersack* der Legitimation der Neuregelungen zu. Da es den Gesellschaftern grundsätzlich freistehe, wie sie ihre Gesellschaft finanzieren, müsse der Nachrang von Darlehen in der Insolvenz gerechtfertigt werden. Die Rechtsprechung des BGH sei in dieser Frage nicht immer schlüssig. So betone der IX. Senat zwar, dass an das Krisenmerkmal oder an die fehlende Kreditwürdigkeit nicht mehr angeknüpft werden könne³ und auch die privilegierte „Insiderstellung“ des Gesellschafters bzw. sein daraus resultierender Informationsvorsprung den Nachrang nicht zu erklären vermöge,⁴ da es sich eben um ein Instrumentarium rein insolvenzrechtlicher Natur handle.⁵ Die Anfechtung beschränke sich daher nicht mehr auf Fälle eigenkapitalersetzender Darlehen. Derselbe Senat äußere jedoch an anderer Stelle die Vermutung, die Legitimationsgrundlage des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO harmonisiere mit der des alten Rechts in Gestalt der Finanzierungsfolgenverantwortung; der anfechtungsrechtliche Regelungszweck leite sich aus dem gesellschaftsrechtlichen Näheverhältnis des über die finanzielle Lage regelmäßig wohlinformierten Gesellschafters zu seiner Gesellschaft ab.⁶

Da die Rechtsprechung bislang keine eindeutige Antwort auf die Frage nach dem Normzweck der Neuregelungen gefunden habe, wandte sich *Habersack* in der Folge einem eigenen Ansatz zu. Die Nähebeziehung oder der Informationsvorsprung könnten eine nachrangige Behandlung von Darlehen in der Insolvenz allein nicht rechtfertigen, da beides für Personengesellschaften geradezu typisch, bei diesen jedoch ein entsprechender Nachrang nicht vorgesehen sei. Der Normzweck müsse daher an § 39 Abs. 4 Satz 1 InsO entwickelt werden. Das Gesetz stelle auf das Zusammentreffen von Fremdfinanzierung und Haftungsbeschränkung und damit auf die Gefahr einer nominellen Unterkapitalisierung ab. Es wäre daher unangemessen, so die Schlussfolgerung von *Habersack*, wenn ein Gesellschafter die Haftungsbeschränkung und entsprechende Gewinnchancen in Anspruch nähme, hinsichtlich des Darlehens jedoch den Rang eines gewöhnlichen Gläubigers einnehmen wolle.

³ BGH, Urteil vom 17.2.2011, IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 Rdnr. 25.

⁴ BGH, Urteil vom 17.2.2011, IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 Rdnr. 17.

⁵ BGH, Urteil vom 21.7.2011, IX ZR 151/10, BGHZ 190, 364 Rdnr. 18.

⁶ BGH, Urteil vom 21.2.2013 - IX ZR 32/12, BGH, ZIP 2013, 582 Rdnr. 18.

¹ BGH, Urteil vom 14.2.1959, II ZR 197/57, BGHZ 31, 258.

² BGH, Urteil vom 21.7.2011, IX ZR 151/10, BGHZ 190, 364 Rdnr. 30.

Nach seinen grundsätzlichen Ausführungen zu Zweck und Legitimationsgrundlage der Neuregelungen wandte sich *Habersack* den einzelnen Problemen in der Anwendung zu und kam auf den sachlichen Anwendungsbereich zu sprechen. § 135 Abs. 3 InsO enthalte nunmehr eine Sonderregelung für die Gebrauchüberlassung. Die stille Einlage eines GmbH-Gesellschafters stehe jedoch in ihrer Behandlung einem Darlehen gleich. Problematisch sei in diesem Zusammenhang vor allem die Behandlung von stehengelassenen Gewinn- und Abfindungsansprüchen. Zur Behandlung verbundener Unternehmen habe der bisherige § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG eine Generalklausel vorgehalten, die auch einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen dem Nachrang unterworfen habe. Der neue § 138 InsO sei insoweit jedoch unergiebig und unpassend. Ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs solle an § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. angeknüpft werden, so dass de facto die alten Rechtsprechungsregeln auch in personeller Hinsicht weiterhin gelten würden. So seien mittelbare Gesellschafter, die Einfluss auf Gesellschafter ausüben können, weitgehend einbezogen, was auch die Rechtsprechung so vollziehe. *Habersack* führte weiter aus, dass bei einer Legitimation der Vorschriften über das Privileg der Haftungsbeschränkung viel dafür spreche, eine Einschränkung hinsichtlich der mittelbaren Gesellschafter auf solche vorzunehmen, die auch ein Verlustrisiko tragen. Keinesfalls könnten nach den neuen Regeln sämtliche Darlehen im Unternehmensverbund erfasst sein. So solle weiterhin ein Darlehen an eine von einer gemeinsamen Mutter beherrschte Schwestergesellschaft nicht dem Nachrang unterliegen. *Habersack* schloss seine Ausführungen zu den verbundenen Unternehmen mit dem Hinweis, dass die Problematik eines „Großmutterdarlehens“, also eines Darlehens an eine beherrschte Tochtergesellschaft einer wiederum beherrschten eigenen Tochter, durch die Rechtsprechung bislang nicht geklärt sei.

Auch jenseits der verbundenen Unternehmen sei in personeller Hinsicht eine weitgehende Anknüpfung an die BGH-Judikatur zu § 32a Abs. 3 Satz 1 BGB zu verzeichnen. *Habersack* nannte etwa den atypischen stillen Gesellschafter, der einem Gesellschafter gleichstehe.⁷ Die Frage, ob auch der Nießbraucher eines Gesellschaftersanteils einem Gesellschafter gleich zu behandeln sei, sei bislang noch ungeklärt. *Habersack* selbst tendiere in diese Richtung. Familienmitglieder eines Gesellschafters könnten jedoch schon wegen Art. 6 Abs. 1 GG nicht pauschal als gesellschaftergleich behandelt werden. Schließlich äußerte *Habersack* noch Zweifel an der Rechtsprechung des BGH zum sog. atypischen Pfandgläubiger, der sich neben der Verpfändung des Gesellschaftersanteils weitere Befugnisse einräumen lasse, so dass seine Position der eines Gesellschafters wirtschaftlich nahekomme. Während die Rechtsprechung diesen hinsichtlich der Darlehens-

rückgewährung wie einen Gesellschafter behandle,⁸ sprach sich *Habersack* dafür aus, atypische Pfandgläubiger nicht als gesellschaftergleiche Dritte einzuordnen.

Zum Schluss seines Vortrags kam *Habersack* auf die Rechtsfolgen der Neuregelungen zu sprechen. Da der Nachrang der Forderung nunmehr in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO verortet sei, gebe es jenseits des § 64 GmbHG außerhalb der Insolvenz keine Rückzahlungssperre. Die Anfechtung von Befriedigungshandlungen nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO unterliege stets dem Vorbehalt des § 142 InsO. Bei einem Kontokorrentkredit unterliege damit nach zustimmungswürdiger Rechtsprechung nicht die Summe der einzelnen Rückführungen, sondern nur der höchste zurückgeführte Darlehensstand der Anfechtung. Schließlich kritisierte *Habersack* die Rechtsprechung des BGH, der eine Befriedigung im Wege des Zugriffs auf von der Gesellschaft gestellte Sicherheiten durch Anfechtung der Sicherheitenbestellung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 BGB zuließe.⁹ Dies sei wegen der Sperrwirkung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO abzulehnen.

Im Anschluss hielt *Schaub* sein Referat zum Thema „Kapitalmaßnahmen bei der GmbH“, wobei sich die Wiedergabe hier auf die Eckpunkte des Referats beschränkt.¹⁰ *Schaub* setzte sich intensiv mit den einzelnen Schritten einer Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen auseinander. Dabei fanden praktische Aspekte, wie etwa die Kapitalerhöhung um einen variablen Betrag, die Einlageleistung auf ein debitorisches Bankkonto sowie die Voreinzahlung auf künftige Kapitalerhöhungen, besondere Berücksichtigung. Hinsichtlich der Handelsregisteranmeldung wies *Schaub* darauf hin, dass es eines Nachweises der Bewirkung der Einlage nicht bedürfe, die Beifügung desselben jedoch zur Vermeidung späterer Beweisnöte sinnvoll sein könne. Im Rahmen seiner Darstellung der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen richtete *Schaub* ein besonderes Augenmerk auf die Problematik der Bewertung. Sein Referat enthielt weiter Hinweise auf den Umgang mit Unternehmergesellschaften und setzte sich mit der Frage auseinander, ob eine Kapitalherabsetzung bei einer GmbH ein Weg in die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft sein könne. *Schaub* rundete sein Referat mit Hinweisen zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ab.

Unmittelbar nach den beiden Vorträgen kam es zu einer intensiven Diskussion mit den Referenten, die zahlreiche Fragen des Auditoriums beantworteten. Bei einem anschließenden Empfang im Senatsaal der Ludwig-Maximilians-Universität hatten die Teilnehmer und Referenten die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

⁸ BGH, Urteil vom 13.7.1992, II ZR 251/91, BGHZ 119, 191.

⁹ BGH, Urteil vom 18.7.2013, IX ZR 219/11, BGH, ZIP 2013, 1579 Rdnr. 12 ff.

¹⁰ Die Schriftfassung des Referats von *Schaub* ist zur Veröffentlichung in einem der nächsten Hefte oder MittBayNot vorgesehen.

⁷ BGH, Urteil vom 28.6.2012, IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378.

BUCHBESPRECHUNGEN

Bärmann: Wohnungseigentumsgesetz. 12. Aufl., Beck, 2013. 1730 S., 139 €

Die Konkurrenz der Kommentare zum Wohnungseigentumsgesetz ist groß. Zu früheren Zeiten war es ganz selbstverständlich, zum „großen“ *Bärmann* (in Abgrenzung zum „kleinen“ *Bärmann/Pick*) zu greifen, wenn man eine verlässliche Antwort auf die vielfach schwierigen Fragen in dem komplexen Rechtsgebiet suchte. Dass nicht jede einzelne Kommentierung gleichermaßen gelungen war – *Kreuzer* sprach in dieser Zeitschrift vor zehn Jahren von „erheblichen Niveauunterschieden“ und „altbackenen“ Ausführungen (MittBayNot 2003, 479) –, war hinzunehmen, gab es doch lediglich den *Staudinger* als echte, wenn auch ungleich teurere Alternative. Spätestens seit im Zuge der WEG-Reform 2007 eine Vielzahl von Kommentaren auf den Markt gekommen ist, muss sich aber auch das nunmehr in 12. Auflage vorliegende Werk an den anderen Kommentaren ähnlichen Zuschnitts messen lassen, wobei hier insbesondere die Werke von *Jennißen*, *Riecke/Schmid* und *Timme* zu nennen sind.

Das gelingt mit der nunmehr 12. Auflage überzeugend. Der Kreis der Bearbeiter ist gegenüber der Voraufgabe unverändert geblieben, so dass sich die Neubearbeitung vor allem auf eine Überarbeitung und Aktualisierung der im Mai 2010 fertiggestellten Voraufgabe beschränkt.

Im Gesetzestext ist zunächst nur eine geringfügig erscheinende Änderung zu verzeichnen, nämlich die Verlängerung des Ausschlusses der Nichtzulassungsbeschwerde bis zum 31.12.2014 durch Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des BGB zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr und zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes vom 10.5.2012. Die der Entlastung des BGH dienende Änderung des § 62 Abs. 2 WEG ist erst im Rechtsausschuss des Bundestages auf das ganz anderen Zwecken dienende Gesetz aufgesattelt worden, um noch ein rechtzeitiges Inkrafttreten vor Erreichen des Ablaufdatums am 1.7.2012 zu erreichen. Eine umfassende Diskussion der Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit der weiteren Zugangsbeschränkung zum BGH konnte so kaum noch stattfinden. Die Regelung ist nicht ohne Brisanz, macht sie doch die Fortentwicklung des Wohnungseigentumsrechts durch höchstrichterliche Rechtsprechung von der (wohl recht unterschiedlichen) Zulassungspraxis der Landgerichte abhängig. Auch *Merle* beschränkt sich in seiner Kommentierung bei § 62 Rdnr. 5 leider auf eine bloße Aktualisierung des Enddatums für den Ausschluss der Nichtzulassungsbeschwerde (und übersieht dabei, dass auch § 26 Nr. 8 EGZPO 2011 entsprechend geändert wurde). Für eine 2014 eventuell anstehende weitere Verlängerung kann er deshalb keine Denkanstöße liefern.

Bei dem Bearbeitungsstand 1.2.2013 konnte naturgemäß die Änderung des § 22 Abs. 2 Satz 1 BGB durch das Mietrechtsänderungsgesetz vom 11.3.2013 nicht mehr in den Gesetzestext aufgenommen werden. Durch die Reform dürfte insbesondere durch die Verweisung in § 22 Abs. 2 WEG auf § 555b Nrn. 1 und 2 BGB auch für das Wohnungseigentumsrecht klargestellt worden sein, dass sowohl die Einsparung von nicht erneuerbarer Primärenergie als auch von Endenergie für die Annahme einer energetischen Modernisierung genügt, die – sonstige Voraussetzungen unterstellt – nunmehr mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden kann. Die Kommentierung von *Merle* bei § 22 Rdnr. 349, wonach der Einbau von Wärmepumpen und Photovoltaikanlagen nicht der Einsparung von Energie, sondern der Kosten der Energiebeschaffung dient und

demnach nicht als Modernisierungsmaßnahme mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden kann, muss wohl nunmehr mit einem Fragezeichen versehen werden. Im Hinblick darauf, dass die Neuregelung sich spätestens mit dem Regierungsentwurf vom 15.8.2012 zum Mietrechtsänderungsgesetz abgezeichnet hat, wäre an dieser Stelle aus heutiger Sicht ein vorausschauender Blick sicher wünschenswert gewesen.

Deutlich aktiver als der Gesetzgeber waren in den letzten drei Jahren Rechtsprechung und Schrifttum. Die Autoren verweisen zu Recht bereits im Vorwort auf die beachtliche Dynamik in allen Bereichen des Gesetzes. So betreffen wichtige Grundsatzentscheidungen des BGH keineswegs nur durch die WEG-Reform 2007 neu aufgeworfene Fragestellungen. Gerüttelt wurde auch an den sachenrechtlichen Zuordnungen zum Sonder- und Gemeinschaftseigentum. *Armbrüster* schließt sich dabei der nunmehr vom BGH in seinem Urteil vom 8.7.2011 (MittBayNot 2012, 212) vertretenen Ansicht an, die Heizkörper grundsätzlich zum Sondereigentum zählt, mit der Einschränkung, dass die Heizkörper nicht für die Funktion der Heizungsanlage insgesamt notwendig sind (§ 5 Rdnr. 88). Nicht ausreichend für die Annahme zwingenden Gemeinschaftseigentums ist nach seiner Auffassung offenbar, dass die verwendeten Heizkörper für die Funktion der Wärmemengenzähler oder anderer Messeinrichtungen erforderlich sind. Neue Entwicklungen vermeldet das Vorwort auch zu den Rauchwarnmeldern. Hier schließt sich *Armbrüster* der Auffassung an, dass diese Zubehör seien. Das Urteil des BGH vom 8.2.2013 (NJW 2013, 3092), das sich ebenfalls zu dieser Frage äußert, konnte dabei von ihm nicht mehr verarbeitet werden.

Ein weiteres Gebiet, in dem in den letzten Jahren bemerkenswerte Entwicklungen in der Rechtsprechung und Literatur stattgefunden haben, ist das Rechnungswesen der Wohnungseigentümergeinschaft. Die diesbezügliche Kommentierung des § 28 wurde von *Becker* übernommen und weist bereits in der Gliederung erhebliche Unterschiede zur Voraufgabe auf, in der noch *Merle* für die Vorschrift verantwortlich war. Aber auch inhaltlich weichen die Ansichten *Beckers* ab: Bei der Haftung des Erwerbers von Wohnungseigentum schließt er sich der vom BGH vertretenen Fälligkeitstheorie uneingeschränkt an. So vertritt er u. a. entgegen *Merle* (Voraufg. § 28 Rdnr. 152) nicht mehr, dass Erwerber und Veräußerer für Beitragsrückstände bei einem Eigentümerwechsel gesamtschuldnerisch haften, sondern nimmt die alleinige Haftung des Veräußerers an (§ 28 Rdnr. 67, ebenso nunmehr BGHZ 193, 219). *Becker* stellt auch die aktuelle Rechtsprechung des BGH (NJW 2012, 1434) zur Heizkostenabrechnung verständlich dar, verzichtet aber darauf, die komplizierte Materie durch ein Muster zu verdeutlichen (§ 28 Rdnr. 125 f.).

Die Liste der aktualisierten und geänderten Passagen gegenüber der Voraufgabe ist natürlich deutlich länger und zieht sich durch die gesamte Kommentierung. Der Klappentext weist noch auf die Änderungen der Kostenverteilung, bei Hausgeldansprüchen in der Insolvenz eines Wohnungseigentümers, bei baulichen Änderungen und Modernisierungen, beim Stimmrecht und bei der Abrechnung der Instandhaltungsrücklage hin. Der hier gegebene, lediglich punktuelle (und subjektive) Einblick kann als Beleg für die Aktualität des Kommentars dienen, zeigt aber zugleich die weiterhin hohe „Schlagzahl“ grundlegender Entscheidungen im Wohnungseigentumsrecht.

Der Kommentar präsentiert sich damit im Ergebnis als zuverlässiges Nachschlagewerk, das sich sowohl für den ersten Zugriff als auch zur wissenschaftlichen Vertiefung sehr gut

eignet. Seine Stellung als Standardwerk wird er so zu Recht gegenüber der Konkurrenz behalten können. Für den WEG-Praktiker – auch für den Notar – ist die Anschaffung der aktu-

ellen Auflage wegen der Vielzahl von Neuerungen in jedem Fall eine lohnende Investition!

RiLG Dr. *Hendrik Schultzky*, Fürth

Heinemann (Hrsg.): Kölner Formularbuch Grundstücksrecht. Carl Heymanns, 2013. 1401 S. + jBook und CD-ROM, 139 €

Eine Neuerscheinung auf dem Kerngebiet der notariellen Fachliteratur steht vor der Herausforderung, sich gegen die etablierten Werke Gehör verschaffen zu müssen. Dies sieht auch der Herausgeber, der im Vorwort betont: „Im Vordergrund steht (...) weniger, dem Kanon der bestehenden Notarhandbücher und Musterkommentare ein weiteres Werk hinzuzufügen. Vielmehr wollen die Verfasser neue Wege beschreiten, sie wollen den Leser dazu anregen, die überkommenen Vertragsformulierungen zu überdenken und die Verwendung bislang ungebräuchlicher Rechtsinstitute zu erwägen.“

Dieser Herkulesaufgabe stellen sich 19 überwiegend im süddeutschen Raum ansässige Notare und Notarassessoren. Sie geben dem Praktiker zahlreiche Musterformulierungen an die Hand, die über CD-ROM und jBook unkompliziert in die eigene Sammlung übernommen werden können. Dem technisch aufgeschlossenen Notar bietet das jBook einen echten Mehrwert: Nach der Registrierung auf jurion.de kann das Buch freigeschaltet und mittels Suchfunktion schneller als über jedes herkömmliche Stichwortverzeichnis durchsucht werden. Sämtliche Gesetzeszitate, Urteile und Formulierungsmuster sind im jBook verlinkt, vom Leser also nur einen Mausklick entfernt.

Bedauerlich, aber ohne Zweifel der hohen Anzahl von Autoren geschuldet, ist, dass die Bearbeitung der einzelnen Themen unterschiedlich detailliert ausfällt und gelegentlich der Aufbau des Werks uneinheitlich ist, zum Beispiel finden sich nur vereinzelt „Checklisten“ und nicht überall gibt es Erläuterungen zum Kostenrecht. Das Kölner Formularbuch steht auf dem Rechtsstand Oktober 2012. Mit Blick auf das neue Kostenrecht ist das unglücklich gewählt. Ausführungen hierzu beziehen sich – mit Ausnahme einiger Ausblicke von *Heinemann* auf das GNotKG – leider noch auf die KostO.

Was erwartet den Leser inhaltlich? Nach einer knappen Einleitung zur Vertragsgestaltung im Immobilienrecht (*Krafka/Seeger*) widmet sich das zweite Kapitel den unterschiedlichen Formen von Eigentum an Immobilien. Dabei stellt *Stöhr* das Wohnungs- und Teileigentum auf über 160 Seiten ausführlich dar und liefert zahlreiche Muster, auch zu Konstellationen wie der Aufteilung eines Doppelhauses, der Errichtung einer Mehrhausanlage oder für eine Regelung einer Duplex-Garage. Leider bleibt er die in Kapitel 2 Rdnr. 528 (S. 221) angekündigten Muster zum Mehrgenerationen-Haus und zum Betreuten Wohnen schuldig. Für das Problem, dass für nachträgliche Änderungen der Teilungserklärung die Zustimmung eingetragener Grundpfandrechtsgläubiger erforderlich ist und dies bei bereits absehbaren Änderungen einen erheblichen Aufwand bedeutet, macht *Stöhr* einen in der Praxis noch nicht getesteten Vorschlag: Grundpfandrechtsgläubiger könnten dem aufteilenden Eigentümer eine im Außenverhältnis umfassende, im Innenverhältnis eingeschränkte Vollmacht zur Abänderung der Teilungserklärung in grundbuchtauglicher Form erteilen (Kap. 2, Rdnr. 430 ff., S. 187). Das zweite Kapitel stellt außerdem seltenere Gäste des Notariats vor, wie

das Bergwerkseigentum, das Aufgebot des Eigentümers, die Aneignung durch den Landesfiskus oder den Verzicht.

Das dritte Kapitel wendet sich den grundstücksgleichen Rechten zu. Der einleitende Beitrag zum Erbbaurecht „basiert [sic!] auf Teil 2 Kapitel 5 (...) des Würzburger Notarhandbuchs“ (*Maaß*, Kap. 3, Fn. 1, S. 335). Es folgen Darstellungen des Dauerwohnrechts, der Fischereirechte und der Rechte an Schiffen und Luftfahrzeugen. Auch hier ist es ein Verdienst des Handbuchs, mit Mustern zu weniger geläufigen Rechtsgebieten aufzuwarten und sie mit dem nötigen rechtlichen Grundwissen zu untermauern. Im vierten Kapitel („Dingliche Rechte“) sind vor allem die praxisorientierten Darstellungen von Dienstbarkeit und Vorkaufrecht mit Querbezügen zum Kosten- und Steuerrecht positiv hervorzuheben (*Koller*). Die Erläuterungen zu Reallast, Hypothek und Grundschuld bieten naturgemäß wenig inhaltlich Neues, verschaffen aber dem Berufsanfänger einen gut lesbaren Überblick.

Es folgen in den Kapiteln fünf bis sieben Ausführungen zu den einzelnen Erwerbsformen: Erwerb durch Kauf (einschließlich Angebot/Annahme, Optionsvertrag, An- und Wiederkaufrecht, Teilflächen- und Mietkauf), durch Schenkung (Überlassung und Übergabe), Bauträgervertrag und sonstige Erwerbsformen wie Tausch, Auseinandersetzung, gesellschaftsrechtliche Erwerbsvorgänge, Zwangsversteigerung, insolvenzrechtliche Bezüge, Erwerb mit öffentlich-rechtlichem Bezug. Es liegt in der Natur der Sache, dass eine knappe Darstellung einzelner Themen – wie etwa des Bauträgervertrages (ca. 40 Seiten, bearbeitet von *Wochner*) – nicht in Konkurrenz mit etablierter Spezialliteratur treten kann.

Deutlich wird, was der Herausgeber mit der Zielsetzung im Vorwort meint, wenn *Heinemann* einen Kaufvertragsvorschlag präsentiert, in welchem Verkäufer und Käufer jeweils ihre Erklärungen in Ich-Form abgeben (Kap. 5, Rdnr. 5 ff., S. 674 ff.) und in welchem versucht wird, sprachlich dem juristischen Laien entgegenzukommen. Ein begrüßenswertes Vorhaben, ohne Zweifel! Aber können allein dadurch notarielle Kaufverträge verständlicher werden? Verursacht es nicht ebenso viel linguistischen Aufwand, stets klarzustellen, wer das jeweils sprechende „Ich“ ist? Und wie klänge etwa die Erklärung einer erwerbenden Gesellschaft in den Ohren eines Nichtjuristen („Ich, die GmbH, unterwerfe mich der sofortigen Zwangsvollstreckung“)? Stellenweise gewinnt man gar den Eindruck, die Verfasser haben es mit dem Liefern von Mustern allzu wörtlich genommen. So fragt man sich, welche Leserkreise mit dem „Formulierungsvorschlag: Urkundennummer“ (Kap. 5, Rdnr. 765, S. 850) angesprochen werden sollen.

Für eine Neuauflage bietet sich – das sei vornehmlich an den redigierenden Verlag gerichtet – eine sprachliche und Layout-technische Überarbeitung an, weil es nicht nur in der bayerischen Seele weh tut, wenn vom „Bayrischen OLG“ (*Stöhr*, Kap. 2, Rdnr. 599, S. 248) die Rede ist, sondern gelegentlich auch der ein oder andere Satz schlichtweg unverständlich wird. Der Fehlerleufel hat sich auffällig oft eingeschlichen. Zum Beispiel sind die Gliederungsebenen des Kapitels 4 E VII. 2. ff. im redaktionellen Bermuda-Dreieck verschwunden.

Fazit: Das Kölner Formularbuch bietet dem Einsteiger durch seine gute Lesbarkeit einen schnellen Überblick über einzelne Themenkomplexe und liefert zahlreiche Muster, mitunter auch zu ungewöhnlicheren Konstellationen. Ob es aber dem

„fortgeschrittenen“ Leser auch jede, in der Praxis auftauchende Spezialfrage beantworten kann, möge dahingestellt sein.

Notarassessorin *Katharina Langer*, Bad Griesbach

Winkler: Beurkundungsgesetz. 17. Aufl., Beck, 2013. 109 €

Mit der 17. Auflage bringt *Karl Winkler* seinen, nein *den* Standardkommentar zum BeurkG auf den Stand November 2012. Der Umfang ist auf stattliche 900 Seiten gewachsen, zu welchen ein ausführliches Stichwortverzeichnis von 40 Seiten hinzukommt.

Die umfangreichste Einzelkommentierung mit für sich über 100 Seiten findet man erwartungsgemäß zu § 17 BeurkG, hat sich diese Generalklausel zur Belehrungspflicht doch zum Einfallstor für Handlungsanforderungen aller Art an den Notar entwickelt (Rdnr. 219-271). Dies mag man zuweilen für überzogen halten (etwa Rdnr. 235a zur postulierten doppelten Belehrungspflicht bei ungesicherter Vorleistung). Andererseits rechtfertigt sich die notarielle Beurkundung in heutiger Zeit nicht mehr allein mit dem schriftlichen Niederlegen der Worte schreibkundiger Beteiligter. Auch muss jede Zeit den Schutzzweck der notariellen Beurkundung neu definieren. Während etwa ursprünglich bei §§ 313, 311c BGB a. F. der Grundstücksverlust als potenziell gefährlich angesehen wurde, steht heute sowohl in der überwiegenden Fallpraxis wie auch in der rechtspolitischen Diskussion der Erwerberschutz im Vordergrund. Dies führt zu einer neuen Erwartungshaltung an das Beurkundungsverfahren (Rdnr. 18-205).

Hier hat *Winkler* unter anderem die vereinzelt Überlegungen zur Anwendung der Wartefrist allein aufgrund einer Maklerklausel eingearbeitet (Rdnr. 98, 156) und zu Recht zurückgewiesen. Auch die Schuldübernahme im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge macht die (gemischte) Schenkung nicht zum Verbrauchervertrag gegenüber der Bank. Die Haftungsentscheidung des BGH, MittBayNot 2013, 325, zur fehlenden Parteidispositionsbefugnis über die Wartefrist kam zwar erst nach Redaktionsschluss der Besprechungsaufgabe, liegt aber ganz auf der bisherigen Linie und bestätigt die Aussagen des Kommentators (dort Rdnr. 194, 199).

Angesichts der rechtspolitisch diskutierten, dem § 17 Abs. 2a BeurkG zugrundeliegenden Fälle verdient gerade wegen einzelner Bemühungen um eine extensive Normanwendung der von *Winkler* geäußerte Gedanke Beachtung, dass primärer Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes nicht die Prüfung des juristischen Vertragsinhalts sei (Gestaltungsfehler wären ja bisher schon über die AGB-Kontrolle im Bauträgervertragsrecht oder die Notarhaftung abgewickelt worden), sondern dass die Entschleunigung der Klärung wirtschaftlicher Fragen dienen soll (Rdnr. 181). Die Verzögerung der Beurkundung dient als (zugegeben: funktionsfähige) Krücke zur Lösung ganz anderer Probleme.

Ebenso geht *Winkler* auf die bedenkliche Entscheidung des OLG Köln zur Gewährleistungsfreizeichnung zwischen Privatleuten bei neu hergestellten Bauobjekten ein (Rdnr. 255 ff.). Hier sieht er meines Erachtens im Anschluss an Überlegungen von *Brambring* (MittBayNot 2011, 480) die verbleibenden Gestaltungsoptionen zu positiv, hatte doch der Käufer selbst vorgetragen, die Freizeichnung verstanden zu haben. Dann können sich aber Formulierungsschwächen nicht ausge-

wirkt haben. Es geht vielmehr allein um den Unwillen der Rechtsprechung, diese Freizeichnung zu akzeptieren.

An Gesetzesnovellen war insbesondere die Einführung des Zentralen Testamentsregisters mit der beurkundungsrechtlichen Folgeänderung in § 34a BeurkG einzuarbeiten. Diese Norm ist in 35 Randnummern mit allen Facetten dargestellt. Zum Glück sind die Eingabemasken des Zentralen Testamentsregisters weitgehend selbsterklärend und ermöglichen eine gute Delegation dieser Tätigkeit an eingewiesene Mitarbeiter. *Winkler* gibt in diesem Zusammenhang (Rdnr. 13) die erwägenswerte Überlegung von *Diehn* wieder, über erfolgerelevante Urkunden hinaus zum Beispiel auch Pflichtteilsverzicht anzuzeigen, um die Verzichtsbegünstigten vor Vertuschung und Verschweigen der Urkunde zu schützen. Dies verlangt indes über eine Anzeige an das Zentrale Testamentsregister hinaus auch eine ergänzte Ausfertigungsanweisung nach § 51 BeurkG: Aufgrund der Verschwiegenheitspflicht will *Winkler* jedes Ablieferungsverlangen des Nachlassgerichts auf Erbfolgerelevanz überprüft wissen (Rdnr. 34); beim bloßen Pflichtteilsverzicht wäre ohne ausdrückliche Anweisung (§ 51 Abs. 2 BeurkG) dem Verlangen dann nicht nachzukommen.

Größere Beachtung wünsche ich den Überlegungen *Winklers* zur Erstellung elektronisch beglaubigter Abschriften und deren Rückverwandlung in Papierform (§ 39a Rdnr. 26 im Anschluss an *Malzer*, DNotZ 2006, 9). In eiligen Fällen einer Genehmigungsübermittlung habe ich hiervon Gebrauch machen wollen, bin aber am Unverständnis der jeweiligen Empfängernotariate gescheitert. Anstelle einer E-Mail mit den zwei Anhängen Dokumentdatei und Signaturdatei haben die Beteiligten stattdessen teures Geld für einen Übernachtkurier ausgegeben. Dessen Dienstleistung sollte allenfalls noch bei der Übermittlung von (gesetzlich verlangten) Ausfertigungen erforderlich sein: Elektronische Ausfertigungen sind (jedenfalls derzeit) technisch nicht herstellbar.

Ergänzend wäre in diesem Bereich dem Kommentar eine Stellungnahme zu den inhaltlichen, nicht bloß terminologischen Unterschieden zwischen beglaubigter Abschrift und Ausfertigung zu wünschen; dies auch vor dem Hintergrund der EU ErbVO, die zum Europäischen Nachlasszeugnis nur beglaubigte Abschriften (keine Ausfertigungen) kennt und deswegen in den ersten Stellungnahmen aus deutscher Sicht für Verwirrung gesorgt hat.

Insgesamt erweist sich das Werk als sichere Stütze in Beurkundungssituationen, die mit Routine allein nicht zu bewältigen sind. Angesichts reger Tätigkeit über Gesetzgebung im vergangenen Jahr (exemplarisch hier die verschärften Anforderungen im Rahmen des § 17 Abs. 2a BeurkG, die Möglichkeit der Vollmachtsbescheinigung in ihrem Konflikt zu § 12 BeurkG, die Rückverlagerung der Erteilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigungen auf den Notar gemäß § 797 ZPO n. F.) gilt jedoch: Nach der Neuauflage ist vor der Neuauflage! Man wünscht sich auch nach bereits 40-jähriger Betreuung des Werks weitere Denkanstöße und Hilfestellungen aus der Feder seines bewährten Kommentators.

Notar *Michael Volmer*, Starnberg

Fackelmann: Notarkosten nach dem neuen GNotKG. Nomos, 2013. 547 S., 48 €

Mit Inkrafttreten des Gesetzes über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare (GNotKG) im Sommer 2013 ist im notariellen Kostenrecht kaum ein Stein auf dem anderen geblieben. Neben manch anderen, schon aus der (kostenrechtlichen) Literatur bekannten Autoren, ist der bayerische Kollege Dr. *Christian Fackelmann* als Kommentator in den Vordergrund getreten. Neben dem von ihm und Kollegen Dr. *Jörn Heinemann* herausgegebenen Handkommentar, seiner Mitarbeit an dem neuen „Korinthenberg“ u. a. ist schon vor Inkrafttreten des Gesetzes selbst sein „Lehrbuch“ erschienen.

Das Werk gliedert sich in zwei Hauptbereiche. Nach einem kurzen Überblick zu Entstehungsgeschichte und Zielen der Reform des Notarkostenrechtes folgt ein großer erläuternder Teil mit zahlreichen Berechnungs- und Bewertungsbeispielen, dem eine Synopse zum Gerichts- und Notarkostengesetz angeschlossen ist.

Der Schwerpunkt liegt in den erläuternden Ausführungen, die alleine rund 350 Seiten beanspruchen. Sie beginnen mit einem mit „Allgemeiner Teil und Einführung in das GNotKG“ betitelten Abschnitt, in dem der Autor die für die notarielle Tätigkeit relevanten Grundlagen des Kostenrechts erläutert. Schon dieser „Allgemeine Teil“ hält sich dabei nicht in grundsätzlichen Überlegungen auf, sondern stellt durch zahlreiche Beispiele den Bezug zur Praxis her. Durch die gelungene redaktionelle Darstellung geht trotz der großen Zahl der exemplarischen Erläuterungen die Lesbarkeit und Übersichtlichkeit des Werkes nie verloren. Neben den Beispielen enthält die Darlegung zahlreiche Fälle, in denen sich neben einer Sachverhaltsdarstellung und einer in Tabellenform hervorgehobenen Muster-Kostenberechnung regelmäßig noch weiterführende Erläuterungen befinden, die für die Praxis wichtige, über den Einzelfall hinaus bedeutende Hinweise beinhalten. Durch dieses Nebeneinander von allgemeiner Darstellung und praktischer Umsetzung gewährt das Buch einen leichten Einstieg in die Grundlagen des GNotKG. Dabei sind „inhaltliche“ Darlegungen, insbesondere zu den – für den bisherigen Anwender der KostO neuen – Rahmengebühren, zu den Grundsätzen der Geschäftswertfindung und zu den Abgrenzungen der verschiedenen Tatbestände zueinander, ebenso zu finden wie Erläuterungen zu den „formalen Fragen“ des Kostenrechts, wie etwa zum Zitiiergebot, zu der seit 1.1.2014 nötigen Rechtsbehelfsbelehrung oder auch zu den möglichen Rechtsbehelfen selbst. In meinen Augen wird hier der „kostenrechtliche Einsteiger“ ebenso fündig wie der im Einzelfall Hilfe suchende fortgeschrittene Kostenrechtler.

Zahlreiche Beispiele erleichtern etwa die Anwendung des nicht auf den ersten Blick verständlichen Kataloges zu den Vollzugsgebühren (im Regelfall), wie er in der Vorbemerkung zu 2.2.1.1. Abs. 1 Satz 2 aufgeführt ist, und seinen „Sonderfällen“. Ähnliches gilt für die Darstellung zu den zwar alltäglichen, meines Erachtens aber doch gewöhnungsbedürftigen Vorschriften zur Dokumentenpauschale (in Papier und Elektronik), die Darlegungen zur Mehrheit von Erklärungen in einem Beurkundungsverfahren (Verschiedenheit oder Gegenstandsgleichheit der Beurkundungsgegenstände) oder auch zu der in dieser Form neuen Beratungsgebühr.

Diesem „Allgemeinen Teil“ folgen die „Erläuterungen und Fallbeispiele zu einzelnen notariellen Tätigkeiten“. Große Breite nehmen hier selbstverständlich, der praktischen Bedeutung folgend, Vorgänge im Grundstücksrecht ein. Über Erbrecht und Familienrecht sowie Handels-, Gesellschafts- und Umwandlungsrecht oder Entwurfsfragen bis hin zu einzelnen Bereichen, wie beispielsweise Vollmachten und Zustimmungen, Rechtswahlen, Verwahrungsgeschäften oder Verlosungen, erfahren alle relevanten Bereiche des notariellen Kostenrechts eine sprachlich gut verständliche und überzeugend gegliederte Behandlung. Mag in Einzelfällen auch ein Vorschlag diskutabel sein, so ist es dem Autor zweifellos geglückt, schon in einer der ersten Publikationen zum GNotKG zahlreiche der leider nicht wenigen Zweifelsfragen, die sich bei Anwendung des Gesetzes bieten, praktisch nachvollziehbaren, gut begründeten und abgewogenen Entscheidungen zuzuführen.

Dem Rechtsanwender schließlich, dem bei einzelnen kostenrechtlichen Fragestellungen zunächst (noch) die Bestimmungen der Kostenordnung in den Kopf kommen, leistet die Synopse im Schlussteil des Buches, die den Bestimmungen des „alten Rechts“ diejenigen des GNotKG und seines Kostenverzeichnisses gegenüberstellt, wertvolle Dienste.

Insgesamt zeigt sich in meinen Augen, dass das Werk von *Fackelmann* der Feder eines wahren Kenners der Materie entsprungen ist. Es kann nicht nur als „Lehrbuch“ zur Schaffung des nötigen Basis- und Alltagswissens dienen, sondern auch als Nachschlagewerk für zahlreiche Einzelfragen gute Dienste leisten. Es ist verständlich geschrieben, durch seinen überschaubaren Umfang praktisch gut nutzbar und voller Hilfestellung für den Praktiker. Besonders geglückt ist in meinen Augen die anwenderorientierte Gliederung, die das schnelle Auffinden der gesuchten Erläuterungen erleichtert. Kurz gesagt: Das Werk ist rundum gelungen. Seine Anschaffung kann jedem Rechtsanwender als Einstiegs- und Nachschlagewerk in Ergänzung zum bewährten „Streifenzug durch das GNotKG“ wärmstens empfohlen werden.

Notar Dr. *Thomas Baumann*, Würzburg

Ländernotarkasse (Hrsg.): Leipziger Kostenpiegel. Dr. Otto Schmidt, 2013. 1420 S., 79,80 €

Der Leipziger Kostenspiegel der Ländernotarkasse ist eine der zahlreichen begrüßenswerten Neuerscheinungen zum neuen Notarkostenrecht (GNotKG), welche rechtzeitig zum Inkrafttreten des neuen Rechts erschienen ist. Die Autoren kommen aus dem Kreis der Kostenrevisoren der Ländernotarkasse und haben in einem sehr umfangreichen Werk annähernd 1.000 Fälle aus ihrer Praxis ausgesucht und entspre-

chend kostenrechtlich aufgearbeitet. Die Besonderheit des Kostenspiegels besteht darin, dass alle Fallbeispiele in Form einer „spiegelbildlichen“ Gegenüberstellung stets nach neuem und altem Recht gelöst werden. Dies mag in der Anfangszeit der Umstellung von altem auf neues Recht durchaus hilfreich sein, um sich die Unterschiede zwischen KostO und GNotKG konkret vor Augen zu führen.

Eingeteilt ist das Werk in 28 Teile, welche übersichtlich thematisch geordnet sind und jeweils Standardkonstellationen,

aber auch ungewöhnliche Notariatsgeschäfte in Beispielfällen abhandeln. Vorangestellt ist eine allgemeine Einführung, welche unter anderem hilfreiche Muster einer Kostenrechnung – inklusive der ab 1.1.2014 obligatorisch werdenden Rechtsbehelfsbelehrung –, einer Vollstreckungsklausel und Schreiben zu gerichtlichen Kostenprüfungsverfahren enthält. Sodann werden nach Themen geordnet einzelne Notariatsgeschäfte behandelt, wobei das gesamte Spektrum, beginnend beim Grundstücksrecht, über Vollmachten, Erb- und Familienrecht sowie Gesellschaftsrecht, abgedeckt wird. Auch ungewöhnlicheren Geschäften, wie der Aufnahme von Wechsel- und Scheckprotesten, Verlosungen oder Tätigkeiten im Zusammenhang mit Schiffen, sind jeweils eigene Kapitel gewidmet.

Jeder Teil beginnt mit einer Inhaltsübersicht und einem Stichwortverzeichnis, welches das Auffinden der gesuchten Textstelle innerhalb der einzelnen Kapitel sehr einfach und handlich macht. Sodann folgt ein allgemeiner Überblick mit einer knappen Einführung in das Themengebiet, welche Ausführungen zu Gebührensatz, Geschäftswert, Gegenstandsgleichheit oder -verschiedenheit, Vollzugs-, Betreuungs- und Treu-

handtätigkeiten, unrichtiger Sachbehandlung, Gebührenermäßigung und nicht zuletzt sonstigen Besonderheiten enthält. Mithilfe der zahlreichen Übersichtstabellen hinsichtlich Gebührensatz und Geschäftswert kann man sich darüber hinaus einen schnellen Überblick verschaffen, um spontan verlangte Kostenauskünfte zutreffend zu erteilen.

Der Kostenspiegel eignet sich in Anbetracht seines großen Umfangs hervorragend als Nachschlagewerk. Im Unterschied zu einem Kommentar findet sich die Lösung zumeist in Form eines praktischen Fallbeispiels anstatt theoretischer Ausführungen. Beschränkt man sich auf die Lektüre des jedem Teil vorangestellten Überblicks, kann der Kostenspiegel durchaus auch als lehrbuchartige Einführung in das neue Kostenrecht dienen. Nicht zuletzt bietet das Werk eine Parallelbetrachtung von altem und neuem Recht, was jedenfalls demjenigen Leser, welcher das alte Recht gut beherrschte, durchaus einen Mehrwert bieten kann. Insgesamt ist das Werk eine echte Bereicherung der notariellen Kostenrechtsliteratur und kann damit uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Notarin *Stefanie Gläser*, Fürth

Moench/Hübner: Erbschaftsteuerrecht. 3. Aufl., Beck, 2012. 333 S., 34,90 €

Die notarielle Praxis bietet täglich Berührungspunkte mit der Erbschaft- und Schenkungsteuer, da besonders diese Steuer vielfältige Querbezüge zu nahezu allen Kernbereichen notarieller Tätigkeit aufweist. Regelmäßig konzentriert man sich indes unter Zuhilfenahme der einschlägigen Kommentare auf Einzelfragen, wobei die Gesamtheit dieses Steuerrechtsgebiets etwas aus dem Blick gerät. Wer hier Abhilfe sucht, dem sei das Praxislehrbuch von *Moench/Hübner* empfohlen, das sich an den rechtskundigen Leser ohne spezielle Vorkenntnisse richtet.

In seinen ersten drei Teilen widmet es sich den Grundlagen der Erbschaft- und Schenkungsteuer im Allgemeinen sowie besonderen Problemfeldern sowohl der Erbschaftsteuer wie auch der Schenkungsteuer. Da diese Teile aus der Feder von *Moench* stammen, ist für sie die Perspektive der Finanzverwaltung und damit die Sicht eines Praktikers prägend, der mit manch unterhaltsamem Detail aus dem Alltag der Veranlagung dieser Steuer aufwartet („Kein Abschnitt der Erbschaftsteuererklärung wird so sorgfältig ausgefüllt wie der zu den Nachlassverbindlichkeiten.“). Die Darstellung ist nicht nur didaktisch hervorragend gegliedert, sondern besticht durch zahlreiche Beispiele, Hinweise und Gestaltungsvorschläge, in denen die Steuerfolgen häufig auch quantifiziert werden. Deutlich wird, dass die Schenkungsteuer zwar nur ein Drittel zum Gesamtaufkommen beiträgt, als „lebendige Zwillingsschwester“ der Erbschaftsteuer indes die schwierigeren Fragen aufwirft (und mehr Gerichtsentscheidungen veranlasst). Angesprochen werden alle wesentlichen Berührungspunkte mit der notariellen Praxis, Grundstücksschenkungen ist ein eigener Abschnitt gewidmet. Hingewiesen sei auf zwei ambivalente, aber für das Schenkungsteuerrecht durch typische Gestaltungshinweise: Zur Güterstandsschaukel führt *Moench* bei Rdnr. 391 in wohlthuender Klarheit aus, dass die für dieses Modell prägende Kombination zweier güterrechtlicher Vereinbarungen keinen Gestaltungsmissbrauch (§ 42 AO) bedeute und diese Vereinbarungen ohne Einhaltung

einer „Schamfrist“ miteinander verbunden werden könnten; allein in Fußnote 110 ebenda findet sich die einschränkende Empfehlung, „vorsichtshalber“, zu einem gewissen Zeitabstand und zur Vereinbarung in getrennten Urkunden. In Rdnr. 476 wird für die „Kettenschenkung“ zutreffend das nach Ansicht des BFH maßgebliche, mit Urteil vom 18.7.2013, II R 37/11, DStR 2013, 2103, bestätigte Entscheidungskriterium der eigenen Dispositionsbefugnis des (Zwischen-)Beschenkten dargestellt, um dem Gestalter sogleich die Einhaltung eines „angemessenen Abstands“ zwischen den Schenkungsvorgängen zu empfehlen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Aussage *Moenchs* in Rdnr. 478, die „Kettenschenkung (werde) vom ErbSt-Finanzamt meist nur in stillem Ingrimme akzeptiert“.

Im vierten Teil stellt *Moench* knapp und übersichtlich die Regeln der erbschaftsteuerlichen Bewertung und Steuerverschonung ohne Unternehmensvermögen dar. Hingewiesen sei hier auf seine kritischen Anmerkungen zur nach wie vor bestehenden Unterbewertung land- und forstwirtschaftlichen Vermögens.

Der von *Hübner* verfasste fünfte Teil zur Unternehmensnachfolge macht mehr als ein Drittel des gesamten Buches aus. In erstaunlich verdichteter Weise werden hier nicht nur die Grundlagen der Unternehmensnachfolge mit ihrem diffizilen Zusammenspiel von Handels- und Gesellschaftsrecht mit der Erbschaft- und der Einkommensteuer dargestellt, sondern ebenso die Unternehmensbewertung wie auch das hochkomplexe System der Steuerverschonung, das uns das ErbStRG beschert hat. Fundamentalkritik bleibt nicht aus, der einleitende Abschnitt lautet bezeichnenderweise „Misslungene Neuregelung der Unternehmensnachfolge“. Die Lektüre ist so beeindruckend wie stellenweise entmutigend.

Jedem, der seine Kenntnisse im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht mit vertretbarem Aufwand erweitern und vertiefen will, sei diese kompakte, kompetente und wo nötig auch kritische Darstellung wärmstens empfohlen.

Notar Dr. *Benedikt Selbherr*, Weilheim i. OB

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB § 147 Abs. 2, § 308 Nr. 1, § 812 Abs. 1 Satz 1 (*Bindungsfrist bei Bauträgerverträgen*)

1. Auch bei finanzierten und beurkundungsbedürftigen Bauträgerverträgen kann der Eingang der Annahmeerklärung regelmäßig innerhalb eines Zeitraums von vier Wochen erwartet werden (§ 147 Abs. 2 BGB; Fortführung von Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873).

2. Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach denen der den Abschluss eines Bauträgervertrags Antragende an sein Angebot länger als drei Monate gebunden ist, sind stets mit § 308 Nr. 1 BGB unvereinbar.

3. Die auf der Anwendung der bereicherungsrechtlichen Saldotheorie beruhende Zug um Zug-Verurteilung hindert nicht die Zuerkennung von Prozesszinsen.

BGH, Urteil vom 27.9.2013, V ZR 52/12

Mit notarieller Erklärung vom 17.8.2004 gab der Kläger gegenüber der Beklagten ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags über eine Eigentumswohnung in einem noch zu sanierenden Mehrfamilienhaus zum Preis von 103.500 € ab. Darin heißt es unter anderem: „Ich biete hiermit der E den Abschluss des in der Anlage zu dieser Urkunde beinhalteten Kaufvertrages an, an das ich mich bis zum Ablauf des 31.12.2004 unwiderruflich gebunden halte. Nach Ablauf der Frist erlischt das Angebot nicht von selbst, kann jedoch von dem Anbietenden schriftlich widerrufen werden.“

Die Beklagte nahm das Angebot mit notarieller Erklärung vom 18.10.2004 an. Nach Zahlung des Kaufpreises und erklärter Auflassung wurde der Kläger als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Für das zur Finanzierung des Kaufpreises aufgenommene Darlehen zahlte er bis zum 31.5.2011 Zinsen i. H. v. 37.094,32 €. An Mieteinnahmen erzielte er insgesamt 10.764 €.

Gestützt auf die Ansicht, dass wegen verspäteter Annahme des Angebots kein Vertrag zustande gekommen sei, hat der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit Zug um Zug gegen Rückübertragung des lastenfreien Wohnungseigentums und zur Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten sowie die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten beantragt. Das LG hat der Klage stattgegeben. Das OLG hat den Rückzahlungsbetrag um die erzielte Nettomiete abzüglich nicht umlagefähiger Nebenkosten auf 94.744,44 € nebst Zinsen von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit der Klage reduziert und die weitergehende Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel der Klageabweisung weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels. Im Wege der Anschlussrevision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, will er die vollständige Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen.

Aus den Gründen:

I.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts (dessen Entscheidung in MDR 2012, 630 f., veröffentlicht ist) hat der Kläger einen Anspruch auf Rückerstattung des um die Mieteinnahmen reduzierten Kaufpreises nebst Prozesszinsen aus ungerechtfertigter Bereicherung Zug um Zug gegen Rückübertragung des Wohnungseigentums, weil der Kaufvertrag nicht zustande gekommen sei. Die in dem Vertragsangebot enthaltene Bindungsfrist für den Kläger sei unangemessen lang. Die Beklagte habe das Angebot nicht rechtzeitig angenommen. Ihre

als neues Angebot geltende Annahmeerklärung habe der Kläger nicht angenommen. Der Bereicherungsanspruch sei nicht verjährt und nicht verwirkt. Die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten müsse die Beklagte als Schadensersatz erstatten. Der Zinsanspruch ergebe sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB.

Die dagegen gerichteten Rechtsmittel sind unbegründet.

II.

Revision der Beklagten:

1. Zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, dass der Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises hat (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB). Zwischen den Parteien ist kein Vertrag zustande gekommen, so dass die Kaufpreiszahlung ohne Rechtsgrund erfolgte. Die Beklagte hat das Angebot des Klägers vom 17.8.2004 nicht rechtzeitig angenommen. Zwar hat sie die Annahme innerhalb der in dem Angebot enthaltenen Bindungsfrist erklärt. Aber die Klausel über diese Frist, die sich aus ihrem Wortlaut heraus verständlich und sinnvoll von der nachfolgenden Fortgeltungsklausel trennen lässt, so dass es auf deren Wirksamkeit oder Unwirksamkeit nicht ankommt (vgl. nur BGH, Urteil vom 13.1.2010, VIII ZR 48/09, NJW 2010, 674 Rdnr. 13), ist nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam. Das hat nach § 306 Abs. 2 BGB zur Folge, dass für die Annahmefrist die gesetzliche Regelung in § 147 Abs. 2 BGB gilt. Danach erfolgte die Annahme des Angebots nicht rechtzeitig. Gemäß § 146 BGB war es in diesem Zeitpunkt bereits erloschen.

a) Nach der Feststellung des Berufungsgerichts handelt es sich bei der Bindungsklausel um eine von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB. Das legen auch die Parteien ihrer rechtlichen Beurteilung zugrunde. Folglich ist der Weg für eine Inhaltskontrolle dieser Vertragsabschlussklausel nach § 308 Nr. 1 BGB frei (Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rdnr. 7).

b) Unter Berücksichtigung der für den Vertragsgegenstand typischen Umstände ergibt die Abwägung der Interessen der Verhandlungspartner (vgl. BGH, Urteil vom 13.9.2000, VIII ZR 34/00, BGHZ 145, 139, 141 f. m. w. N.) hier, dass die in dem Angebot enthaltene Bindungsfrist von vier Monaten und zwei Wochen den Kläger unangemessen lang in seiner Dispositionsfreiheit beeinträchtigt hat und deshalb nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam ist. Denn die Frist geht wesentlich über den in § 147 Abs. 2 BGB bestimmten Zeitraum hinaus. Dass die Beklagte hieran ein schutzwürdiges Interesse hatte, hinter dem das Interesse des Klägers an dem baldigen Wegfall seiner Bindung zurückstehen musste mit der Folge, dass er nicht unangemessen benachteiligt wurde (vgl. Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, a. a. O., Rdnr. 8), ist nicht ersichtlich.

aa) Ausgangspunkt für die Prüfung der Unangemessenheit nach § 308 Nr. 1 BGB ist § 147 Abs. 2 BGB. Nach dieser Vorschrift kann der einem Abwesenden gemachte Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Bei der Bemessung der danach zu bestimmenden Annahmefrist, welche sich aus der Zeit für die Übermittlung des Antrags an den Empfänger, dessen Bearbeitungs- und Überlegungszeit sowie aus der Zeit für die Übermittlung der Antwort an den Antragenden zusammensetzt, und die mit der Abgabe des Angebots zu laufen beginnt (Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873, 2874 Rdnr. 11), ist ein objektiver Maßstab anzulegen.

bb) Gemessen an diesen Grundsätzen erachtet der Senat bei finanzierten und beurkundungsbedürftigen Verträgen über den Erwerb einer fertiggestellten Eigentumswohnung, deren Abschluss eine Bonitätsprüfung voraussetzt, eine Frist für den Eingang der Annahmeerklärung von vier Wochen als angemessen (Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, a. a. O., Rdnr. 11 m. w. N.). Die Frage, ob eine längere Bindungsfrist des Antragsenden bei Bauträgerverträgen anzuerkennen ist (siehe dazu OLG Nürnberg in *Bunte*, AGBE Band I Nr. 5 zu § 10 Nr. 1; OLG Dresden, BauR 2005, 559, 560; LG Frankfurt a. M. in *Bunte*, AGBE Band II Nr. 19 zu § 10 Nr. 1; *Bamberger/Roth/Becker*, BGB, 3. Aufl., § 308 Nr. 1 Rdnr. 9; *Staudinger/Coester-Waltjen*, BGB, 2006, § 308 Nr. 1 Rdnr. 11; *Graf von Westphalen in Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, AGBG, 2. Aufl., § 10 Nr. 1 Rdnr. 13; *Dammann in Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 5. Aufl., § 308 Nr. 1 Rdnr. 14; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl., Rdnr. 170 ff.; *Blank*, Bauträgervertrag, 4. Aufl., Rdnr. 1215; *Cremer/Wagner*, NotBZ 2004, 331, 333; *Eue*, MittBayNot 2007, 390, 391; *Walchshöfer*, WM 1986, 1041, 1044), hat der Senat bisher offengelassen. Er verneint sie nunmehr. Unter regelmäßigen Umständen kann auch derjenige, der einem Bauträger gegenüber ein Angebot abgibt, dessen Entscheidung innerhalb von vier Wochen erwarten. Es kann nämlich nach der Verkehrsanschauung nicht davon ausgegangen werden, dass ein Bauträger typischerweise beabsichtigt, erst dann über die Annahme des Angebots zu entscheiden, wenn ihm auch für einen Großteil der übrigen Einheiten des Bauprojekts bindende Angebote vorliegen. Ob die Realisierung eines Bauprojekts eine solche Platzierungsphase erfordert, hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere von der Finanzkraft des Bauträgers und den Vermarktungschancen des Vorhabens, ab. Aber auch bei Vorhaben, denen eine solche Phase vorausgeht, ist das Interesse des Bauträgers an einer längeren Bindung nicht durchgängig und damit typischerweise vorhanden; ist die Finanzierung bei einer Verkaufsquote von beispielsweise 60 % gesichert und diese Quote erreicht, entfällt es bei allen nachfolgenden Angeboten.

cc) Ob bei der Bestimmung, welche Frist angemessen im Sinne von § 308 Nr. 1 BGB ist, im konkreten Fall absehbare Verzögerungen zu berücksichtigen sind (vgl. Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, a. a. O., Rdnr. 12 m. w. N.), oder ob insoweit allein eine generalisierende und typisierende Betrachtung geboten ist (vgl. *H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Aufl., § 308 Nr. 1 BGB Rdnr. 11), bedarf hier keiner Entscheidung. Der Vortrag der Parteien ergibt nichts dafür, dass der Kläger wusste oder absehen konnte, dass die Beklagte für die Annahme des Angebots eine längere Zeit benötigte, als er unter regelmäßigen Umständen erwarten durfte. Nach seinem unwidersprochen gebliebenen Vortrag in der Berufungserwiderung, den das Berufungsgericht in seiner Entscheidung zusammengefasst wiedergibt, wurde er vor der Angebotsabgabe nicht über den nach Ansicht der Beklagten entscheidenden verzögernden Umstand informiert, dass zunächst Angebote zum Erwerb sämtlicher Einheiten vorliegen müssten, bevor die Beklagte das Angebot annehmen konnte. Allein wegen des Charakters des Projekts als steuerbegünstigte Kapitalanlage musste der Kläger nicht mit Verzögerungen bei der Angebotsannahme rechnen, weil er keine Kenntnis von dem Vorbereitungsstand der Projektdurchführung hatte. Nach dem in dem Berufungsurteil ebenfalls wiedergegebenen Vortrag der Beklagten in der Berufungsbegründung wusste der Kläger lediglich, dass nicht nur innerhalb der Angebotsfrist die von ihm benötigte und von der Beklagten beschaffte Finanzierung zu bewerkstelligen war, sondern auch, dass aufgrund der Besonderheiten der steuerlichen För-

derung des Erwerbs nach § 7i EStG mit der Durchführung von Sanierungsarbeiten erst nach dem Verkauf sämtlicher Wohneinheiten in dem Objekt begonnen werden konnte. Unabhängig davon, ob die zu dem frühestmöglichen Beginn der Sanierungsarbeiten vertretene Ansicht der Beklagten zutrifft, spricht auch dieser Vortrag nicht dafür, dass der Kläger die zu der Verzögerung bei der Abgabe der Annahmeerklärung führenden Umstände vorhersehen konnte. Aus seiner Sicht musste die Beklagte innerhalb des regelmäßigen Annahmetermins von vier Wochen nicht ihre Erfüllungsfähigkeit herstellen, sondern sich nur darüber klar werden, ob sie gewillt und in der Lage sein würde, den Vertrag entsprechend den in dem Angebot enthaltenen Modalitäten zu erfüllen.

dd) Geht die Bindungsfrist – wie hier – wesentlich über den in § 147 Abs. 2 BGB bestimmten Zeitraum hinaus, stellt dies nur dann keine unangemessene Benachteiligung dar, wenn der Verwender hierfür ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann, hinter welchem das Interesse des Kunden an dem baldigen Wegfall seiner Bindung zurückstehen muss (Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rdnr. 8).

(1) Auf dieser Grundlage hat die in dem Angebot des Klägers enthaltene Bindungsfrist von vier Monaten und zwei Wochen keinen Bestand. Zwar sollte hier – anders als in dem der bereits mehrfach genannten Senatsentscheidung vom 11.6.2010 zugrundeliegenden Fall – kein Kaufvertrag über eine bereits fertiggestellte Wohnung geschlossen werden. Das in einem denkmalgeschützten Gebäude gelegene Kaufobjekt musste – ebenso wie die 13 anderen Einheiten – in einer der Errichtung nahekommenden Art und Weise saniert werden, um es in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen. Im Hinblick auf die mit dem Erwerb erstrebten Steuervorteile durften die Arbeiten erst nach dem Vertragsschluss beginnen (§ 7i Abs. 1 Satz 5 EStG). Auch ist der Beklagten zuzugeben, dass die Durchführbarkeit des Gesamtprojekts von der Gesamtfinanzierung abhängt, welche erst gesichert erscheint, wenn eine Mindestanzahl von Wohnungen verkauft ist, und dass sich der für den Verkauf notwendige Zeitraum nicht sicher prognostizieren lässt. Schließlich trifft die weitere Ansicht der Beklagten, dass die Sicherung der Durchführung des Gesamtvorhabens und der steuerlichen Abschreibungsmöglichkeiten im wohlverstandenen Interesse sämtlicher Erwerber liege, ebenfalls zu.

(2) Selbst wenn dies ein schutzwürdiges Interesse des Bauträgers an der späten Annahme des Angebots begründen sollte, ist es aber nicht gerechtfertigt, den Interessenten formulärmäßig einer derart langen Bindungsfrist zu unterwerfen. Denn während dieser Zeit ist er nicht nur in seiner Dispositionsfreiheit bezüglich der Anlageentscheidung beschränkt, sondern er hat diese Freiheit überhaupt nicht. Die Reaktion auf eine bis kurz vor Fristablauf ausbleibende Annahmeerklärung dahingehend, sich nach einem anderen Objekt umzusehen und sich damit die Steuervorteile für das laufende Jahr zu sichern, ist ihm nicht möglich. Der Verkäufer ist dagegen völlig frei in seiner Entscheidung, ob er das Angebot annimmt oder nicht. Von letzterer Möglichkeit kann er nicht nur dann Gebrauch machen, wenn die Durchführung des Gesamtvorhabens nicht gesichert ist, sondern auch dann, wenn das Interesse an dem Erwerb der Wohnungen so groß ist, dass später gewonnene Kaufinteressenten einen höheren Preis akzeptieren als diejenigen, die bereits ein Angebot abgegeben haben. Diese einseitige Bevorzugung des Verkäufers wird – anders als die Beklagte meint – nicht dadurch kompensiert, dass für den Kaufinteressenten die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag erst begründet werden, wenn die Realisierung des Gesamtvorhabens und der steuerlichen Vorteile gesichert ist.

(3) Auch wenn der Bauträger ein schutzwürdiges Interesse an der über die gesetzliche Annahmefrist (§ 147 Abs. 2 BGB) hinausgehende Bindung hat, hinter welchem das Interesse des Antragenden an einer kurzen Bindung zurückstehen muss, darf die Bindungsfrist nicht länger als drei Monate sein. Ohne diese zeitliche Begrenzung der Frist ist der notwendige Ausgleich der beiderseitigen Interessen nicht möglich. Hält der Bauträger diese Frist für nicht ausreichend, darf er nicht den Weg der Sukzessivbeurkundung von Angebot und Annahme gehen. Vielmehr muss er sich für einen einaktigen Vertragsschluss entscheiden und versuchen, seine Interessen zum Beispiel durch die Vereinbarung einer Rücktrittsklausel zu wahren.

c) Eine geltungserhaltende Reduktion der somit unwirksamen Bindungsklausel auf den mit § 308 Nr. 1 BGB zu vereinbarenden Inhalt ist ausgeschlossen (§ 306 Abs. 2 BGB). Die durch die Unwirksamkeit entstandene Lücke kann nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung geschlossen werden, weil die Bindungsklausel als Vertragsabschlussklausel nicht Gegenstand eines Vertrags ist und eine sinnentsprechende Anwendung der Grundsätze von der ergänzenden Vertragsauslegung wegen des Vorrangs der Regelung in § 147 Abs. 2 BGB nicht möglich ist (Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873, 2874 Rdnr. 10). Das hat zur Folge, dass nicht nur die Bindung des Antragenden beseitigt wird, sondern der Antrag nicht mehr angenommen werden kann, weil er nicht mehr existent ist (Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, a. a. O., Rdnr. 15).

d) Die Annahme der gemäß § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot geltenden verspäteten Annahmeerklärung der Beklagten durch Schweigen des Klägers scheidet ebenso aus wie die schlüssige Annahme durch Zahlung des Kaufpreises und Durchführung des Vertrags. Denn dem Kläger war nicht bewusst, dass für das Zustandekommen des Vertrags möglicherweise noch eine Willenserklärung seinerseits erforderlich war (vgl. Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, a. a. O., Rdnr. 16 ff. m. umfangreichen w. N.).

2. Ebenfalls zu Recht vertritt das Berufungsgericht die Ansicht, dass der Bereicherungsanspruch des Klägers nicht verjährt ist. Er unterliegt der besonderen Verjährungsfrist von zehn Jahren nach § 196 BGB (vgl. Senat, Urteil vom 25.1.2008, V ZR 118/07, NJW-RR 2008, 824, 825), welche bei Klageeinreichung noch nicht abgelaufen war. Die Beklagte erhebt im Revisionsverfahren insoweit auch keine Einwände.

3. Den Ausschluss des Anspruchs gemäß § 814 BGB verneint das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei mit der Begründung, dass der Kläger bei Zahlung des Kaufpreises nicht gewusst habe, dass kein Vertrag zustande gekommen sei. Das nimmt die Beklagte ebenfalls hin.

4. Ohne Erfolg bleiben ihre Angriffe gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs durch den Kläger verstoße nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB).

a) Der Kläger hat sein Recht zur Rückabwicklung des nichtigen Vertrags nicht verwirkt.

aa) Ein Recht ist verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, und deswegen die spätere Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt; zu dem Zeitablauf müssen besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten

rechtfertigen, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen (st. Rspr., siehe nur Senat, Urteil vom 16.3.2012, V ZR 279/10, NJW 2012, 1796, 1798 f. Rdnr. 24).

bb) An solchen Umständen fehlt es hier. Der Kläger hat nur deshalb den Kaufpreis bezahlt und den Vertrag durchgeführt, weil er bis zu der Kenntnis von der Senatsentscheidung vom 11.6.2010 (V ZR 85/09, NJW 2010, 2873) von einem wirksamen Vertragsschluss ausgegangen war. Auch die Beklagte hatte und hat immer noch dasselbe rechtliche Verständnis. Die Vertragsabwicklung erschöpfte sich in der Erbringung der beiderseitigen – vermeintlichen – vertraglichen Leistungen. Die Beklagte hat somit keine Dispositionen in einem durch das unterbliebene Rückabwicklungsverlangen des Klägers begründeten Vertrauen getätigt. Das sieht sie nunmehr nicht anders.

b) Dem Rückabwicklungsverlangen steht – anders als die Beklagte meint – auch nicht der Einwand unzulässiger Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens entgegen. Von einem solchen Verhalten des Klägers kann solange keine Rede sein, wie er von dem Vorliegen eines wirksamen Vertrags ausgegangen ist. Dass der Kläger in diesem Glauben war, ist – entgegen der Ansicht der Beklagten – keine unzulässige Unterstellung. Eine bloße Unterstellung ist vielmehr die von dem Kläger bestrittene Behauptung der Beklagten, er habe sich bereits im Jahr 2004 unangemessen lange an sein Angebot gebunden gefühlt. Dafür, dass dies tatsächlich so war, fehlen jegliche Anhaltspunkte. Hinzu kommt, dass die Beklagte mit der Verwendung der unwirksamen Bindungsklausel gegen ihre vorvertraglichen Pflichten verstoßen hat und damit rechnen musste, der Kläger werde die Unwirksamkeit erst später erkennen und sich dann auf die verspätete Annahme des Angebots berufen. Auch dies schließt ein widersprüchliches Verhalten des Klägers aus (vgl. BGH, Urteil vom 12.3.2008, XII ZR 147/05, NJW 2008, 2254, 2256).

5. Gegen die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten in Bezug auf die Rücknahme der Wohnung und gegen ihre Verurteilung zur Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten erinnert die Beklagte nichts. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht gegeben.

6. Schließlich bleibt die Revision insoweit erfolglos, als sich die Beklagte gegen die Zuerkennung von Prozesszinsen auf den von ihr zu erstattenden Kaufpreis wendet. In diesem Punkt ist das angefochtene Urteil ebenfalls rechtlich nicht zu beanstanden. Zwar gibt es Prozesszinsen (§ 818 Abs. 4, § 291 BGB) erst ab der Fälligkeit der Schuld (§ 291 Satz 1 Hs. 2 BGB), und das in einer Zug um Zug-Verurteilung zum Ausdruck kommende Zurückbehaltungsrecht steht dem Eintritt der Fälligkeit entgegen (Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873, 2876 Rdnr. 30; BGH, Urteil vom 14.1.1971, VII ZR 3/69, BGHZ 55, 198, 200). Aber so verhält es sich hier nicht. Die Zug um Zug-Verurteilung der Beklagten beruht nicht auf einem Zurückbehaltungsrecht des Klägers, sondern ist lediglich die Folge der im Bereicherungsrecht geltenden Saldotheorie. Die wechselseitigen Bereicherungsansprüche können nicht isoliert geltend gemacht werden, sondern sämtliche Be- und Entreicherungsposten sind von vornherein zu saldieren, so dass nur ein einziger Bereicherungsanspruch in Höhe des Überschusses besteht (siehe nur Senat, Urteil vom 14.7.2000, V ZR 82/99, BGHZ 145, 52, 54 f.). Bei – wie hier – ungleichartigen Leistungen kann die Saldierung nur in der Weise erfolgen, dass dem Zahlungsanspruch des Klägers dessen Herausgabepflicht Zug um Zug gegenübergestellt wird. An der Einheitlichkeit des Anspruchs ändert das nichts. Dieser bleibt fällig, durchsetzbar und ist deshalb nach § 291 BGB zu verzinsen (vgl. Senat,

Urteil vom 25.1.2013, V ZR 118/11, NJW-RR 2013, 825, 826 Rdnr. 13 zu einem einheitlichen Schadensersatzanspruch).

III.

Anschlussrevision des Klägers:

Das Rechtsmittel ist unbegründet. Zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, dass der Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des Kaufpreises um die erzielte Nettomiete abzüglich nicht umlagefähiger Nebenkosten zu kürzen ist und die Beklagte die dem Kläger entstandenen Finanzierungskosten nicht erstatten muss.

1. Bei der bereicherungsrechtlichen Abwicklung eines durchgeführten, jedoch nicht zustande gekommenen gegenseitigen Vertrags begründen die beiderseitigen Vermögensverschiebungen (grundsätzlich) keine eigenständigen Herausgabeansprüche; vielmehr besteht von vornherein nur ein einheitlicher Anspruch auf Herausgabe des Überschusses der Aktiv- über die Passivposten, der dem Teil zusteht, zu dessen Gunsten sich ein Saldo errechnet (vgl. nur Senat, Urteil vom 14.7.2000, V ZR 82/99, BGHZ 145, 52, 54 f.). Dabei darf ein Käufer nicht ohne Weiteres sämtliche mit dem Kauf zusammenhängende Aufwendungen in das Abrechnungsverhältnis als entreichernde Posten einstellen; vielmehr ist zu prüfen, welcher Partei das jeweilige Entreicherungsrisiko zuzuweisen ist (Senat, Urteil vom 6.12.1991, V ZR 311/89, BGHZ 116, 251, 256).

Nach diesen Grundsätzen muss sich der Kläger auf den von der Beklagten zurückzugewährenden Kaufpreis die erzielten Mieterträge abzüglich nicht umlagefähiger Nebenkosten anrechnen lassen (§ 818 Abs. 1 und 2 BGB). Das stellt er auch nicht in Abrede. Vielmehr wendet er sich gegen die Anrechnung ohne Berücksichtigung seiner Finanzierungskosten. Damit hat er jedoch keinen Erfolg. Denn die Finanzierungskosten sind nicht als entreichernde Posten in die Saldierung einzubeziehen, weil nach der Interessenlage der Kläger insoweit das Entreicherungsrisiko trägt (Senat, Urteil vom 6.12.1991, V ZR 311/89, a. a. O., 256 f.; Urteil vom 14.7.2000, V ZR 82/99, BGHZ 154, 52, 56).

An diesem Ergebnis ändert nichts, dass der Kläger die Mieterträge nur erzielt hat, weil er die Wohnung gegen Zahlung des finanzierten Kaufpreises erworben hat. Denn der Kausalzusammenhang zwischen Vermögenszuwachs und Vermögensverlust ist nur eine Voraussetzung für die Berücksichtigung einzelner Posten bei der Saldierung. Davon unberührt bleibt der Gesichtspunkt der Risikoverteilung, der sich hier – siehe vorstehend – zulasten des Klägers auswirkt.

2. Dem Kläger steht auch kein aufrechenbarer Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte auf Erstattung der Finanzierungskosten wegen Verschuldens bei Vertragsschluss (§ 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 BGB) zu, den er in die Saldierung einbeziehen könnte (vgl. Senat, Urteil vom 14.7.2000, V ZR 82/99, a. a. O.). Zwar entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass die Verwendung unwirksamer Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu einer Haftung nach dieser Anspruchsgrundlage führen kann. Aber zu erstatten sind nur solche Schäden, welche gerade durch die Unwirksamkeit der Klausel verursacht worden sind und deren Realisierung die verletzte Norm verhindern soll. Das trifft für die von dem Kläger geltend gemachten Finanzierungskosten nicht zu; denn sie resultieren nicht aus der zu langen Bindungsfrist in dem Angebot, sondern beruhen ausschließlich auf seiner früheren Ansicht, dass mit der Annahmeerklärung der Beklagten ein Vertrag zustande gekommen sei (siehe zu allem Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873, 2875 Rdnr. 24 f.).

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Herrler*, MittBayNot 2014, 109 (in diesem Heft)

2. BGB § 138; BeurkG § 54a (*Sittenwidrigkeit der Veräußerung eines Grundstücks mit Rückkaufsoption*)

Ein Kaufvertrag über ein Grundstück zur Abwendung der Zwangsversteigerung ist gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn der Käufer die Zwangslage des Verkäufers ausnutzt, indem er ihn durch Einräumung einer Rückkaufsoption, die der Verkäufer aus tatsächlichen wie aus rechtlichen Gründen nahezu nicht ausüben kann, zum Vertrag veranlasst.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 28.1.2013, 23 W 5/13

Der Antragsteller war Eigentümer des Grundstücks O-Straße in Stadt 1, für welches am 10.1.2012 Zwangsversteigerungstermin anstand. Das Grundstück ist bebaut mit einem Objekt, in welchem sich 39 Kleinwohnungen befinden. Dieses hatte der Antragsteller an Herrn Z1 verpachtet. Über diesen kam der Antragsteller letztlich in Kontakt mit der Antragsgegnerin zu 1, deren Gesellschafter die Antragsgegnerinnen zu 2 und 3 sind. Diese stellte zunächst ein Darlehen in Höhe von 1,5 Millionen in Aussicht, um dann aber mitzuteilen, dass mangels Genehmigung kein Darlehen begeben werden könne, sondern ein Kaufvertrag mit einer Rückkaufoption für den Antragsteller geschlossen werden müsse. Letztlich schloss der Antragsteller mit der Antragsgegnerin zu 1 vor dem Notar N1 in Stadt 2 einen Kaufvertrag über die genannte Immobilie (URNr. ...1/2011), die nach dem Verkehrswertgutachten, welches im Rahmen des Zwangsversteigerungsverfahrens eingeholt worden ist, einen Verkehrswert von 2,1 Millionen hat, über 1,6 Millionen. In einer zweiten notariellen Urkunde (URNr. ...2/2011) wurde die Rückkaufoption vereinbart, die entweder nach sechs oder zwölf Monaten wahrgenommen werden konnte, wofür, wie auch für die weitere Nutzung des Objektes, der Antragsteller eine Vergütung an die Antragsgegnerin zu 1 zu zahlen hätte sowie aus dem Mietzins eine monatliche Vorauszahlung von 9.000 €. Des Weiteren erklärt sich die Antragsgegnerin zu 1 in dieser Urkunde bereit, an den Antragsteller oder einen von ihm zu benennenden Dritten das Grundstück zu übertragen, wobei kumulativ die nachfolgend genannten Voraussetzungen vorliegen müssen:

- a) Der protokollierte Kaufpreis gemäß vorgenanntem heutigem Kaufvertrag zuzüglich des zu nachstehend c) näher vereinbarten entsprechenden Entgeltes muss auf eine von dem amtierenden Notar oder seinem Vertreter im Amt noch einzurichtendes Notaranderkonto eingezahlt sein, und zwar nur unter Auflagen, die dieser heutigen Rückübertragungsoption und deren dann vorzunehmenden Abwicklung nicht entgegenstehen;
- b) dem Käufer müssen sämtliche Aufwendungen in den Vertragsbesitz ersetzt werden, insbesondere sämtliche Nebenerwerbskosten aus der vorgenannten diesamtlichen Kaufvertragsurkunde;
- c) von dem Verkäufer muss ein Entgelt für die Einräumung der Rückkaufsoption und die weitere Nutzung binnen sechs Monaten, gerechnet von heute an, von insgesamt 11 % und binnen zwölf Monaten, gerechnet von heute an, von insgesamt 16 %, jeweils ausgehend von dem vereinbarten Kaufpreis gemäß dem oben genannten heutigen diesamtlichen Kaufvertrag, an den Käufer gezahlt werden.

Belastungen muss der Verkäufer nur übernehmen, soweit sie bereits heute im Grundbuch eingetragen sind, oder mit seiner Zustimmung im Grundbuch eingetragen wurden. Der Käufer ist verpflichtet, einen notariellen Rückkaufvertrag über die Kaufsache mit dem Verkäufer zu unterzeichnen, sobald die in lit. a), b) und c) genannten Vergütungen auf einem Notaranderkonto des amtierenden Notars eingegangen sind, aus dem die hier vereinbarte Vergütung nebst Kaufpreis gezahlt werden kann.

Dem Antragsteller gelang es, mit der Firma B GmbH mit Sitz in Stadt 3 einen Kaufinteressenten zu finden, der einen Kaufpreis von 2,1 Millionen für das streitgegenständliche Grundstück zu zahlen bereit war. Auf Wunsch des Kaufinteressenten wurde dessen Hausnotar beauftragt, den Vertragsentwurf zu erstellen. Die Antragsgegnerin zu 1 ließ allerdings wissen, dass sie lediglich bereit sei, vor dem Notar N1 den Kaufvertrag zu schließen. Zudem erklärte sie mit Anwaltschreiben vom 21.8.2012 (Anlage K 13), dass sich ihre Forderung gegen den Antragsteller auf 2.060.548,50 € belaufe und sie erst bereit sei, den Kaufvertrag zu schließen, wenn dieser Betrag, wie vertraglich vereinbart, auf dem bei dem Notar N1 einzurichtenden Notaranderkonto hinterlegt worden sei. Mit Schreiben vom 3.10.2012 bestätigte der Geschäftsführer der Erwerbsinteressentin dem Antragsteller, dass der Bevollmächtigte der Antragsgegnerin zu 1, Rechtsanwalt R1, ihm am 24.9.2012 telefonisch signalisiert habe, dass die Antragsgegnerin nach Ablauf der Optionsfrist ggf. das streitgegenständliche Grundstück auch unmittelbar an die Firma B GmbH veräußern wolle. Dieser Sachverhalt ist glaubhaft gemacht durch eidstattliche Versicherung des Herrn Z1 vom 12.12.2012, der notariellen Urkunden ...3/2011 sowie ...4/2011 des Notars N1 in Stadt 2 sowie des Schreibens des Geschäftsführers der B GmbH, Z2, vom 3.10.2012. Der Antragsteller geht davon aus, dass der Kaufvertrag zwischen ihm und der Antragsgegnerin zu 1 einschließlich der Rückkaufsvereinbarung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sei und begehrt deshalb im Wege der einstweiligen Verfügung ein vorläufiges Verfügungsverbot für die Antragsgegnerin und die Eintragung dieser Verfügungsbeschränkung im Grundbuch. Das LG hat den Antrag zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass es an den tatsächlichen Voraussetzungen des Wuchertatbestandes fehle. Dieser Beschluss ist dem Antragsteller zu Händen seines Bevollmächtigten am 21.12.2012 zugestellt worden. Mit Schriftsatz vom 4.1.2013, eingegangen am selben Tag, hat er hiergegen sofortige Beschwerde eingelegt, der das LG nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

II.

Die sofortige Beschwerde ist form- und fristgerecht eingelegt (§ 569 Abs. 1 ZPO), mithin zulässig. Sie hat auch in der Sache Erfolg. Nach § 935 ZPO ist eine einstweilige Verfügung in Bezug auf den Streitgegenstand zulässig, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Auf der Grundlage des glaubhaft gemachten Vorbringens des Antragstellers ist der von ihm mit der Antragsgegnerin geschlossene Kaufvertrag einschließlich der Rückkaufsvereinbarung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig. Ein Rechtsgeschäft ist nach § 138 BGB nichtig, wenn es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren ist. Dabei sind nicht nur der objektive Inhalt des Geschäfts, sondern auch die Umstände, die zu seiner Vornahme geführt haben, und die von den Parteien verfolgten Absichten und Beweggründe zu berücksichtigen. Das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit und eine Schädigungsabsicht ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt, wobei dem gleich steht, wenn sich jemand bewusst oder grob fahrlässig der Kenntnis erheblicher Tatsachen verschließt (BGH, Urteil vom 10.10.1997, V ZR 74/96 m. w. N.). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Zutreffend ist allerdings das LG davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen des Wuchertatbestandes nach § 138 Abs. 2 BGB nicht vorliegen. Die Sittenwidrigkeit folgt vielmehr daraus, dass die Antragsgegnerin zu 1 die Notlage des Antragstellers ausgenutzt hat, um einen Vertragstext durchzusetzen, der ihm zwar formal eine Rückkaufoption einräumt, diese aber an Bedingungen geknüpft ist, die der Antragsteller aus tatsächlichen wie aus rechtlichen Gründen nicht erfüllen konnte. Die einzige Chance für ihn, das Grundstück zu retten, bestand in einem freihändigen Verkauf. Dem-

gemäß ist auch die Rückkaufsvereinbarung so ausgestaltet, dass die Antragsgegnerin zu 1 einen Kaufvertrag entweder mit dem Antragsteller oder dem von ihm zu benennenden Kaufinteressenten zu schließen verpflichtet ist. Nur mit dem Kaufpreis, den der Dritterwerber zahlen würde, wäre der Antragsteller auch in der Lage, die Vergütung, die er der Antragsgegnerin zu 1 neben der Rückzahlung des Kaufpreises zu bezahlen hätte, zu finanzieren. Zwar hat die Antragsgegnerin zu 1 ein legitimes Interesse daran, dass gewährleistet ist, dass der Antragsteller all ihre Forderungen ausgleicht und sie nur dann das Grundstück an ihn oder einen von ihm zu benennenden Dritten übertragen muss. Zur Sicherung der Ansprüche und Forderungen der Antragsgegnerin gegenüber dem Antragsteller ist es jedoch nicht erforderlich, dass der Betrag vorab auf einem Notaranderkonto hinterlegt wird. Der Antragsteller wäre allenfalls, wenn er im Lotto gewönne, in der Lage, diesen Betrag zu hinterlegen. Dass der Kaufinteressent bereit wäre, ohne selbst gesichert zu sein, den Kaufpreis für das Objekt vorab auf einem Notaranderkonto zu hinterlegen, kann nur als unrealistisch bezeichnet werden. Sollte der Grundstückserwerb finanziert werden, was die Regel sein dürfte, käme eine Vorauszahlung des Kaufpreises ohnehin nicht in Betracht. Damit aber noch nicht genug. Der Antragsteller weist zutreffend darauf hin, dass der Notar N1, bei dem nach dem Wortlaut der Rückkaufoption das Anderkonto einzurichten wäre, gegen § 54a BeurkG verstieße, wenn er das Geld annähme. Nach dem Willen des Gesetzgebers darf ein Notaranderkonto nur noch in Fällen eines besonderen Sicherungsbedürfnisses einer der Vertragsparteien eingerichtet werden. Anhaltspunkte dafür, wann ein berechtigtes Sicherungsinteresse zu bejahen ist, lassen sich dem Rundschreiben der Bundesnotarkammer vom 11.1.1996 (abgedruckt in *Weingärtner/Gassen*, DONot, 11. Aufl., Anh. 5) entnehmen. In diesem Schreiben hat die Kammer Fallkonstellationen gebildet, in denen nach ihrer Auffassung regelmäßig von einem Sicherungsinteresse auszugehen sein dürfte. Darunter fallen:

- Finanzierung des Kaufpreises durch mehrere Kreditinstitute, die nicht untereinander koordiniert werden können;
- keine Eintragung einer Auflassungsvormerkung möglich;
- keine Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld vor Kaufpreisfälligkeit möglich;
- Besitzübergang vor Kaufpreisfälligkeit;
- im Grundbuch ist ein Zwangsversteigerungsvermerk eingetragen;
- der Brief eines abzulösenden Grundpfandrechts ist nicht auffindbar.

Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Ein Notaranderkonto darf lediglich eingerichtet werden, wenn eine der Vertragsparteien ein besonderes Sicherungsinteresse hat, das demgemäß über das allgemeine Sicherungsinteresse hinausgehen muss (OLG Celle, Urteil vom 16.2.2011, Not 24/10, Rdnr. 66, zitiert nach Juris). Das Interesse eines jeden Grundstücksveräußerers besteht darin, den Kaufpreis hierfür zu erhalten, ehe er sein Eigentum verliert. Hier besteht die besondere Konstellation, dass die Antragsgegnerin zu 1 nach den internen Abreden mit dem Antragsteller lediglich Anspruch auf die Rückzahlung des von ihr bezahlten Kaufpreises nebst den vereinbarten Vergütungen für Einräumen der Rückkaufoption sowie der weiteren Nutzung des Objekts durch den Antragsteller hat. Da sie lediglich verpflichtet ist, einen Kaufvertrag zu schließen, wenn der Kaufpreis, den der Dritterwerber zu zahlen bereit ist, über ihren eigenen Forderungen liegt, hätte dem Sicherungsinteresse der Antragsgegnerin zu 1 problemlos dadurch

entsprochen werden können, dass der Kaufpreis in vollem Umfang an sie gezahlt wird und sie sich gegenüber dem Antragsteller verpflichtet, den Differenzbetrag zwischen ihren Forderungen gegen den Antragsteller und dem vom Dritterwerber gezahlten Kaufpreis an den Antragsteller auszukehren. Damit aber bleibt festzustellen, dass der Rückerberwerb der Immobilie durch den Antragsteller an tatsächlich wie rechtlich nahezu unmögliche Bedingungen geknüpft ist. Hierbei ist auch zu beachten, dass der Antragsteller eigentlich ein Überbrückungsdarlehen wollte, dann letztlich einen Kaufvertrag mit der Antragsgegnerin schloss, weil diese aus Rechtsgründen kein Darlehen ausreichen durfte, und er sich auf diese Abreden lediglich eingelassen hat, weil ihm dies als die letzte und einzige Chance erschien, die Zwangsversteigerung seiner Immobilie noch abwenden zu können. Auch die subjektiven Voraussetzungen sind gegeben, da die auf Antragsgegnerseite Handelnden Kenntnis von den Tatsachen haben, die den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründen. Auf der Grundlage des Vorbringens des Antragstellers ist damit der gesamte Grundstückskaufvertrag nebst Rückkaufoption nichtig. Nach seinem Vortrag ist nicht anzunehmen, dass der Antragsteller das Gesamtvertragswerk ohne den nichtigen Teil geschlossen hätte. Es war sein erklärtes Ziel und somit auch für die Antragsgegner erkennbar, das Grundstück in seinem Vermögen zu erhalten. Dass der Kaufvertrag, der im Übrigen ja auch schon auf die Rückkaufoption Bezug nimmt, in einer anderen Urkunde geschlossen wurde als die Rückkaufoption, steht dem nicht entgegen. Vielmehr ist aufgrund der Gesamtumstände davon auszugehen, dass die Vereinbarungen miteinander stehen und fallen sollen (vgl. BGH, NJW 1990, 1473; OLG Frankfurt, ZIP 2004, 1801; *Ellenberger in Palandt*, 72. Aufl., § 139 Rdnr. 5). Damit hat der Antragsteller auf der Grundlage seines Vorbringens das Eigentum an der streitgegenständlichen Immobilie nicht an die Antragsgegnerin zu 1 verloren, die jedoch als Grundstückseigentümerin eingetragen ist. Da sie aufgrund ihrer formalen Rechtsstellung das Eigentum an einen gutgläubigen Dritten übertragen könnte, besteht ein Verfügungsgrund im Sinn des § 935 ZPO. Im Übrigen hat der Antragsteller glaubhaft gemacht, dass die Antragsgegnerin bereits vor Ablauf der Optionsfrist am 16.12.2012, nämlich im September 2012, der Erwerbsinteressentin B GmbH die Veräußerung des Grundstücks telefonisch in Aussicht gestellt hat. Die Ansprüche gegen die Antragsgegnerinnen zu 2 und 3 ergeben sich aus deren Stellung als Gesellschafter der Antragsgegnerin zu 1. Deshalb war den Anträgen zu 1 und 2 zu entsprechen. Wegen § 922 Abs. 2 ZPO war es jedoch dem Antragsteller zu überlassen, für die Eintragung der Verfügungsbeschränkung im Grundbuch Sorge zu tragen. Der Antrag zu 4 ist aus § 890 ZPO begründet. Bezüglich der Streitwertfestsetzung war der Verkehrswert der Immobilie mit 2,1 Millionen gemäß § 6 ZPO zugrunde zu legen. Jedoch war wegen der Vorläufigkeit der Regelung im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens lediglich $\frac{1}{4}$ hiervon als Streitwert anzusetzen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 ZPO.

Anmerkung:

Die Entscheidung des OLG Frankfurt erging im einstweiligen Verfahren zum Schutz gegen eine drohende Verfügung über ein Grundstück durch die Erwerberin. Diese hatte gegenüber dem Veräußerer signalisiert, das streitgegenständliche Grundstück an einen Dritten zu veräußern, weswegen zu besorgen war, dass der Rückforderungsanspruch des Veräußerers nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB vereitelt würde (§ 935 ZPO). Während das LG Frankfurt den Antrag zurückgewiesen und der Beschwerde nicht abgeholfen hatte, entschied das OLG

Frankfurt zugunsten des Veräußerers und bejahte die Sittenwidrigkeit von Kaufvertrag samt Rückkaufoption.

1. § 138 BGB

Der Beschluss des OLG Frankfurt weist – wie die Vorinstanz – zunächst richtig darauf hin, dass der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB nicht einschlägig ist. Hierfür fehlt es schon am (objektiven) besonders groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung, bei dem üblicherweise die „Grenze des Doppelten“ gilt.¹

Das Gericht bejaht hingegen die Sittenwidrigkeit des Kaufvertrags samt Rückübertragungsoption nach § 138 Abs. 1 BGB damit, dass der Erwerber die Notlage des Veräußerers ausgenutzt hatte, um einen Vertragstext durchzusetzen, der diesem zwar formal eine Rückkaufoption einräumt, diese aber an Bedingungen knüpft, die der Veräußerer aus tatsächlichen wie aus rechtlichen Gründen nicht erfüllen kann.

Indem das OLG Frankfurt allein auf die undurchführbare Rückkaufoption abstellt, beruft es sich nicht auf die Figur des „wucherähnlichen Geschäfts“, bei der das Ausnutzen einer Zwangslage auch bei (nur) auffälligem Missverhältnis die Sittenwidrigkeit begründen kann, wenn weitere subjektive Momente – insbesondere eine verwerfliche Gesinnung – hinzukommen.² Denn unabhängig von der Frage, ob der Erwerb zu rund 76 % des Verkehrswertes hierfür ausreichend wäre,³ ist jedenfalls die letztlich undurchführbare Rückübertragungsoption als Vertragsklausel kein diesbezügliches subjektives Merkmal. Vielmehr müsste die dahinterstehende verwerfliche Gesinnung den Kaufvertrag – auch ohne (hypothetische) Rückkaufoption – sittenwidrig machen.

Grundsätzlich begründet sich die (Umstands-)Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung aller den Vertrag kennzeichnenden Umstände. Es geht um seinen aus der Zusammenfassung von Inhalt, Zweck und Beweggrund folgenden (inhaltlichen) Gesamtcharakter.⁴ Dabei beanstandete das Gericht, dass der Veräußerer das Grundstück nur hätte retten können, wenn er den Kaufpreis und die sonstigen Forderungen der Erwerberin vorab auf ein noch zu eröffnendes Notaranderkonto eingezahlt hätte. Dies sei ihm aber nicht möglich, da er die Erwerberin nur aus dem Kaufpreis, den er von einem Dritten erlangen würde, befriedigen könnte. Damit sei der Rückerberwerb der Immobilie aber an tatsächlich wie rechtlich nahezu unmögliche Bedingungen geknüpft. Der Veräußerer, der eigentlich ein Überbrückungsdarlehen wollte, das ihm aus rechtlichen Gründen aber nicht gewährt werden konnte,⁵ war faktisch dazu gezwungen, sich auf den letztlich „bedingungslosen“ Verkauf einzulassen, weil ihm dies als letzte und einzige Chance erschien, die Zwangsversteigerung seiner Immobilie abwenden zu können.

Nicht angesprochen wurde in diesem Zusammenhang das Verhältnis des § 138 BGB zu den Anfechtungstatbeständen. Dies verwundert insoweit, als die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts nach § 142 Abs. 1 BGB durchaus nahe lag: Wäre

¹ *Staudinger/Sack/Fischinger*, Neubearb. 2011, § 138 Rdnr. 208; *Palandt/Ellenberger*, 73. Aufl., § 138 Rdnr. 67.

² BGH, Urteil vom 2.7.2004, V ZR 213/03, NJW 2004, 2671, 2673; *MünchKommBGB/Armbrüster*, 6. Aufl., § 138 Rdnr. 114; *Palandt/Ellenberger*, 73. Aufl., § 138 Rdnr. 35.

³ Verneinend etwa BGH, Urteil vom 2.7.2004, V ZR 213/03, NJW 2004, 2671, 2673.

⁴ BGH, Urteil vom 7.6.1988, IX ZR 245/86, NJW 1988, 2599, 2602; BGH, Urteil vom 2.2.2012, III ZR 60/11, NJOZ 2013, 260, Rdnr. 20.

⁵ Mangels Erlaubnis des Erwerbers nach § 32 KWG.

dem Veräußerer gar nicht bewusst gewesen, dass er das Grundstück faktisch endgültig aus der Hand gegeben hat, hätte er sich mithin darüber geirrt bzw. wäre er über die Rückübertragungsmöglichkeit getäuscht worden, wäre dies eine Frage der §§ 119 ff. BGB. Da es sich wohl um einen unbeachtlichen Motivirrtum aufseiten des Veräußerers handeln würde, bliebe zu prüfen, inwieweit der Erwerber den Veräußerer über die Rückabwicklungsschwierigkeiten hätte aufklären müssen (Täuschung durch Unterlassen⁶). Insoweit wäre dann nur § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB einschlägig.⁷ Das Gericht musste daher offenbar davon ausgehen, dass sich der Veräußerer der faktisch fehlenden Rückübertragungsmöglichkeit bewusst war und die Sittenwidrigkeit (allein) aus den Umständen des Vertragsschlusses folgt.

2. § 54a BeurkG

Das OLG Frankfurt stützt sein Ergebnis auf ein weiteres Argument, namentlich darauf, dass der beurkundende Notar (bei dem auch das Aderkonto eingerichtet werden sollte) gegen § 54a BeurkG verstoßen würde, wenn er das Geld annähme, da es am erforderlichen Sicherungsinteresse fehle. Auch wenn es das Gericht so nicht ausdrücklich ausspricht, geht es offenbar davon aus, dass auch dies die Sittenwidrigkeit (mit-)begründet. Immerhin ist die Subsumtion des § 54a BeurkG systematisch in die Prüfung der objektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit eingebettet und beginnt die Passage mit den Worten „Damit [= fehlendes legitimes Sicherungsinteresse des Erwerbers, Anm. d. Verf.] aber noch nicht genug“.

Dies wirft interessante Fragen zum Verhältnis des notariellen Berufsrechts zu § 138 BGB auf:

§ 54a BeurkG ist kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB, da es sich nur um eine berufsrechtliche Vorschrift handelt, die allein den Notar adressiert. Verstöße führen nicht zur Unwirksamkeit der Verwahrung⁸ und erst recht nicht zur Unwirksamkeit des dahinterstehenden Rechtsgeschäfts, sondern haben nur dienst- und möglicherweise haftungsrechtliche Folgen (für den Notar).⁹ Daher kann ein Verstoß ein Rechtsgeschäft auch nicht in der Weise berühren, dass der berufsrechtliche Verstoß über den Umweg der Sittenwidrigkeit im Rahmen der Gesamtabwägung zur Nichtigkeit führt.¹⁰

Dies behauptet das OLG Frankfurt freilich auch nicht. Für die Sittenwidrigkeit sei vielmehr entscheidend, dass einer Vertragspartei eine Pflicht auferlegt wurde, die sie deswegen nicht erfüllen kann, weil sie eine Mitwirkung des Notars erfordert, die dieser (berufsrechtlich) ablehnen muss. Das mutet im konkreten Fall etwas merkwürdig an, als der Notar, der den Streitgegenständlichen Vertrag beurkundet hat, auch das Notaranderkonto zur Verfügung stellen sollte. Insoweit hätte der Notar von vornherein alternative Gestaltungsmöglichkeiten vorschlagen und die Beurkundung notfalls ablehnen müssen. Falls er den Vertrag dennoch beurkundet, später aber die Annahme des Geldes auf ein Notaranderkonto verweigern würde, verhält er sich widersprüchlich, sieht man in dem

⁶ Hierzu ausführlich *Staudinger/Singer*, Neubearb. 2011, § 123 Rdnr. 10 ff.

⁷ Ausführlich zum Verhältnis von § 138 BGB zu § 123 BGB: *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rdnr. 176 ff.

⁸ *Hertel* in *Würzburger Notarhandbuch*, 3. Aufl., Teil II Kap. 2 Rdnr. 618.

⁹ *Armbrüster/Preuß/Renner*, *BeurkG*, 6. Aufl., § 54a Rdnr. 5.

¹⁰ Zur Funktion der Sittenwidrigkeitskontrolle, anerkannte Ordnungen abzusichern: *MünchKommBGB/Armbrüster*, 6. Aufl., § 138 Rdnr. 40.

Ursprungsvertrag nicht ohnehin schon eine Annahme von Verwahrungsantrag und -anweisung.¹¹ Zwar wird man ein berufsrechtliches Verbot des *venire contra factum proprium* aufgrund der einschneidenden (berufs-)rechtlichen Konsequenzen und der daraus resultierenden Vertiefung des Verstoßes ablehnen müssen, doch hat sich der Notar schon bei der Beurkundung amtspflichtwidrig verhalten, da er für die Beteiligten berufsrechtlich undurchsetzbare Optionen beurkundet hat.

Aufgrund dessen zur Sittenwidrigkeit des Kaufvertrags samt Rückkaufoption zu gelangen, überzeugt allerdings nicht. Das Argument des OLG Frankfurt könnte letztlich in allen Fällen zur Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts führen, in denen § 54a BeurkG verletzt wurde, der beurkundende Notar Verwahrungsantrag und -anweisung aber noch nicht angenommen hat, beispielsweise weil die Verwahrung bei einem anderen Notar stattfinden soll. Dies würde die Grundaussage aushebeln, dass Verstöße gegen § 54a BeurkG nicht zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts führen.

3. Fazit

Die Sicherungsverfügung war bei entsprechender Glaubhaftmachung der Umstände gerechtfertigt. Sie zeigt, dass der Notar vor dem Hintergrund von § 14 Abs. 2 BNotO und § 4 BeurkG nicht nur auf das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung schauen darf. Die Ausführungen zu § 54a BeurkG überzeugen jedoch nicht. Ferner bleibt am Ende unklar, inwieweit sie für die Begründung der Sittenwidrigkeit tragend waren, was das Ergebnis der Entscheidung des OLG Frankfurt in Frage stellen könnte.

Notarassessor Dr. *Stephan Serr*, Fürstenfeldbruck

¹¹ Vgl. *Ganter/Hertel/Wöstmann*, *Handbuch der Notarhaftung*, 2. Aufl., Rdnr. 1571; auch *Grziwotz/Heinemann*, *BeurkG*, § 54a Rdnr. 49.

3. GBO § 12 Abs. 1; BGB §§ 2314, 2325 Abs. 1 (*Grundbucheinsichtsrecht des Pflichtteilsberechtigten bei Grundstücksveräußerung durch den Erblasser*)

Hat der Erblasser vor seinem Tod eine Eigentumswohnung an eine dritte Person übertragen, steht dem Pflichtteilsberechtigten ein Anspruch auf Erteilung eines Grundbuchsauszugs nebst Kopie des Kaufvertrages zu.

(**Leitsatz der Schriftleitung**)

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5.9.2013, 11 Wx 57/13

Der Antragsteller wendet sich gegen die Zurückweisung seines Antrags auf Erteilung eines Grundbuchsauszugs und Überlassung der Kopie eines Kaufvertrages.

Der Antragsteller ist der Sohn der am ... 2013 verstorbenen Frau A, die früher Eigentümerin des im Rubrum näher bezeichneten Grundbesitzes war. Am 26.4.2013 (As. 59) beantragte er unter Hinweis auf seine Stellung als gesetzlicher Erbe Erteilung eines Grundbuchsauszugs sowie Übersendung einer Kopie des Vertrages, „mit welchem die Verstorbene (...) Eigentum verloren“ habe; dazu trug er vor, die Erblasserin habe die Eigentumswohnung etwa im Jahre 2012 an eine dritte Person übertragen. Die Urkundsbeamtin des Grundbuchamtes teilte ihm daraufhin mit, dass eine Einsichtnahme nicht möglich sei, da die Verstorbene das Eigentum am 26.3.2012 aufgrund Verkaufs unter Fremden am 4.1.2012 verloren habe und ein berechtigtes Interesse an der Einsicht damit fehle (As. 63). Nachdem der Antragsteller gleichwohl an seinem Begehren festgehalten hatte, wies das Grundbuchamt diesen durch Beschluss des Rechtspflegers vom 10.6.2013

zurück (As. 75). Der Kaufvertrag zwischen der Verstorbenen und dem Erwerber sei offensichtlich ein Vertrag unter Fremden gewesen; er sei nämlich unter Vermittlung eines Maklers zustande gekommen. In derartigen Fällen werde die Entgeltlichkeit des Geschäfts vermutet, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte diese Vermutung widerlegten. Ein Anspruch des Antragstellers, dessen Verfolgung ihn zur Grundbucheinsicht berechtigten könne, sei vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich.

Dagegen richtet sich die Beschwerde des Antragstellers, der sich – nach Bekanntwerden eines Testaments – nunmehr auf ein ihm zustehendes Pflichtteilsrecht stützt. Aus diesem folge ein wirtschaftliches Interesse an der Grundbucheinsicht. Der Antragsteller ist der Auffassung, er müsse in die Lage versetzt werden, die vom Pflichtteilsergänzungsschuldner nach § 2314 BGB zu erteilende Auskunft selbst zu überprüfen. (...)

Aus den Gründen:

II.

(...)

Der Antragsteller hat nach § 12 Abs. 1 GBO Anspruch darauf, dass ihm ein Grundbuchauszug erteilt und eine Abschrift des Kaufvertrages überlassen wird, in dessen Vollzug seine Mutter das Eigentum an dem Grundbesitz verloren hat.

1. Einsicht in das Grundbuch und die Grundakten ist gemäß § 12 Abs. 1 und 2 GBO zu gewähren, wenn ein berechtigtes Interesse dargetan ist. Bei der Auslegung des Begriffs des berechtigten Interesses ist einerseits zu berücksichtigen, dass § 12 GBO in erster Linie nicht einen Geheimnisschutz bezweckt, sondern auf eine Publizität zielt, die über die rein rechtliche Anknüpfung an die Vermutungs- und Gutgläubensvorschriften der §§ 891 ff. BGB hinausgeht. Auf der anderen Seite ist das Grundbuchamt gehalten, das Vorliegen eines berechtigten Interesses genau zu prüfen, um Einsichtnahmen zu verhindern, durch die das schutzwürdige Interesse Eingetragener, Unbefugten keinen Einblick in ihre Rechts- und Vermögensverhältnisse zu gewähren, verletzt werden könnte. Danach ist das berechnete Interesse umfassender als ein rechtliches Interesse und setzt anders als dieses nicht voraus, dass schon ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen dem im Grundbuch Eingetragenen und demjenigen, der die Grundbucheinsicht beantragt, besteht. Dabei genügt zwar nicht jedes beliebige Interesse des Antragstellers, jedoch reicht es aus, wenn er ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse in glaubhafter Weise darlegt, wozu auch ein bloß tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse gehört. Entscheidend ist in der Regel letztlich das Vorbringen sachlicher Gründe, welche die Verfolgung unbefugter Zwecke oder bloßer Neugier ausgeschlossen erscheinen lassen. In Zweifelsfällen sind auch die Umstände in die Abwägung einzubeziehen, dass der in seinem informationellen Selbstbestimmungsrecht Betroffene grundsätzlich vor der Gewährung der Einsicht nicht gehört wird und ihm gegen die Gewährung auch kein Beschwerderecht zusteht (OLG Düsseldorf, BeckRS 2010, 26117 m. w. N.).

Nach diesen Grundsätzen steht dem Pflichtteilsberechtigten nach dem Tode des Erblassers grundsätzlich ein Recht auf Grundbucheinsicht zu, das aus seiner Gläubigerstellung gegenüber den Erben folgt (vgl. etwa OLG München, FamRZ 2013, 1070, juris, Rdnr. 8; ähnliche Konstellation bei LG Stuttgart, ZEV 2005, 313, juris, Rdnr. 9; BeckOK/Wilsch, GBO, Edition 18, § 12 Rdnr. 60 m. w. N.; Demharter, GBO, 28. Aufl., § 12 Rdnr. 12; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 525) Das kann auch gelten, wenn der Erblasser das Grundstück noch zu Lebzeiten veräußert hatte; in diesem Falle hat er nämlich einen Pflichtteilsergänzungsanspruch, sofern die Veräußerung vollständig oder teilweise auf-

grund einer Schenkung erfolgte (§ 2325 BGB; zur Anwendung dieser Vorschrift bei gemischten Schenkungen vgl. etwa BeckOK/J. Mayer, Edition 27, § 2325 Rdnr. 22).

Soweit Maaß (in Bauer/v. Oefele, GBO, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 38) abweichend hiervon die Auffassung vertritt, der Pflichtteilsberechnete sei auf seine Auskunftsansprüche gegen Erben und Beschenkte beschränkt und könne daher keine Grundbucheinsicht verlangen, vermag dies nicht zu überzeugen. § 12 GBO ist eine Einschränkung des Einsichtsrechts auf Fälle, in denen die benötigte Auskunft nicht anderweitig – etwa durch Einholung der Auskünfte Dritter – erlangt werden kann, nicht zu entnehmen. Zudem kann der Pflichtteilsberechnete gerade ein berechtigtes Interesse daran haben, die Richtigkeit einer ihm erteilten Auskunft durch eigene Einsichtnahme in das Grundbuch zu überprüfen.

2. Unter Anlegung dieses Maßstabs ist dem Antragsteller ein Grundbuchauszug zu erteilen und eine Abschrift der Eintragungsunterlage auszuhändigen, aufgrund derer seine Mutter das Eigentum an dem Grundstück verloren hat.

a) Der Antragsteller gehört als Sohn der Erblasserin nach § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten. Sollte seine Mutter das Eigentum an dem Grundstück aufgrund einer (gemischten) Schenkung verloren haben, kommt ein Pflichtteilsergänzungsanspruch (§ 2325 Abs. 1 BGB) daher grundsätzlich in Betracht. Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsteller auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet oder es sonst verloren haben könnte, gibt es nicht; eine Verjährung kommt angesichts dessen, dass die Erblasserin erst 2013 verstorben ist, nicht in Betracht.

b) Soweit der Antragsteller zunächst gegenüber dem Grundbuchamt geltend gemacht hatte, er sei gesetzlicher Erbe geworden, hat er in der Stellungnahme zu dem Abhilfebeschluss mittlerweile klargestellt, dass es zwischenzeitlich ein Testament bekannt geworden sei und er sich daher (nur) noch als Pflichtteilsberechtigter ansehe. Zweifel an der Glaubhaftigkeit seiner Angaben bestehen nicht.

c) Entgegen der Auffassung des Grundbuchamts kann die Einsichtnahme nicht mit der Begründung versagt werden, dass es an konkreten Anhaltspunkten für eine (Teil-)Unentgeltlichkeit des Geschäfts mangle, vielmehr die Entgeltlichkeit wegen der Beteiligung eines Maklers vermutet werde. Ein berechtigtes Interesse des Antragstellers an der Einsicht ergibt sich bereits aus seiner Stellung als Pflichtteilsberechtigter und dem Umstand, dass ein Anspruch auf Pflichtteilsergänzung grundsätzlich bei einer teilunentgeltlichen Veräußerung in Betracht käme. Es muss dem Antragsteller gestattet sein, selbst zu prüfen, ob es unter Berücksichtigung des Zustandekommens des Geschäfts und der vereinbarten Gegenleistung Anhaltspunkte für eine teilunentgeltliche Übertragung gibt. Eine solche Prüfung wird ihm als Angehöriger der Erblasserin auch eher möglich sein als dem Grundbuchamt, weil er nach Einsichtnahme voraussichtlich wird beurteilen können, ob es sich bei dem Erwerber um eine der Erblasserin bekannte Person handelte und ob der vereinbarte Kaufpreis der Lage, dem Zustand und der Ausstattung der Wohnung entsprach. Die Einsichtnahme in das Grundbuchamt kann zudem Ausgangspunkt für die Prüfung der Frage sein, ob der vereinbarte Kaufpreis der Erblasserin tatsächlich in voller Höhe zugeflossen und ggf. wo er verblieben ist.

d) Bei der Entscheidung über die Gewährung der Einsicht und somit bei der Auslegung des Begriffs des berechtigten Interesses muss das Recht der von der Einsicht Betroffenen – namentlich des Eigentümers – auf informationelle Selbstbestimmung berücksichtigt werden, da das Grundbuch und

insbesondere die Grundakten familiäre, soziale und wirtschaftliche Verhältnisse der Beteiligten offenbaren können. Das führt aber im Ergebnis zu keiner anderen Beurteilung. Der Erwerber, der das Grundstück nicht allzu lange Zeit vor dem Tod der Erblasserin erworben hat, muss es hinnehmen, dass erbrechtliche Beteiligte über die Grundbucheinsicht das Bestehen etwaiger Ansprüche im Zusammenhang mit dem Erbfall prüfen. Seine persönlichen Verhältnisse werden auf diese Weise nur einem vergleichsweise kleinen Kreis außerhalb des Kaufvertrags stehender Beteiligter bekannt.

3. Das berechnete Interesse des Antragstellers erstreckt sich auf die Erteilung eines alle Abteilungen umfassenden Grundbuchauszugs. Zur Prüfung der Frage, welchen Wert der Grundbesitz hat und ob der Kaufpreis dahinter zurückgeblieben ist, kommt es auch auf die Kenntnis etwaiger Belastungen des Grundbesitzes an, so dass auch ein die Abteilungen II und III umfassender Auszug verlangt werden kann (vgl. KG, NJW-RR 2004, 1316, juris, Rdnr. 4).

4. Soweit der Antragsteller ohne hinreichende Trennung zwischen dem schuldrechtlichen Vertrag und dessen sachenrechtlicher Abwicklung darauf angetragen hat, eine Kopie des Vertrages zu erhalten, „mit welchem die Verstorbene (...) Eigentum verloren hat“, ist dies interessengerecht dahin ausulegen, dass eine Kopie des Kaufvertrages begehrt wird, aufgrund dessen eine Erwerbsvormerkung eingetragen worden ist und der Grundlage für die spätere Bewilligung der Eigentumserschreibung durch den hierzu bevollmächtigten Notar war (As. 49). Der Antrag ist auch insoweit begründet, weil der Antragsteller aus den zuvor ausgeführten Gründen ein berechtigtes Interesse daran hat, sich Kenntnis über die bei Veräußerung des Grundstücks durch seine Mutter vereinbarten Bedingungen zu verschaffen.

(...)

Anmerkung:

1. Schon der historische Gesetzgeber der GBO hatte seine Mühe, das Publizitätserfordernis eines für den Rechtsverkehr (vgl. nur §§ 891, 892 BGB) eingerichteten Registers zutreffend abzuwägen gegen die Verhinderung bloßer Neugier.¹ Herausgekommen ist § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO, der ein „berechtigtes Interesse“ für die Einsicht verlangt; dieses unterstellt, die Einsicht dann aber jedermann gestattet. Das Grundbucheinsichtsrecht für Dritte ist damit enger gefasst als dasjenige in das Güterrechtsregister (§ 1563 BGB) oder in das Handelsregister (§ 9 HGB). Auch nach über 113 Jahren reichs-/bundesweit modernem Grundbuchrecht ist die zeitgenössische Rechtswissenschaft im abstrakten Obersatz über diesen Erkenntnisstand nicht wesentlich hinausgekommen. Heute wird formuliert: Das berechnete Interesse sei umfassender als das „rechtliche Interesse“ und bestehe bei Verfolgung eines verständigen, durch die Sachlage gerechtfertigten Interesses.² Lediglich konnte neuerdings unsere Verfassung diese Argumente überhöhen dahingehend, dass § 12 GBO nun auch das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Grundstückseigentümers schützen solle. Besondere Erkenntnisse vermittelt diese Überhöhung jedoch kaum: Da das Grundeigentum in verfassungsrechtlich zulässiger Weise nur als registriertes Grundeigentum (Inhaltsbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) besteht und der Eigentümer bei Erwerb und Beibehaltung seiner Rechtsposition – ein Verlust durch gutgläubigen Erwerb ist ja bei Immobilien infolge Registrierung

¹ Zur historischen Begründung vgl. *Bauer/v. Oefele/Maaß*, GBO, 3. Aufl. 2013, § 12 Rdnr. 3.

² *Demharter*, GBO, 28. Aufl. 2012, § 12 Rdnr. 7.

in weitaus geringerem Umfang denkbar als bei Mobilien oder gar Wertpapieren, bei denen noch nicht einmal das Abhandkommen schützt – die Vorteile zu seinen Gunsten in Anspruch nimmt, kann ihm durchaus angesonnen werden, die mit der Registrierung womöglich verbundenen subjektiv empfundenen Nachteile hinzunehmen.³

Die Rechtspraxis hat sich vielmehr auf eine Fallgruppenbildung verlegt, wobei ihr natürlich nach über 100 Jahren Rechtsgeltung umfangreiches Fall- und Anschauungsmaterial zu einer diffizilen Kategorienbildung zugutekommt. Insgesamt ist die Tendenz, auch wenn die Kommentarliteratur in den letzten Jahren eine einsichtsoffenerere Einstellung ausmacht,⁴ nach meinem Empfinden noch zu restriktiv. Entgegen den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers⁵ genügt heute die erst beabsichtigte Anbahnung schuldrechtlicher Beziehungen noch nicht; es müssen schon Vertragsverhandlungen geführt werden.⁶ Angesichts des jederzeit bestehenden zivilen Nachbarrechts nach §§ 903 ff. BGB sollte auch das Interesse, den Nachbarn zu erfahren, von nichts weiter abhängig gemacht werden.⁷

Das berechnete Interesse begrenzt dabei auch den Umfang der Einsichtsgewährung, etwa hinsichtlich einzelner Abteilungen⁸ oder auch hinsichtlich einzelner Grundstücke eines umfangreichen Personalfoliums. Hat etwa das Grundbuchamt die Auflassung des Erblassers durch Grundstücksumschreibung auf ein bestehendes Grundbuchblatt des Erwerbers mit schon vorhandenem Bestand vollzogen, wäre dem Pflichtteilsberechtigten gleichwohl keine volle Einsicht eröffnet. Dass dies mühselig zu bearbeiten ist, bedarf keiner Darlegung. Hilfe kommt mit dem Datenbankgrundbuch.

2. Jedenfalls für das Einsichtsrecht des Pflichtteilsberechtigten bestätigt das OLG Karlsruhe in der Besprechungsentcheidung aber die einsichtsfreundliche Tendenz der letzten Jahre, diesem nämlich ohne Weiteres ein Einsichtsrecht zu gewähren.⁹ „Ohne Weiteres“ bedeutet dabei: Eine rechtsförmliche Geltendmachung des Pflichtteils gegen den Erben muss nicht dargetan bzw. nachgewiesen werden. Auch wird der Pflichtteilsberechnete nicht auf den Umweg über Auskunftsansprüche gegen den Erben einschließlich deren eidesstattlicher Versicherung verwiesen.¹⁰

Tatsächlich wäre der Verweis auf den Auskunftsanspruch gegen den Erben angesichts der zu erwartenden Verfahrensdauer und der weiteren Unwägbarkeiten eher Justizverweigerung als Justizgewährung, ungeachtet der Tatsache, dass das BGB diesen Weg als Option zulässt (§ 2314 BGB). Die Bedeutung der eidesstattlichen Versicherung (§ 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB i. V. m. § 260 Abs. 2 BGB) zum Beispiel lebt von der Straf-

³ Für Verfassungsmäßigkeit denn auch BVerfG, Beschluss vom 28.8.2000, 1 BvR 1307/91, NJW 2001, 503; BVerfGE 64, 229.

⁴ So die Einschätzung von *Maaß*, a. a. O. (Fn. 1), § 12 Rdnr. 12.

⁵ Dazu *Maaß*, a. a. O. (Fn. 1), § 12 Rdnr. 14.

⁶ *Demharter*, a. a. O. (Fn. 2), § 12 Rdnr. 12; *Maaß*, a. a. O. (Fn. 1), § 12 Rdnr. 40 (der selbst eher restriktiv entscheiden will); enger auch *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 525.

⁷ Anders OLG Köln, Beschluss vom 19.11.2009, 2 Wx 95/09, RNotZ 2010, 203: konkrete Darlegung der zivilen Ansprüche erforderlich.

⁸ Fall: LG Mannheim, Beschluss vom 22.1.1992, 6 T 26/91, NJW 1992, 2492.

⁹ KG, Beschluss vom 20.1.2004, 1 W 294/03, NJW-RR 2004, 1316; OLG München, Beschluss vom 7.11.2012, 34 Wx 360/12, BeckRS 2012, 24440; OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.2.2011, 20 W 72/11, BeckRS 2011, 17459; OLG Düsseldorf, ZEV 2011, 44; *Demharter*, a. a. O. (Fn. 2), § 12 Rdnr. 12.

¹⁰ So aber noch *Maaß*, a. a. O. (Fn. 1), § 12 Rdnr. 38.

barkeit (§ 156 StGB). Jedoch erscheint fraglich, ob die Staatsanwaltschaft tatsächlich die Vorarbeit für den Pflichtteilsberechtigten leisten würde. Näher liegt, dass sie ihrerseits die Bearbeitung des Strafverfahrens zurückstellt, um auf dem Prozessergebnis des Zivilverfahrens aufzubauen.

Der Wermutstropfen in der Argumentation des OLG Karlsruhe bestehe lediglich in der starken Fokussierung auf die Grundbucheinsicht. Dabei lässt sich anhand des Grundbuches, selbst mit Rekonstruktion der zwischenzeitlich im Rahmen der Vertragsabwicklung gelöschten Einträge, das wesentliche Erkenntnisinteresse des Berechtigten, nämlich sein Verdacht auf eine ergänzungspflichtige Schenkung, überhaupt nicht ermitteln. Wirklich interessant ist für den Pflichtteilsberechtigten allein und ausschließlich die Einsicht in den Grundakt wegen des darin befindlichen Kaufvertrags, den er als Nichterbe vom Urkundsnotar nie bekommen würde (§ 51 BeurkG).¹¹ Allein aus diesem lässt sich (partiell) erschließen, wie viel insgesamt und an wen gezahlt werden sollte.

3. Diese Überlegungen wären für den Notar bedeutungslos, wäre er nicht seit Kurzem infolge des neuen § 133a GBO nun zugleich Adressat der isolierten, geschäftsunabhängigen Einsichtsgewährung nach § 12 GBO. Für diese Einsichtsgewährung muss natürlich auf dem bisherigen Erkenntnisstand aufgebaut werden, der sich in den Kommentierungen zu § 12 GBO widerspiegelt.¹² Die Einsichtsmöglichkeit nach § 133a GBO besteht zwar (vorbehaltlich eines künftigen Opt-out nach Abs. 5) ohne regionale Beschränkung.¹³ Jedoch kann der Notar Einsicht nur in das online zugängliche Grundbuch gewähren, nicht in die zugrundeliegenden Eintragungsg Grundlagen, auf die er selbst keinen Zugriff hat. Diese Beschränkung gilt selbst dann, wenn der Notar selbst (oder sein Vorgänger, dessen Akten er verwahrt) die Eintragungsbewilligung seinerzeit beurkundet oder beglaubigt hatte und somit das Dokument im Prinzip verfügbar wäre (im ländlichen Bereich mit der Konzentration auf eine oder wenige Notarstellen ein durchaus naheliegender Gedanke). Für die Urschrift gilt § 51 BeurkG.¹⁴ Deswegen bekommt der bloß Pflichtteilsberechtigte auch keine Auskunft über gestellte und erfüllte Treuhandaufgaben! Das besondere Einsichtsinteresse des Pflichtteilsberechtigten kann bis zur Einführung der digitalen Grundakte beim Notar nicht befriedigt werden.

4. § 133a GBO unterwirft die Gewährung von Einsichten durch den Notar einer besonderen Protokollpflicht,¹⁵ soweit diese außerhalb eines Zusammenhangs mit Amtsgeschäften des Notars steht und auch nicht dem Eigentümer gegenüber erfolgt (Abs. 4). In letztgenannten Fällen erfolgt weiter allein die nachgelagerte stichprobenartige Kontrolle anhand der Aburprotokolle des Grundbuchamtes (§ 43 Abs. 2, §§ 83, 84 GBV).

¹¹ Dazu richtig LG München II, Beschluss vom 21.7.2011, 8 T 2753/11, MittBayNot 2011, 518: Dass der Pflichtteilsberechtigte über § 12 GBO aus dem Grundakt Einsicht in die Urkundsabschrift bekommen kann, setzt gegenüber dem Urkundsnotar die Beschränkung des Erteilungsanspruches aus § 51 BeurkG nicht außer Kraft.

¹² Demharter, a. a. O. (Fn. 2), § 12 Rdnr. 8 ff.; umfassend mit alphabetischer Übersicht jeweils Maaß, a. a. O. (Fn. 1), § 12 Rdnr. 26 ff., sowie Hügel/Wilsch, GBO, 2. Aufl. 2010, § 12 Rdnr. 30 ff.; siehe auch Schöner/Stöber, a. a. O. (Fn. 6), Rdnr. 525; Böhringer, DNotZ 2014, 16, 24.

¹³ Vgl. auch § 132 GBO zur Einsichtnahme beim Grundbuchamt nach Umstellung auf maschinell geführte Grundbücher.

¹⁴ Bereits oben Fn 11: LG München II, Beschluss vom 21.7.2011, 8 T 2753/11, MittBayNot 2011, 518.

¹⁵ Dazu soeben ausführlich Böhringer, DNotZ 2014, 16.

Das besondere Protokoll nach § 133a GBO dient auch als Grundlage für Amtsprüfungen beim Notar (§ 85a Abs. 2 Alt. 1 GBV), mehr noch aber zur Information des Eigentümers, der sich nach gewährten Einsichten erkundigt (§ 133a Abs. 3 Satz 2 GBO). Nur dürfte dieses Auskunftsverlangen aus technischen Gründen leerlaufen: Eine Pflicht, den Eigentümer von Einsichten in Kenntnis zu setzen, besteht nicht; die Auskunft muss verlangt werden. Nur: bei welchem der 7560 bundesweit bestellten Notare¹⁶ soll der Eigentümer ansetzen? Naheliegender erscheint die Konstellation, dass der Eigentümer mit dem Ergebnis/der Folge der Einsichtnahme konfrontiert wird und er sich dann nachträglich über die Gewährung beschwert.

Die Formalien der erteilten Abschrift ergeben sich aus § 85 GBV, diejenigen des Protokolls aus § 85a GBV. Eine besondere Schriftlichkeit legt § 133a GBO für das Protokoll nicht fest, ebensowenig eine besondere Form. Meines Erachtens genügt deswegen eine rein EDV-gestützte Protokollierung bzw. als Word- oder Excel-Tabelle mit der Möglichkeit jederzeitigen Ausdrucks, was zugleich den Vorteil hat, dass digitale Suchfunktionen ausgenutzt werden können.

Über die dort genannten Daten hinaus erscheint indes eine zusätzliche Notiz zum geltend gemachten Einsichtsinteresse äußerst zweckmäßig, um auf bohrende Nachforschungen des Eigentümers (dieser lässt sich aus dem Grundbuchblatt erschließen und muss nicht zusätzlich notiert werden) parieren zu können.

Die Aufbewahrungsfrist folgt aus § 83 Abs. 3 Satz 1 GBV. Dass ausgerechnet Strafverfolgungsbehörden beim Notar Einsicht nehmen (dann gesonderte Frist § 83 Abs. 3 Satz 2 GBV), dürfte eher fernliegen. Der allgemein aus der Verschwiegenheitspflicht folgende vorsichtige Umgang mit Daten, ergänzt ggf. um eine Einweisung der Mitarbeiter, sollte zur Einhaltung der Datenschutzvorschrift des § 83 Abs. 2 Satz 6 GBV genügen.

Notar Michael Volmer, Starnberg

¹⁶ Nach DNotZ 2013, 242.

4. ErbbauRG § 1 Abs. 3; GBO § 71 Abs. 1 (*Kein Erbbau-recht bei grenzüberschreitendem einheitlichem Bauwerk*)

Ein Erbbau-recht in Bezug auf ein grenzüberschreitendes Bauwerk mit nicht selbständigen Gebäudeteilen (sog. Nachbarerbbau-recht) ist mit § 1 Abs. 3 ErbbauRG nicht zu vereinbaren.

OLG Köln, Beschluss vom 6.5.2013, 2 Wx 128/13, mitgeteilt von Werner Sternal, Richter am OLG Köln

(...)

Aus den Gründen:

2. (...) Die Bestellung des Erbbau-rechts gemäß der Urkunde vom 5.9.2012 in Verbindung mit den Änderungsurkunden vom 6.11.2012 und vom 11.1.2013 verstößt gegen § 1 Abs. 3 ErbbauRG. Nach dieser Bestimmung ist die Beschränkung des Erbbau-rechts auf einen Teil eines Gebäudes unzulässig.

a) Aus dieser Regelung folgt, dass die Bestellung eines sog. Nachbarerbbau-rechts, also die Einräumung des Rechts, auf dem betreffenden Einzelgrundstück den darauf befindlichen unselbständigen Teil eines sich über mehrere Grundstücke erstreckenden Gebäudes zu haben, unzulässig ist.

Zwar beschränkt eine in Rechtsprechung (OLG Düsseldorf, DNotZ 1974, 698; OLG Stuttgart 1975, 786) und Literatur

(vgl. *Staudinger/Rapp*, ErbbauRG, Stand November 2008, § 1 Rdnr. 34; *Ingenstau/Hustedt*, ErbbauRG, 9. Aufl. 2010, § 1 Rdnr. 99 ff.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1694; *Castor*, Das Nachbarerbbaurecht, 2005, S. 90) vertretene Ansicht das Verbot des § 1 Abs. 3 ErbbauRG auf eine horizontale Teilung.

Der Senat vermag sich indes einer solchen einschränkenden Auslegung nicht anzuschließen; er folgt der Gegenansicht (v. *Oefele*, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl. 2012, Rdnr. 3.84; *MünchKommBGB/v. Oefele*, 5. Aufl. 2009, § 1 ErbbauRG Rdnr. 55 f.; *Palandt/Bassenge*, 72. Aufl. 2013, § 1 ErbbauRG Rdnr. 11; wohl auch *Hügel/Otto*, GBO, 2. Aufl. 2010, Stichwort „Erbbaurecht“ Rdnr. 76). Die Vorschrift erfasst auch eine mit einer grenzüberschreitenden Bebauung und der Bestellung eines Nachbarerbbaurechts verbundene grenzbezogene vertikale Teilung. Eine Beschränkung des Verbots nach der Art der Teilung ist der Vorschrift nicht zu entnehmen, bei dem dort genannten Stockwerkseigentum handelt es sich ersichtlich lediglich um ein Beispiel („insbesondere“), ohne dass sich dem eine Beschränkung auf Fälle horizontaler Teilung entnehmen ließe. Zudem zieht die Zulassung von Nachbarerbbauwerken die Gefahr des Auseinanderfallens von Rechten nach sich (siehe insoweit auch BGH, WM 1973, 999), zu deren Abwendung die Vertreter einer einschränkenden Auslegung des § 1 Abs. 3 ErbbauRG keine geeigneten Mittel aufzeigen. Da einzelne Erbbaurechte rechtlich selbständig sind, können sie an verschiedene Erwerber veräußert sowie verschieden belastet und dann getrennt versteigert werden, ferner kann nur bezüglich einzelner Rechte der Heimfall oder eine Aufhebung erfolgen; die Folge wäre, dass unselbständige Gebäudeteile im Eigentum verschiedener Erbbauberechtigter bzw. Eigentümer stünden (v. *Oefele*, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl. 2012, Rdnr. 3.76 f.; *MünchKommBGB/v. Oefele*, 5. Aufl. 2009, § 1 ErbbauRG Rdnr. 56). Damit sind auch und gerade bei einer gedachten vertikalen Teilung eines Gebäudes durch eine Grundstücksgrenze Streitigkeiten insbesondere über die Benutzung und Instandhaltung der Gebäudeteile angelegt, die mit der Regelung des § 1 Abs. 3 ErbbauVO verhindert werden sollten (vgl. *Castor*, a. a. O., S. 77).

Dass aufgrund der geltenden Regelung des § 1 Abs. 3 ErbbauRG sog. Nachbarerbbauwerke nicht als zulässig anzusehen sind, weshalb deren Zulässigkeit einer Gesetzesänderung bedürfte, ergibt sich auch aus einem anderen Umstand:

Denn der Gesetzgeber ist bei Schaffung der Sonderregelung des § 39 Abs. 3 SachenRBERG, durch welche unter anderem die Zulässigkeit von Nachbarerbbauwerken in den neuen Bundesländern begründet wurde, nicht davon ausgegangen, dass ein Nachbarerbbauwerk unter der geltenden Regelung des § 1 Abs. 3 ErbbauRG (seinerzeit ErbbauRVO) zulässig ist; dies ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien:

In der Begründung des Regierungsentwurfs zu den §§ 39-41 SachenRBERG (BT-Drucks. 12/5992, S. 78) ist ausgeführt:

„Nach dem Entwurf können deshalb

- mehrere Erbbauwerke an einem Grundstück im Gleichrang an erster Rangstelle bestellt werden,
- sog. Gesamterbbauwerke bestellt werden, die sich auf mehrere Grundstücke erstrecken,
- unter bestimmten Voraussetzungen auch Erbbauwerke auf dem benachbarten Grundstück zur Absicherung einer sich auf dieses Grundstück erstreckenden Bebauung bestellt werden (sog. Nachbarerbbauwerke).

Die in §§ 39 ff. vorgesehenen Neuregelungen sind nicht das Ergebnis eines besonderen Drangs nach Innovationen im

Bereich des Sachenrechts oder eine Vorwegnahme einer Novellierung der ErbbauVO. Sie beruhen vielmehr auf der Notwendigkeit, angesichts der vorgefundenen, vielfach verworrenen Verhältnisse an den Grundstücken im Beitrittsgebiet und der meist noch unzureichenden Ausstattung in den Verwaltungen den Interessenausgleich zwischen den Grundstückseigentümern und den Nutzern vornehmen und dabei verkehrsfähige und beleihbare Rechte an den Grundstücken begründen zu müssen. Die Sachenrechtsbereinigung steht dazu unter einem erheblichen Zeitdruck; die gesetzlichen Grundlagen müssen, will man den Betroffenen nicht auf lange Zeit Rechtsunsicherheit zumuten und Investitionshindernisse hinnehmen, so schnell wie es eben geht geschaffen werden. Unter diesen Umständen sind auch atypische und nicht immer einfach zu begründende Vertragsgestaltungen eher zu vertreten als ein langes Zuwarten bis eine der Bebauung entsprechende Gestaltung der Grundstücksgrenzen vorliegt.“

Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber lediglich im Anwendungsbereich des SachenRBERG der neuen Bundesländer eine Zulässigkeit von Nachbarerbbauwerken begründen wollte, für die allgemeine Zulässigkeit dieses Rechtsinstituts indes eine „Novellierung der ErbbauRVO“ für erforderlich hielt; zu einer solchen Änderung der ErbbauRVO/des ErbbauRG, insbesondere der Bestimmung des § 1 Abs. 3, ist es bislang nicht gekommen. Zudem folgt aus der Einzelbegründung des Regierungsentwurfs zu § 39 Abs. 3 SachenRBERG (S. 137), dass mit der Vorschrift für das Beitrittsgebiet eine Sonderregelung zur Vermeidung der im Falle der nur in ein Grundstück oder Erbbaurecht betriebenen Zwangsvollstreckung oder eines nur von einem Grundstückseigentümer geltend gemachten Heimfallanspruchs zu Tage tretenden Probleme beabsichtigt war. Vor diesem Hintergrund ist de lege lata die Bestellung von Nachbarerbbauwerken außerhalb des Anwendungsbereichs gesetzlicher Sonderregelungen als unzulässig anzusehen.

Es besteht auch kein unabweisbares Bedürfnis, nach geltendem Recht die Einräumung von Nachbarerbbauwerken zuzulassen. Denn ein Erbbauwerk bei grenzüberschreitenden Bauwerken kann grundsätzlich in Gestalt eines nach allgemeiner Auffassung zulässigen Gesamterbbauwerks bestellt werden, bei dem die aufgezeigte Gefahr eines Auseinanderfallens der Rechtsinhaberschaft nicht besteht. Dass die Bestellung eines Gesamterbbauwerks in der Praxis auf Hindernisse stoßen kann, wenn einzelne Eigentümer nicht zu einer einheitlichen Erbbauwerksbestellung bereit sind, beruht auf deren autonomer Entscheidung und bildet keinen hinreichenden Grund für eine Zulassung von Nachbarerbbauwerken auf der Grundlage des § 1 Abs. 3 ErbbauRG. Nach Auffassung des Senats ist daher eine entsprechende Regelung dem Gesetzgeber vorbehalten, wenn er hierfür, wie schon im Zusammenhang mit § 39 Abs. 3 SachenRBERG geschehen, ein Bedürfnis der Rechtspraxis sieht.

b) Entgegen der Ansicht der Beschwerde handelt es sich bei dem Erbbauwerk gemäß der Urkunde vom 5.9.2012 in Verbindung mit den Änderungsurkunden vom 6.11.2012 und vom 11.1.2013 um ein nach den aufgezeigten Maßstäben unzulässiges Nachbarerbbauwerk, weil eine Selbständigkeit der auf den jeweiligen Grundstücken gelegenen Gebäudeteile für den Fall des Auseinanderfallens der Rechtszuständigkeit nicht gewährleistet ist.

Dies folgt – unabhängig voneinander – sowohl aus der Beschaffenheit des Bestandsgebäudes und der insoweit getroffenen Vereinbarungen als auch aus den vertraglichen Regelungen betreffend das für den Fall eines Abbruchs des Bestandsgebäudes zu errichtende Geschäftsgebäude.

Das eingeräumte Erbbauwerk erstreckt sich auch auf das vorhandene Bestandsgebäude, denn ein Erbbauwerk besteht

gemäß § 1 Abs. 1 ErbbauRG in dem Recht, auf oder unter der Oberfläche ein Bauwerk zu „haben“, so dass nicht nur ein noch zu errichtendes Bauwerk erfasst wird. Dass aufgrund des vorliegenden Bauzustandes eine Selbständigkeit der auf den jeweiligen Grundstücksflächen gelegenen Gebäudeteile nicht vorliegt, ergibt sich aus dem Vorbringen der Beschwerde, wonach das Gebäude zwar in Teilbereichen Elemente eines selbständigen Gebäudes, wie etwa einen eigenen Zugang von der Reihstraße, ein eigenes Treppenhaus im Hinterhaus sowie Giebeltrennwände, aufweise, dies aber „in weiten Bereichen“ nicht zutrefte, weshalb nach der Darstellung der Beschwerde mehr gegen als für die Annahme eines selbständigen Gebäudes spreche. Die damit fehlende Selbständigkeit wird nicht durch die unter Ziffer 2.1.1. des Vertrages vom 5.9.2012 für den Fall des Nichtabrisses vereinbarte Umbauverpflichtung hergestellt. Denn in der Zeit bis zu einem entsprechenden Umbau des Bestandsgebäudes kann – zumal eine bestimmte Fälligkeit der Umbauverpflichtung nicht vorgesehen ist – aufgrund einer der oben unter a) aufgeführten Umstände ein Auseinanderfallen der Rechte eintreten, bevor die im Vertrag genannte „körperlich-bautechnische Teilbarkeit“ herbeigeführt ist, so dass die Gefahr des Bestehens unterschiedlicher Rechte an nicht selbständigen Bauwerkteilen nicht gebannt ist. (...)

Anmerkung:

Der zu besprechende Beschluss des OLG Köln befasst sich mit einer der umstrittensten Fragen des Erbbaurechtes, nämlich damit, ob ein sog. Nachbarerbbaurecht zulässig ist oder nicht. Ein Nachbarerbbaurecht liegt vor, wenn zwei aneinandergrenzende Grundstücke mit einem einheitlichen Gebäude bebaut werden sollen und diese Bebauung jeweils auf der Grundlage eines separaten Erbbaurechtsvertrages mit jedem der beiden Eigentümer der benachbarten Grundstücke erfolgen soll. Die Grundstücksgrenze verläuft dabei durch das Gebäude mit der (möglichen) Folge, dass keiner der beiden Gebäudeteile für sich allein sinnvoll nutzbar ist. Solange die Personen der beiden Erbbauberechtigten identisch sind, stellt dies kein Problem dar. Die Identität der Berechtigten für die Laufzeit der Erbbaurechte ist jedoch in keiner Weise gewährleistet. Zwar wird kein vernünftiger Erbbauberechtigter ein Erbbaurecht für sich alleine veräußern mit dem Ergebnis, dass das Gebäude in seinen beiden wirtschaftlich und technisch unselbständigen Teilen verschiedenen Eigentümern gehört. Diese Rechtslage kann jedoch eintreten, wenn eines der beiden Erbbaurechte durch eine Zwangsversteigerung oder durch die Ausübung eines Heimfallrechtes einen neuen Berechtigten erhält. Das OLG stellt für diese Situation zutreffend fest, dass bei einer „vertikalen Teilung eines Gebäudes durch eine Grundstücksgrenze Streitigkeiten insbesondere über die Benutzung und Instandhaltung der Gebäudeteile angelegt“ seien. Solche Unzuträglichkeiten seien zu vermeiden und dies sei der Zweck des § 1 Abs. 3 ErbbauRG. Nach dieser Vorschrift ist die Beschränkung des Erbbaurechtes auf einen Teil eines Gebäudes unzulässig.

Der Auslegung des OLG Köln kann jedoch weder unter dem Gesichtspunkt der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (1) noch nach dem Wortlaut desselben (2) und auch nicht nach den Grundsätzen der teleologischen Auslegung (3) zugestimmt werden.

1. Bei Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900 war in weiten Teilen Deutschlands das echte Stockwerkseigentum verbreitet.¹ Der Rechtsinhalt des Stockwerkseigentums war ein

stockwerksweise getrenntes Alleineigentum (Sondereigentum) am Hauptgebäude, Gemeinschaftseigentum (Miteigentum nach Bruchteilen) am Rest des Grundstücks.² Allerdings gab es für die Begründung von Sondereigentum nicht das Erfordernis der in sich abgeschlossenen Wohnung und zur Abgrenzung zwischen dem Sondereigentum und dem Gemeinschaftseigentum auch keinen Aufteilungsplan. Infolge dessen war in den Gebäuden des Stockwerkseigentums der Streit zwischen den Miteigentümern über die Benutzung und Unterhaltung des Gebäudes weit verbreitet. Das heutige Erfordernis der Abgeschlossenheit „soll zur Vermeidung aller jener Streitigkeiten beitragen, die auf unklaren tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen beruhen und das Stockwerkseigentum alter Art in Verruf gebracht haben“.³ Der Gesetzgeber des BGB hat hieraus die Konsequenz gezogen, das bereits bestehende Stockwerkseigentum zwar weiter zu belassen, eine Neubegründung jedoch zu untersagen (Art. 182, Art. 189 Abs. 1 Satz 3 EGBGB). § 1 Abs. 3 ErbbauRG, der mit dem ursprünglichen § 1014 BGB wortgleich ist, ist in diesem Zusammenhang zu beurteilen. Die Vorschrift erwähnt ausdrücklich, dass die Beschränkung des Erbbaurechtes auf ein Stockwerk unzulässig ist. Die Motive zu § 1014 BGB⁴ führen hierzu aus, dass die Begründung eines Sonderrechts an einem Gebäudeteil abgelehnt werde, „weil ein solches superfiziarisches Recht, zum Beispiel an einem einzelnen Gelasse oder Stockwerke, zu schlecht abgegrenzten und leicht zu Streitigkeiten Anlass gebenden Rechtsverhältnissen führen würde.“ Der Gesetzgeber wollte damit verhindern, dass die nicht mehr zulässige Begründung von Stockwerkseigentum auf dem Umweg über das Erbbaurecht als eigentumsähnliches Recht an einem horizontalen Gebäudeteil ermöglicht wurde.⁵ Für die Unzulässigkeit eines Nachbarerbbaurechtes lässt sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nichts herleiten.

2. Auch der Gesetzeswortlaut rechtfertigt nicht die Auslegung durch das OLG Köln. Unzulässig ist nach § 1 Abs. 3 ErbbauRG die „Beschränkung“ des Erbbaurechtes auf einen Teil eines Gebäudes. Dabei ist zu sehen, dass es nach § 1 Abs. 1 ErbbauRG zum zwingenden Inhalt eines Erbbaurechtes gehört, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks „ein Bauwerk zu haben“, wozu insbesondere auch ein Gebäude gehört. Das *gesamte Gebäude* ist nach § 12 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechtes. Eine Beschränkung desselben auf einen Gebäudeteil setzt danach voraus, dass durch den Erbbaurechtsvertrag eine nur partielle Belastung des Grundstücks vereinbart wird, dass also der Ausübungsbereich des Erbbaurechtes nur ein Gebäudeteil ist (vgl. § 1023 Abs. 1 BGB). Sie hätte zur Folge, dass ein Gebäude auf einem Grundstück teilweise dem Grundstückseigentümer und teilweise dem Erbbauberechtigten gehören würde. Eine solche „Beschränkung“ des Erbbaurechtes mit der Folge einer Eigentumsaufteilung an einem einheitlichen Gebäude auf einem Grundstück verbietet § 1 Abs. 3 ErbbauRG.⁶ § 1 Abs. 3 ErbbauRG ist daher die Konsequenz aus der Grundentscheidung der §§ 93, 94 BGB, wonach die Eigentumsverhältnisse am Grundstück und an seinen wesentlichen Bestandteilen, insbesondere an dem auf dem Grundstück errichteten Gebäude, identisch sind; sie gilt nach § 11 Abs. 1 ErbbauRG auch für das Erbbaurecht.

² BGHZ 46, 281, 287.

³ Begründung zu dem Entwurf des Gesetzes über das Wohnungseigentum, BR-Drucks. 75/51, abgedruckt bei *Bärmann*, WEG, 12. Aufl. 2013, S. 1459

⁴ Motive, Band III, S. 470.

⁵ *Krämer*, DNotZ 1974, 647, 651.

⁶ *Krämer*, DNotZ 1974, 647, 654; *Staudinger/Rapp*, ErbbauRG, 2009, § 1 Rdnr. 34.

¹ *Merle*, Das Wohnungseigentum im System des Bürgerlichen Rechts, 1979, S. 17 ff.; *Staudinger/Rapp*, WEG, 2005, Einl. Rdnr. 93.

Bei einem Nachbarerbaurecht findet jedoch eine solche unzulässige rechtsgeschäftliche Beschränkung des Ausübungsbereiches eines Erbbaurechtes gar nicht statt. Die Gebäudeteilung ergibt sich vielmehr kraft Gesetzes (§§ 93, 94 BGB) durch die rechtliche Grundstücksgrenze.

3. Das OLG Köln sieht im Anschluss an *v. Oefele/Winkler*⁷ den Zweck des § 1 Abs. 3 ErbbauRG darin, die Probleme zu vermeiden, die sich daraus ergeben können, dass die Nachbarerbaurechte während ihrer Laufzeit verschiedenen Personen gehören. *V. Oefele/Winkler*⁸ beschreiben den „worst case“ dieser Situation dahin, dass bei geteiltem Eigentum an einem Gebäude der Abbruch eines Teiles desselben durch den Eigentümer zum Einsturz des gesamten Gebäudes führen würde. Um diese Gefahr zu vermeiden, gehen sie vom Grundsatz der Rechtseinheit am Gebäude aus, der zur faktischen Unteilbarkeit eines solchen führe. § 1 Abs. 3 ErbbauRG entspreche diesem Grundsatz der Rechtseinheit am Gebäude mit der Folge der Unzulässigkeit eines Nachbarerbaurechtes.

Zunächst erscheint es unter dem Blickwinkel der § 823 Abs. 1, §§ 903, 1004 BGB mehr als fraglich, ob in dem Beispielfall ein Eigentümer berechtigt ist, seinen Gebäudeteil abzubrechen, wenn dadurch das Eigentum eines anderen Erbbauberechtigten beeinträchtigt wird. Der Rechtsgedanke des § 921 BGB spricht gegen eine solche Berechtigung.

Die Rechtsprechung hält die vertikale Aufspaltung eines Bauwerks im Alleineigentum verschiedener Personen nicht für grundsätzlich ausgeschlossen, vielmehr sei für jede der verschiedenen Fallmöglichkeiten gesondert zu prüfen, auf welche Weise der jeweilige Konflikt zwischen den einander widerstreitenden Gesetzesbestimmungen (§ 94 Abs. 1 BGB und § 93 BGB) ergebnismäßig am angemessensten gelöst wird.⁹ Dem ist zuzustimmen mit der Ergänzung, dass die Einheit von Grundstückseigentum und seinen wesentlichen Bestandteilen, insbesondere das Eigentum an einem Gebäude, der gesetzliche Normalfall ist. Ein Auseinanderfallen, zum Beispiel bei einem entschuldigten Überbau gemäß § 912 BGB oder bei Vorliegen eines Scheinbestandteils nach § 95 Abs. 1 BGB, ist demgegenüber der Ausnahmefall. So ist es anerkannt, dass bei einem unentschuldigten Überbau eine vertikale Eigentumsaufteilung entlang der Grundstücksgrenze stattfindet.¹⁰ Wird ein einheitliches bebauten Grundstück später in der Weise geteilt, dass die neue Grundstücksgrenze das Gebäude durchschneidet, ohne dass sich bei einer objektiven Betrachtung ein für das Gesamtgebäude maßgebender Bauteil auf einem der Grundstücke befindet, so wird das Eigentum an dem Gebäude vertikal geteilt.¹¹ Die Beispiele zeigen, dass der Grundsatz der Einheitlichkeit der Eigentumsverhältnisse an einem Gebäude nur gilt, wenn entweder ein rechtmäßiger Überbau gemäß § 912 BGB oder ein Scheinbestandteil gemäß § 95 Abs. 1 BGB vorliegt. Bei einer gegenseitigen einvernehmlichen Überbauung zweier benachbarter Grundstücke durch deren Eigentümer teilt sich das Eigentum an dem Gebäude entlang der Grundstücksgrenze. Ein Überbau (§ 912 BGB) liegt nicht vor, da es kein Stammgrundstück gibt, von dem aus auf das Nachbargrundstück hinübergebaut wird. Der Berechtigte der aneinandergrenzenden und überbauten Erbbaurechte weiß, dass sich während der Laufzeit der Erbbaurechte ein Berechtigungswechsel bei einem Erbbau-

recht ergeben kann mit allen daraus sich ergebenden Problemen. Er ist genauso wenig schutzwürdig wie derjenige, der unentschuldigt über die Grenze baut.¹² Dabei macht es keinen Unterschied, ob eine solche grenzüberschreitende Bebauung kraft Eigentums oder in Ausübung eines Erbbaurechtes geschieht.¹³

Der Zweck des § 1 Abs. 3 ErbbauRG verbietet deshalb das Nachbarerbaurecht nicht.

4. Nach § 39 Abs. 3 SachenRBerG ist die Zulässigkeit von Nachbarerbaurechten in den neuen Bundesländern geregelt. Diese Bestimmung ist jedoch nicht dafür geeignet, die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Nachbarerbaurechtes zu begründen. Abgesehen davon, dass die amtliche Begründung hierzu¹⁴ mehrere Abweichungen zum allgemeinen ErbbauRG betrifft, ist die Bestimmung unter dem Blickwinkel des erheblichen Zeitdrucks zu sehen, unter dem der Gesetzgeber zwecks Schaffung von Rechtssicherheit in den neuen Bundesländern stand, um Investitionshindernisse zu beseitigen.

5. Mit dem Nachbarerbaurecht nicht zu verwechseln ist das Gesamterbaurecht: Dabei handelt es sich um ein Erbbau-recht, das sich über mehrere Grundstücke erstreckt.¹⁵ Bei ihm gehört gemäß § 12 Abs. 1 ErbbauRG das Gebäude dem Erbbauberechtigten. Ein Eigentumswechsel bei den belasteten Grundstücken ist darauf ohne Einfluss. Das Gesamterbaurecht ist jedoch nur möglich, wenn zwischen den verschiedenen Grundstückseigentümern einerseits und dem Erbbauberechtigten andererseits ein einheitlicher Erbbau-rechtsvertrag zustande kommt. Damit sind die beim Nachbarerbaurecht möglichen Probleme ausgeschlossen.

Die wünschenswerte Rechtssicherheit zur Thematik „Nachbarerbaurecht“ ist durch die Entscheidung des OLG Köln nicht geschaffen worden. Es bleibt abzuwarten, ob die zugelassene Rechtsbeschwerde eingelegt wird und dem BGH Gelegenheit gegeben wird, für die Zukunft Klarheit zu schaffen.

Notar a. D. Dr. *Manfred Rapp*, Landsberg am Lech

¹² BGHZ 27, 204, 208.

¹³ *Krämer*, DNotZ 1974, 647, 656.

¹⁴ BT-Drucks. 12/5992, S. 78.

¹⁵ *Staudinger/Rapp*, ErbbauRG, 2009, § 1 Rdnr. 22.

5. GBO §§ 15, 53 (*Keine Einführung in das Grundbuchverfahren ohne notariellen Antrag*)

Stellt der Notar aus einer gemäß § 15 Abs. 2 GBO beim Grundbuchamt eingereichten Urkunde, die mehrere Eintragungsbewilligungen enthält, nur zu einzelnen Bewilligungen Anträge, so sind die übrigen Bewilligungen nicht in das Grundbuchverfahren eingeführt. Ein Urkundsbeteiligter kann diese nicht ohne Mitwirkung des Bewilligenden zur Grundlage späterer Eintragungsanträge machen.

OLG Braunschweig, Beschluss vom 12.2.2013, 2 W 18/13

Der Beteiligte zu 1 ist zur Hälfte eingetragener Erbbauberechtigter des eingangs genannten Erbbaurechtes, das ihm mit notarieller Urkunde vom 28.3.1988 des Notars L von seiner Mutter übertragen worden ist. Der andere hälftige Anteil des Erbbaurechtes wurde mit gleicher notarieller Urkunde seinem zwischenzeitlich (2010) verstorbenen Bruder F übertragen, der von G allein beerbt worden ist, die mit weiterer notarieller Urkunde vom 14.5.2012 des Notars E dieses an die Beteiligten zu 2 und 3 übertragen hat. Die Beteiligten zu 2 und 3 sind seit dem 5.10.2012 zu je $\frac{1}{4}$ als Erbbauberechtigte des oben

⁷ Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl. 2012, 3.76 bis 3.78.

⁸ A. a. O., 3.78.

⁹ BGHZ 46, 281, 288; 41, 177, 178; 27, 204, 207 f.

¹⁰ BGHZ 27, 204, 208.

¹¹ *Staudinger/Jikeli/Pieper*, 2013, § 94 Rdnr. 16; *Staudinger/Roth*, 2009, § 912 Rdnr. 55, 58).

genannten Erbbaurechts neben dem Beteiligten zu 1 im Grundbuch von X eingetragen.

Unter Abteilung III/12 und 13 war am 28.3.1988 im Grundbuch weiterhin zugunsten des Beteiligten zu 1 und seines Bruders F jeweils eine brieflose Grundschuld über 30.000 DM nebst Zinsen eingetragen. Mit der oben genannten notariellen Urkunde des Notars L vom 28.3.1988 erklärten beide dort auf Seite 6 wörtlich:

„Es wird bewilligt und beantragt, Löschung der Post III/12, 13, 14 und 15.“

In dieser Urkunde heißt es weiter unter Gliederungsziffer 8 auf Seite 9:

„Notarvollmachten

Der Notar wird mit der Durchführung des Geschäfts beauftragt.

Er wird bevollmächtigt Anträge zu stellen, zu ändern und zurückzunehmen, wenn dies von Amtsstellen verlangt wird.

Die in dieser Verhandlung gestellten Anträge sollen nicht als einheitliche Anträge angesehen werden.

Die Vertragsparteien verzichten auf ihr eigenes Antragsrecht und übertragen dies dem amtierenden Notar.“

Mit Schreiben vom 19.7.1988 reichte der Notar L eine erste Ausfertigung der Urkunde vom 28.3.1988 beim Grundbuchamt X ein mit der Bitte, gemäß § 15 GBO die Eigentumsänderung im Grundbuch einzutragen. Weiterhin bezog er sich auf die im Vertrag vom 28.3.1988 auf Seite 6 befindlichen Löschanträge, überreichte beigefügt eine Lösungsbewilligung der Gläubigerin der Post III/15 vom 2.5.1988 und bat darum, Post III/15 im Grundbuch zu löschen. Eine Löschung der unter Post III/12 und 13 eingetragenen Grundschulden erfolgte nicht. Am 3.11.2003 wurden unter anderem diese beiden Eintragungen umgeschrieben und die Grundschuld zugunsten des Beteiligten zu 1 fortan unter der lfd. Nr. 5 in Abt. III und die für seinen Bruder F unter der lfd. Nr. 4 in Abt. III geführt.

Mit Schreiben vom 21.5.2012 beantragte der Notar E gemäß § 15 GBO die Löschung der Grundschuld unter der lfd. Nr. 5 unter Bezugnahme auf die vor ihm als Notar errichtete Urkunde vom 14.5.2012. Auf Seite 4 und 5 dieser Urkunde ist dabei folgendes aufgenommen worden:

„Hinsichtlich der Grundschuld in Abteilung III lfd. Nr. 5 (früher lfd. Nr. 13) wird unter Erteilung der Eigentümerzustimmung die Löschung allseits beantragt.

Die Lösungsbewilligung nebst Antrag durch A ist in der Urkunde des Notars L vom 28.3.1988, URNr. ... enthalten, welche im Grundakt befindlich ist. Die Bewilligung beinhaltet auch die Eigentümerzustimmung des A.

Hinsichtlich der Grundschuld in Abteilung III lfd. Nr. 4 wird allseits Berichtigung durch Verlautbarung der Erbfolge beantragt. Die Bewilligung zur Löschung, enthalten in der Urkunde des Notars L vom 28.3.1988, URNr. ..., wird widerrufen, ebenso der Antrag hinsichtlich der Löschung dieses Pfandrechts.“

Mit Fax vom 18.6.2012 erklärte der Beteiligte zu 1 persönlich, dass er seine Lösungsbewilligung nebst Antrag in der Urkunde des Notars L vom 28.3.1988 und ebenso den Antrag hinsichtlich der Löschung dieses Pfandrechts widerrufe. Auf den Hinweis des Grundbuchamtes ... vom 19.6.2012 erklärte er mit unterschriebenem Schreiben vom 25.6.2012 dieses erneut, und zwar mit der Ergänzung, dass er die in der Urkunde des Notars L vom 28.3.1988 dem Notar und dessen Notariatsmitarbeiterinnen erteilten Vollmachten ebenfalls widerrufe. Zudem fügte er sein Schreiben vom 18.6.2012 mit Unterschrift bei. Am 24.9.2012 nahm das Grundbuchamt ... die Löschung der Grundschuld Abt. III Nr. 5 vor.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 27.12.2012 wendet sich der Beteiligte zu 1 gegen die Löschung der Grundschuld in Abt. III unter Nr. 5, legt Beschwerde ein und beantragt, das Grundbuchamt anzuweisen, gemäß § 53 GBO einen Widerspruch gegen die Löschung einzutragen. Er habe den ehemals beurkundeten Löschantrag zurückgenommen. Darin liege zugleich eine Versagung seiner Zustimmung. Von der Möglichkeit, zur Beschwerde Stellung zu nehmen, hat Notar E keinen Gebrauch gemacht. Mit Beschluss vom 23.1.2013 hat das AG – Grundbuchamt – ... die Eintragung eines Amtswiderspruchs abgelehnt und die Sache zur Entscheidung dem OLG vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

1. Die Beschwerde ist statthaft und auch sonst zulässig.

Das Beschwerdebegehren, eine gelöschte Eintragung wiederherzustellen, ist dahingehend auszulegen, dass damit das Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 GBO verfolgt wird, was der Beteiligte zu 1 auch ausdrücklich wünscht. Insoweit ist der Beteiligte zu 1 auch beschwerdeberechtigt, weil er grundsätzlich seinem Vorbringen zufolge einen Grundbuchberichtigungsanspruch geltend machen könnte. Schließlich trägt er vor, dass die Löschung des zu seinen Gunsten eingetragenen Grundpfandrechts entgegen der materiellen Rechtslage erfolgt sei.

2. Die Beschwerde ist auch begründet. Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO liegen vor. Ein Amtswiderspruch im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ist einzutragen, wenn eine unter öffentlichem Glauben stehende Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen worden ist (dazu unter a) und diese Eintragung das Grundbuch unrichtig gemacht hat (dazu unter b), wobei es genügt, dass die Unrichtigkeit des Grundbuches glaubhaft ist (*Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 53 Rdnr. 28).

a) Dem Grundbuchamt ist bei der Löschung der in Abt. III unter lfd. Nr. 5 eingetragenen Grundschuld ein Verfahrensfehler unterlaufen. Erforderlich für eine Löschung eines Grundpfandrechts ist nämlich das Vorliegen einer wirksamen Lösungsbewilligung des Pfandrechtsinhabers, an der es vorliegend fehlte. Der Beteiligte zu 1, dem das Grundpfandrecht in Abt. III unter der lfd. Nr. 5 zusteht, hat zwar in der notariellen Urkunde vom 28.3.1988 vor dem Notar L eine entsprechende Bewilligung erklärt, jedoch führt allein dieser protokollierte Vorgang – wovon das Grundbuchamt ausgeht – nicht dazu, dass damit schon eine für die Löschung erforderliche wirksame Bewilligung vorliegt.

Die Lösungsbewilligung ist rechtlich eine Verfahrenshandlung und kann deshalb erst ihre Wirkungen im Verfahren selbst entfalten (vgl. *Bauer/v. Oefele*, GBO, 2. Aufl., § 19 Rdnr. 29 m. w. N. aus der Rspr. – auch des BGH – in Fn. 40). Demzufolge setzt ihr Wirksamwerden voraus, dass sie nicht nur in der von der Grundbuchordnung beschriebenen Form abgegeben wird, sondern auch in gültiger Form in das Grundbuchverfahren eingeführt werden muss, was nicht ausschließt, dass sie schon vor Einleitung eines solchen Verfahrens – so wie hier – erklärt wird. Solange die eine Bewilligung enthaltende Urkunde dem Grundbuchamt aber nicht vorliegt, ist sie deshalb nicht verfahrensrelevant, so dass sie auch nicht im Verfahren ihre Wirkung entfalten kann.

Vorliegend ist die Lösungsbewilligung des Beteiligten zu 1 betreffend das Pfandrecht Post III/13 nicht in das Grundbuchverfahren eingeführt worden. Zwar hat der Notar L mit Schreiben vom 19.7.1988 eine Ausfertigung der notariellen Urkunde vom 28.3.1988 dem Grundbuchamt zukommen lassen, jedoch hat er zugleich in seinem Schreiben unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er von der eingereichten Urkunde nur insoweit (beschränkt) Gebrauch machen will, als die dort aufgenommene Eigentumsänderung im Grundbuch einzutragen ist und die Löschung des Grundpfandrechts unter Post III/15 zu veranlassen ist. Dass das für den Beteiligten zu 1 damals unter Post III/13 (und heute unter der lfd. Nr. 5) eingetragene Grundpfandrecht (brieflose Grundschuld über 30.000 DM nebst Zinsen) gelöscht werden soll, der Notar L mithin von der in der Urkunde hierfür enthaltenen Lösungsbewilligung Gebrauch machen wollte, erklärt

er in dem Schreiben hingegen nicht. Damit ist die Löschungsbewilligung des Beteiligten zu 1 insoweit nicht wirksam geworden.

Der Umstand allein, dass sich bei den Akten des Grundbuchamtes eine Urkunde befindet, welche ihrem Inhalt nach auch eine Bewilligungserklärung zur Löschung eines weiteren Grundpfandrechts enthält, besagt nicht – wie der Notar E meint –, dass auch diese Erklärung mit Zustimmung des Bewilligenden eingereicht worden ist (vgl. *Bauer/v. Oefele*, GBO, 2. Aufl., § 19 Rdnr. 98). Zwar spricht die Lebenserfahrung dafür, dass mit der Einreichung einer vom Notar verfassten Urkunde, die dieser selbst beim Grundbuchamt einreicht, grundsätzlich alle (dort) protokollierten Erklärungen in das Verfahren eingeführt werden sollen, jedoch gilt dieser Grundsatz nicht, wenn der Notar – so wie hier – ausdrücklich Gegenteiliges erklärt und auch der Urkunde – so wie hier – unter Gliederungspunkt 8 zu entnehmen ist, dass die in dieser Verhandlung gestellten Anträge nicht als einheitliche Anträge angesehen werden sollen und die an der Beurkundung Beteiligten unter Verzicht auf ihr eigenes Antragsrecht dieses dem Notar übertragen haben. In einem solchen Fall geht das von dem Notar ausdrücklich Erklärte vor, weil nur so der erklärende Notar den ihm erteilten Treuhandauftrag erfüllen kann.

Hieraus folgt weiter, dass auch nicht der von den Beteiligten zu 2 und 3 nunmehr beauftragte Notar durch Bezugnahme auf diese Urkunde von der dort beurkundeten Bewilligungserklärung Gebrauch machen kann, um diese in das Grundbuchverfahren einzuführen. Insoweit fehlt ihm jegliche Befugnis. Zudem handelt er insoweit treuwidrig, weil sein Handeln nicht im Einklang mit dem dem Notar L erteilten Treuhandauftrag steht.

b) Es ist auch glaubhaft, dass das Grundbuch infolge der vorgenommenen Löschung unrichtig geworden ist. Die Grundschuld zugunsten des Beteiligten zu 1 ist nicht erloschen. Von einer wirksamen Aufhebung oder einem wirksamen Verzicht, den mangels anderweitiger Anhaltspunkte allein in Betracht zu ziehenden Löschungstatbeständen, kann nicht ausgegangen werden. Entsprechende wirksame Erklärungen des Beteiligten zu 1 sind nicht erkennbar und können auch nicht der notariellen Urkunde entnommen werden.

Nach alledem ist deshalb der begehrte Amtswiderspruch einzutragen.

(...)

Anmerkung:

1. Grundlage für den Beschluss des OLG Braunschweig ist eine notarielle Niederschrift, mit der die Mutter ein Erbbaurecht an ihre beiden Söhne zu hälftiger Mitberechtigung überlässt. Für jeden der beiden Söhne ist am Erbbaurecht bereits je eine Grundschuld eingetragen, deren Löschung im Überlassungsvertrag bewilligt und beantragt, aber nicht vollzogen wird, weil der Notar die entsprechenden Anträge (warum auch immer) für die Beteiligten nicht stellt. Fast ein Vierteljahrhundert später beantragen die Einzelrechtsnachfolger des einen Sohnes unter Berufung auf die bei den Grundakten des Grundbuchamts verwahrte Urkunde die Löschung der Grundschuld des anderen Sohnes.

2. Zu Unrecht, wie das OLG Braunschweig meint und damit meinem Rechtsgefühl deutlich mehr entspricht als die Auffassung des Grundbuchamts, das keine Hemmungen hatte, die bei den Grundakten verwahrte Urkunde zu verwenden. Der Beschluss des OLG Braunschweig zum Verwertungsverbot einer bei den Grundakten verwahrten Urkunde

liegt auf einer Linie mit der Leitentscheidung des BGH¹, wonach eine Löschungsbewilligung, die nach Antragsrücknahme bei den Grundakten verbleibt, nicht als Grundlage für den späteren Eintragungsantrag eines anderen Antragstellers dienen kann. Der Beschluss verdient gleichwohl auch aktuelle Aufmerksamkeit, weil er die Langzeitriskanten aus „überschießenden“ Grundbucheklärungen in einer Urkunde aufzeigt und weil ich mir ziemlich sicher bin, dass das OLG Braunschweig unter grundbuchverfahrensrechtlichen Gesichtspunkten nicht richtig entschieden hat.

3. Der Reihe nach:

a) Das Grundbuchamt hat sich zu Recht von der Überlegung leiten lassen, dass eine frühere Bewilligung auf späteren Antrag für den Grundbuchvollzug wieder verwendet werden kann.² Das gilt sowohl dann, wenn ein auf den Vollzug der Bewilligung gerichteter Antrag zunächst wieder zurückgenommen wurde,³ als auch dann, wenn ein Vollzugsantrag gar nicht erst gestellt worden war.

b) Das OLG Braunschweig hat zu Recht betont, dass es für den Grundbuchvollzug nicht genügt, wenn dem Grundbuchamt additiv ein (späterer) Antrag und eine (frühere) Bewilligung zum Vollzug vorliegen. Der (spätere) Antragsteller muss sich nicht allein auf eine dem Grundbuchamt bereits vorliegende Bewilligung berufen können, sondern auch dürfen. Dies bedarf besonderer Prüfung, wo das Eintragungsverfahren, in das die Bewilligung ursprünglich eingeführt worden war, beendet oder eben gar nicht erst eröffnet ist, bevor der neue Eintragungsantrag gestellt wird. Bei dieser Prüfung komme ich zu einem anderen Ergebnis als das OLG Braunschweig:

c) Der an der Überlassung beteiligte Sohn, Rechtsvorgänger der jetzigen Antragsteller, hätte die Löschung der Grundschuld seines Bruders ohne dessen nochmalige Zustimmung mithilfe der beim Grundbuchamt liegenden Überlassungsurkunde herbeiführen können. Er war mit dem Erwerb des Halbaneils am Erbbaurecht gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO antragsberechtigt und er konnte gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG eine Ausfertigung der Überlassungsurkunde beanspruchen. Damit wurden zugleich die in der Überlassungsurkunde enthaltenen Grundbucheklärungen zur Löschung der Grundschuld im Verhältnis zu ihm wirksam⁴ und unwiderruflich.⁵ In diesem Punkt unterscheidet sich der dem OLG Braunschweig zur Entscheidung vorgelegte Sachverhalt grundlegend von dem vom BGH entschiedenen, in dem es um die Wiederverwertbarkeit einer bloß unterschiftsbeglaubigten Löschungsbewilligung ging. Der in der Urkunde zugunsten des Vollzugsnotars erklärte Verzicht auf das eigene Antragsrecht ist nach einhelliger Meinung im Schrifttum⁶ und überwiegender

¹ BGH, Urteil vom 26.5.1982, V ZB 17/80, BGHZ 84, 202 = NJW 1982, 2817; zust. BeckOK-GBO/Hügel/Kral § 10 Rdnr. 23; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 107.

² OLG Frankfurt, Beschluss vom 3.11.1994, 20 W 333/94, NJW-RR 1995, 785.

³ So BGH, Urteil vom 26.5.1982, V ZB 17/80, BGHZ 84, 202 = NJW 1982, 2817.

⁴ OLG Hamm, Beschluss vom 19.10.1988, 15 W 174/88, MittBayNot 1989, 27, 28 f.; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 24; *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 107.

⁵ BeckOK-GBO/Hügel/Holzer, § 19 Rdnr. 108.

⁶ BeckOK-GBO/Hügel/Reetz, § 13 Rdnr. 122.

Meinung der Rechtsprechung⁷ unwirksam und damit unbeachtlich, so dass er die Wirksamkeit der Löschungsbewilligung nicht in Frage stellen kann. Womöglich hätte sich der Sohn treuwidrig verhalten, wenn er an seinem Bruder und am vormaligen Vollzugsnotar vorbei die Löschung nur seiner Grundschuld betrieben hätte. Da die Überlassungsurkunde einen Bedingungszusammenhang der verschiedenen Anträge im Sinn des § 16 Abs. 2 GBO aber sogar ausdrücklich ausschloss, wäre dies für das Grundbuchamt nicht so offensichtlich gewesen, dass es allein deshalb den Löschantrag hätte zurückweisen dürfen.⁸ Es hätte den Löschantrag allenfalls zum Anlass nehmen können, den Grundschuldgläubiger anzuhören und ihm damit Gelegenheit zu geben, sich auf zivilprozessualen Weg um die Verhinderung der Löschung zu bemühen.

d) Für die Alleinerbin des Sohnes gelten dieselben Überlegungen, da auch sie kraft Gesamtrechtsnachfolge berechtigt war, eine Ausfertigung der Überlassungsurkunde gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG zu verlangen.⁹

e) Ob auch die jetzigen Antragsteller als Sonderrechtsnachfolger in diesem Sinne anspruchsberechtigt waren, lässt sich anhand des mitgeteilten Sachverhalts nur vermuten. Der Anspruch wird allgemein zuerkannt, wenn sich die Sonderrechtsnachfolge auf den Gegenstand der Urkunde bezieht und wenn sich aus der Urkunde Rechte und Pflichten ergeben und noch fortbestehen, in die die Nachfolger eintreten.¹⁰ Die Sonderrechtsnachfolge bezieht sich im vorliegenden Fall ebenso wie die ursprüngliche Überlassungsurkunde auf das grundschuldbelastete Erbbaurecht. Noch fortbestehende Rechte und Pflichten sind anzunehmen, wenn sich die Söhne in der Überlassungsurkunde ausdrücklich oder mit Abgabe der Löschungserklärungen zumindest konkludent zur Aufgabe ihrer Grundpfandrechte verpflichtet hatten und diese Verpflichtung nicht mit der auf die Umschreibung des Erbbaurechts und Löschung nur anderer Grundschulden eingeschränkten Antragstellung durch den Notar wieder aufgehoben wurde. Wenn die Antragsteller bei ihrem Erwerb des Anteils am Erbbaurecht die eingetragenen Grundpfandrechte nicht endgültig übernommen haben, bestehen auch die Rechte und Pflichten zur Grundschuld Löschung noch fort. Die Bewilligung verliert dann ihre Wirksamkeit selbst nach Jahrzehnten nicht durch bloßen Zeitablauf.¹¹ Die entsprechenden Rechtsfragen muss das Grundbuchamt im Eintragungsverfahren im Rahmen seiner Prüfungspflicht klären. Wenn sich die Antragsteller nur auf die bei den Grundakten geführte Ausfertigung berufen, müssen sie dem Grundbuchamt ihren gesetzlichen Ausfertigungsanspruch in der von § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO geforderten Form nachweisen. Zu einer wertenden Beurteilung des materiellen Rechts unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände ist das Grundbuchamt im Eintragungsverfahrensverfahren weder berechtigt noch verpflichtet.¹² Im Regelfall wird es

vom Sonderrechtsnachfolger die Vorlage einer eigenen Ausfertigung der Niederschrift verlangen, womit sich die Prüfung der Anspruchsberechtigung dorthin verlagert, wo sie hingehört, nämlich in das Beurkundungsverfahren.

f) Das Grundbuchamt durfte sich deshalb im vorliegenden Fall nicht mit dem Hinweis auf die bei den Grundakten vorhandene Niederschrift begnügen. Die Grundschuld wurde damit unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften, nämlich auf der Grundlage einer unklaren Bewilligung,¹³ gelöscht. Ob das Grundbuch dadurch auch unrichtig geworden ist, ist dagegen aus den oben genannten Gründen nicht glaubhaft gemacht. Ein Amtswiderspruch gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO war deshalb bei der Löschung nicht einzutragen. Stattdessen hätte der Grundschuldgläubiger gemäß § 899 BGB Rechtsschutz suchen können und müssen.

5. Für die Praxis empfiehlt sich, mit Grundbucheklärungen, die nicht gleich in ein Eintragungsverfahren eingeführt werden sollen, sparsam umzugehen, wie dies zum Beispiel bei der kaufvertraglichen „Bewilligungslösung“¹⁴ geschieht. Statt die Löschungsbewilligung zu beurkunden hätte der Notar auch lediglich ermächtigt werden können, (unter bestimmten Voraussetzungen) die Bewilligung der Löschung erst noch in Eigenurkunde¹⁵ zu erklären.

Notar Dr. Jörg Munzig, Dipl.-Kfm., Neu-Ulm

¹³ Vgl. Demharter, GBO, § 53 Rdnr. 21.

¹⁴ Vgl. Brambring in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl., A. I. Rdnr. 182.

¹⁵ BGH, Urteil vom 9.7.1980, V ZB 6/80, NJW 1981, 125.

6. BGB §§ 426, 748, 755, 1378 (*Berücksichtigung einer Gesamtschuld im Zugewinnausgleich*)

1. **Die güterrechtlichen Vorschriften über den Zugewinnausgleich verdrängen den Gesamtschuldnerausgleich nicht.**
2. **Gemeinsame Schulden sind bei beiden Ehegatten in voller Höhe als Passivposten zu berücksichtigen. Ein im Innenverhältnis bestehender Ausgleichsanspruch ist als Aktivposten einzustellen.**
3. **Eine zwischen den Ehegatten als Gesamtschuldner seit der Trennung geübte Praxis, nach der ein Ehegatte die Lasten eines gemeinsamen Hauses insgesamt trägt und der andere Ehegatte keine Nutzungsvergütung verlangt und keinen Anteil an Mieteinnahmen erhält, ist keine anderweitige Bestimmung im Sinne des § 426 Abs. 1 BGB, wenn noch eine hohe Restschuld aussteht und von einer in einem kurzen Zeitraum geübten Praxis nicht auf einen langfristigen Bindungswillen der Beteiligten geschlossen werden kann.**

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 6.3.2013, 6 UF 50/11

Gegenstand der beabsichtigten Berufung durch die Antragstellerin wäre die rechtliche Einordnung von Darlehensverbindlichkeiten im Rahmen des zwischen den Parteien durchzuführenden Zugewinnausgleichs. Die Antragstellerin und der Antragsgegner schlossen am ... 7.1987 die Ehe. Nach Eheschließung bauten die Parteien eine auf dem Grundstück der Eltern der Antragstellerin neben dem Wohnhaus der Eltern befindliche Scheune zu einem Wohnhaus um, wobei dieser Umbau von den Parteien mithilfe von Darlehen finanziert und getätigt wurde. 1989 wurde das von den Parteien errichtete Wohnhaus nebst Miteigentumsanteilen an die Antragstellerin übertragen, die die

⁷ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.5.1993, 11 W 186/92, BWNotZ 1994, 69; LG Frankfurt, Beschluss vom 13.8.1991, 2/9 T 674/912, MittRhNotK 1992, 116; LG Magdeburg, Beschluss vom 20.11.1995, 3 T 610/95, Rpfleger 1996, 244; offengelassen von OLG Frankfurt, Urteil vom 28.2.1991, IX ZR 74/90, DNotZ 1992, 38, 391; a. A. OLG Hamm, Beschluss vom 26.3.1975, 15 Wx 197/74, MittBayNot 1975, 172.

⁸ Vgl. Schöner/Stöber, a. a. O., Rdnr. 107.

⁹ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.1.2007, 14 Wx 51/06, DNotZ 2008, 139; Winkler, BeurkG, 17. Aufl. § 51 Rdnr. 14.

¹⁰ KG, Beschluss vom 12.8.1997, 1 W 491/96, MittBayNot 1997, 378 m. Anm. Winkler.

¹¹ BeckOK-GBO/Hügel/Holzer, § 19 Rdnr. 109 m. w. N.

¹² Schöner/Stöber, a. a. O., Rdnr. 207 ff.

Hälfte dem Antragsgegner übertrug. Später wurde auch das verbleibende Wohnhaus nebst Miteigentumsanteilen an die Antragstellerin übertragen, die wiederum die Hälfte dem Antragsgegner übertrug. Nachdem sich die Parteien trennten blieb die Antragstellerin im Anwesen der Parteien und der Antragsgegner zog aus. Auf den Scheidungsantrag der Antragstellerin hin, der dem Antragsgegner am 24.1.2008 zugestellt wurde, wurde die Ehe der Parteien durch Urteil vom ... 12.2008, das am gleichen Tag rechtskräftig wurde, geschieden. Das Verfahren über den Zugewinnausgleich wurde abgetrennt. Zum Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrags lasteten auf der Immobilie der Parteien Darlehensverbindlichkeiten, für die sie im Außenverhältnis gesamtschuldnerisch haften. Diese Darlehensverbindlichkeiten beliefen sich zum Stichtag auf eine Gesamtsumme i. H. v. 133.266,48 €. Sie beruhen auf zwei Darlehensverträgen mit der ..., drei Darlehensverträgen mit der ... und drei Darlehensverträgen mit der ... (zu einer Aufstellung im Einzelnen siehe Bl. 20 d. A.). Die Antragstellerin bediente seit dem Auszug des Antragsgegners aus dem ehelichen Haus bis zum Zeitpunkt der Entscheidung in der ersten Instanz die Darlehensverbindlichkeiten mit Ausnahme eines Vertrags bei der ..., auf den der Antragsgegner monatlich 39,88 € zahlte. Aus der Vermietung eines Teils der Immobilie resultierte zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung ein Mietzins i. H. v. monatlich 620 €, der an die Antragstellerin gezahlt wurde. Nutzungsvergütung bezahlte die Antragstellerin nicht. Das AG rechnete in seinem Urteil vom 5.1.2011 den Parteien die Darlehensforderungen jeweils hälftig zu und kam unter Berücksichtigung der Übrigen – für die Bewertung der Erfolgsaussichten der Berufung nicht maßgeblichen – Berechnungen zu einem Zugewinnausgleichsanspruch der Antragstellerin in Höhe von 5.057,28 €. Die Antragstellerin beabsichtigt, gegen diese Entscheidung Berufung einzulegen und beantragt dazu Prozesskostenhilfe. Sie ist der Auffassung, dass die Darlehensverbindlichkeiten vollständig der Passivseite ihres Endvermögens zuzurechnen sind, weil sie sie bedient. Sie beruft sich dazu auf die Entscheidung des BGH vom 6.10.2010, XII ZR 10/09, FamRZ 2011, 25. Dieser Einordnung stehe auch nicht entgegen, dass sie die Mieteinkünfte erhalte und keine Nutzungsvergütung zahle. Auf die Mieteinkünfte habe der Antragsgegner keinen Anspruch und im Übrigen seien sie im Rahmen einer Unterhaltspflicht berücksichtigt worden. Aufgrund der Übernahme der Darlehensverbindlichkeiten sei von einer Vereinbarung im Innenverhältnis der Parteien auszugehen, die dazu führe, dass die Antragstellerin im Innenverhältnis keinen Anspruch auf Gesamtschuldnerausgleich gegen den Antragsgegner habe. Nach Zustellung des Urteils des AG am 12.1.2011 (Bl. 117 d. A.) beantragt die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 11.2.2011, per Fax eingegangen am 11.2.2011, die Bewilligung von „Verfahrenskostenhilfe“ für eine einzulegende Berufung, in der beantragt werden soll, die Entscheidung des AG dahingehend abzuändern, dass der Antragsgegner verurteilt wird, an die Antragstellerin 33.391,72 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.3.2010 zu zahlen. Der Antragsgegner beantragt, den Antrag auf Bewilligung von „Verfahrenskostenhilfe“ zurückzuweisen. Der Antragsgegner ist der Auffassung, dass die Darlehensverbindlichkeiten vom AG zutreffend jeweils hälftig dem passiven Endvermögen der Parteien zugerechnet wurden. In der ersten Instanz hatte der Antragsgegner dazu behauptet, dass der Nutzungsvorteil der Antragstellerin einen Wert i. H. v. monatlich 600 € habe. Zudem sei die vereinbarte Lastenverteilung nicht im Rahmen der Berechnung von Ehegattenunterhalt, sondern nur bei der Berechnung von Kindesunterhalt berücksichtigt worden, was von der Antragstellerin in der ersten Instanz nicht bestritten wird.

Aus den Gründen

II.

Die einzulegende Berufung, auf die gemäß Art. 111 Abs. 1, 4 Satz 2 FGG-RG altes Verfahrensrecht anzuwenden ist, hat keine Aussicht auf Erfolg, weil das beanstandete Urteil nicht auf einer Rechtsverletzung zum Nachteil der Antragstellerin beruht (§ 513 Abs. 1 Alt. 1, § 546 ZPO). Die vom AG vorgenommene Einordnung der Darlehensverbindlichkeiten ist im rechtlichen Ergebnis zutreffend.

Es ist nach der gebotenen summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten im Verfahren über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe kein Anspruch der Antragstellerin erkennbar, der über

den titulierten Anspruch auf Zugewinnausgleich gemäß § 1378 Abs. 1 BGB hinausgeht. Den bei beiden Parteien in das Passivvermögen einzustellenden gesamten Darlehensverbindlichkeiten stehen jeweils in das Aktivvermögen einzustellende Ausgleichsforderungen gemäß § 426 Abs. 1 BGB in Höhe der Hälfte der Darlehensforderungen gegenüber.

Die güterrechtlichen Vorschriften über den Zugewinnausgleich verdrängen den Gesamtschuldnerausgleich nicht (BGH, Urteil vom 6.10.2010, XII ZR 10/09, Rdnr. 16, zitiert nach der Entscheidungssammlung des BGH unter www.bundesgerichtshof.de, FamRZ 2011, 25). Soweit bei Zustellung des Scheidungsantrags gemeinsame Verbindlichkeiten der Ehegatten noch nicht getilgt sind, ist im Endvermögen beider Ehegatten jeweils die noch bestehende Gesamtschuld in voller Höhe als Passivposten zu berücksichtigen. Demgegenüber ist – die Durchsetzbarkeit vorausgesetzt – der jeweilige Ausgleichsanspruch gegen den anderen Ehegatten, der die Befriedigung des Gläubigers nicht voraussetzt, als Aktivposten einzusetzen. Im Ergebnis hat das regelmäßig zur Folge, dass Ehegatten, die als Gesamtschuldner haften, die gemeinsamen Verbindlichkeiten bei ihrem Endvermögen jeweils nur mit der Quote ansetzen können, die im Innenverhältnis auf sie entfällt (BGH, a. a. O.). Maßgeblich ist daher die Verteilung der Schulden im Innenverhältnis. Gemäß § 426 Abs. 1 Satz 1 haften Gesamtschuldner zu gleichen Anteilen, wenn nicht ein anderes bestimmt ist. Eine abweichende Bestimmung kann sich aus dem Gesetz, einer Vereinbarung, dem Inhalt und Zweck des Rechtsverhältnisses oder der Natur der Sache ergeben, mithin aus der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens (BGH, a. a. O., Rdnr. 17). Aus den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 748, 755 BGB lässt sich zunächst der Grundsatz ableiten, dass sich die Haftung im Innenverhältnis nach dem Verhältnis der Anteile an dem Vermögensgegenstand richtet, wenn sich nicht aus einer Vereinbarung oder den besonderen Umständen des Falles etwas anderes ergibt (BGH, a. a. O., Rdnr. 18). Solche besonderen Umstände können etwa gegeben sein, wenn die Schuldentilgung bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts berücksichtigt wurde, nicht jedoch wenn eine Berücksichtigung bei der Berechnung des Kindesunterhalts erfolgte (BGH, a. a. O., Rdnr. 21, unter Hinweis unter anderem auf BGH, Urteil vom 9.1.2008, XII ZR 184/05, das allerdings nicht die Behandlung eines gesamtschuldnerischen Anspruchs im Zugewinnausgleich, sondern nur die Frage eines Anspruchs nach § 426 Abs. 1 BGB betrifft). Des Weiteren kann laut BGH bei Eheleuten eine anderweitige Bestimmung im Einzelfall dann angenommen werden, wenn die tatsächliche Handhabung, nämlich die weitere Nutzung einer Immobilie der Partei, die während dieser Zeit auch die Lasten getragen hat, auf eine (stillschweigende) Vereinbarung des Inhalts schließen lässt, dass es damit hinsichtlich des internen Ausgleichs sein Bewenden haben soll, weil Nutzungen und Leistungen in einem angemessenen Verhältnis stehen (BGH, Urteil vom 6.10.2010, XII ZR 10/09, a. a. O., Rdnr. 22). Zu beachten ist dabei, dass sich der BGH auf ein vorangegangenes Urteil des BGH beruft (Urteil vom 13.1.1993, XII ZR 212/90), in dem das Gericht über einen Anspruch nach § 426 Abs. 1 BGB zu entscheiden hatte und die Gesamtschuld, um deren Ausgleich es im Innenverhältnis ging, bereits vollständig getilgt war, so dass der Beurteilung der Angemessenheit der ins Verhältnis gesetzten Leistungen ein abgeschlossener Sachverhalt zugrunde lag.

Aus diesen Rechtsmaßstäben ergibt sich, dass im vorliegenden Fall nicht von einer Verteilung der Gesamtschuld im Innenverhältnis ausgegangen werden kann, die von der Verteilung nach Eigentumsanteilen abweicht. Der vom BGH erwähnte Fall einer abweichenden Regelung der Verteilung

der Gesamtschuld im Innenverhältnis für den Fall, dass die Zins- und Tilgungsleistungen im Rahmen des Ehegattenunterhalts berücksichtigt wurden, liegt hier nicht vor. Die Antragstellerin hatte vorgetragen, dass die Tilgungsleistungen bei der Unterhaltsberechnung berücksichtigt worden seien. Die Erwiderung des Antragsgegners, dass die Berücksichtigung bei der Berechnung des Kindesunterhalts erfolgte, blieb unbestritten. Die Berücksichtigung von Tilgungsleistungen im Rahmen der Berechnung des Kindesunterhalts führt nach der Rechtsprechung jedoch nicht zu einer abweichenden Regelung im Innenverhältnis gemäß § 426 Abs. 1 BGB.

Auch der weitere vom BGH angesprochene Fall, dass bei Nutzung der Immobilie und Übernahme der Lasten im Einzelfall auf eine stillschweigende Übernahme der Gesamtschuld im Innenverhältnis geschlossen werden kann, ist hier nicht gegeben. Die Immobilie, für die die gesamtschuldnerischen Darlehen von den Parteien aufgenommen wurden, steht jeweils im hälftigen Miteigentum der Parteien, was zunächst eine Aufteilung nach Eigentumsanteilen nahelegt. Die zwischen Trennung und Entscheidung über den Zugewinn ausgleich in erster Instanz praktizierte Handhabung der Parteien dahingehend, dass die Antragstellerin Zins- und Tilgungsleistungen i. H. v. 989 € monatlich übernommen und dafür Miete i. H. v. 620 € erhalten sowie keine Nutzungsschädigung gezahlt hat, führt nicht zu einer anderweitigen Regelung im Sinne des § 426 Abs. 1 BGB, weil zum einen der Antragsgegner einen, wenn auch kleinen, Teilbetrag der Zins- und Tilgungsleistungen weiterhin getragen hat, was gegen eine abschließende Regelung in Bezug auf die Darlehen auf das Haus spricht. Zum anderen stand zum Zeitpunkt der Entscheidung in der ersten Instanz nicht fest, dass Leistungen und Nutzungen in einem angemessenen Verhältnis stehen. Angesichts der Höhe der verbleibenden Verbindlichkeiten liegt in der Handhabung der Parteien kein besonderer Umstand, der zu einer von § 426 Abs. 1 BGB abweichenden Regelung führt. Wenn man wie die Antragstellerin – allerdings unzutreffend – davon ausgeht, dass der Antragsgegner keinen Anspruch auf einen Anteil der Miete und auch keinen Anspruch auf Nutzungsvergütung hat, liegt die mangelnde Angemessenheit von Leistung und Nutzung auf der Hand. Der Antragsgegner würde ohne Gegenleistung im Innenverhältnis von der Darlehensverbindlichkeit befreit. Auch unter Berücksichtigung des Anspruchs des Antragsgegners auf Früchte des Eigentums ergibt sich jedoch keine andere Wertung. Dem Antragsgegner steht als hälftigem Miteigentümer jedenfalls ab dem Zeitpunkt, zu dem er dies geltend macht, gemäß § 743 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf eine der Hälfte des Nutzungsvorteils entsprechende Nutzungsvergütung und ergänzend ggf. hälftige Miete als Früchte des Miteigentumsanteils zu. Ein angemessenes Verhältnis zwischen Leistung und Nutzung bestünde nur, wenn aus dem Verhalten der Parteien geschlossen werden könnte, dass die Antragstellerin die verbleibende Restschuld des Antragsgegners i. H. v. 66.633,24 € bei monatlichen für den Anteil des Antragsgegners zu leistenden Zahlungen i. H. v. 494,50 € (989 € : 2) übernimmt und der Antragsgegner dafür für einen Zeitraum auf Früchte aus dem Miteigentumsanteil verzichtet, der wirtschaftlich zu einem angemessenen Verhältnis der Leistungen führt. Bei einem unterstellten Wert der zu ziehenden Früchte in Höhe der von der Antragstellerin übernommenen Leistung i. H. v. monatlich 494,50 € würde dies einer Vereinbarung mit Gültigkeit für einen Zeitraum von etwas über elf Jahren entsprechen (66.633,24 € : 494,50 € : 12 Monate). Bei einem Anspruch des Antragsgegners auf hälftige Miete, d. h. 310 €, und Nutzungsvergütung in Höhe des halben vom Antragsgegner behaupteten Wohnwerts, d. h. 300 €, ergäbe

sich eine Bindung für einen Zeitraum von etwas mehr als neun Jahren (66.633,24 € : 610 € : 12). Eine derart langfristige konkludent getroffene Vereinbarung kann aus der Handhabung der Parteien nicht zwingend geschlossen werden, zumal der Antragsgegner nach wie vor einen, wenn auch kleinen Teil der Zins- und Tilgungsleistungen übernommen hat. Die Handhabung stellt allein eine Regelung der Verhältnisse nach Scheitern der Ehe dar und kann nicht dahingehend ausgelegt werden, dass beide Seiten für einen derart langen Zeitraum trotz Scheiterns der Ehe die Eigentumsverhältnisse an der Immobilie und deren Nutzung und fortgesetzte Finanzierung festschreiben wollten. Aus diesem Grund steht zum Zeitpunkt der Regelung des Zugewinnausgleichs nicht fest, dass Leistung und Gegenleistung (überwiegende Zins- und Tilgungsleistungen einerseits und Nutzungsüberlassung und Mieteinnahmen andererseits) in einem angemessenen Verhältnis stehen. Damit steht ebenfalls nicht fest, dass die gesamtschuldnerische Haftung der Parteien nach Anteilen nach den Umständen von einer anderweitigen Regelung überlagert ist. Entsprechend ist die gesamtschuldnerische Verpflichtung in voller Höhe jeweils in die Passiva des Endvermögens der Parteien einzustellen und die hälftige Ausgleichsforderung in die Aktiva des Endvermögens. Dies führt im Ergebnis dazu, dass die Darlehen jeweils zur Hälfte zum passiven Endvermögen der Parteien zu zählen sind, wie vom AG vorgenommen.

7. BGB § 1626a Abs. 1, § 1643 Abs. 1, § 1821 Nrn.1 und 4, § 1822 Nr. 3; GBO § 71 Abs. 1, § 13 Abs. 1 Satz 2 (*Familiengerichtliche Genehmigung bei Veräußerung eines Grundstücks durch BGB-Gesellschaft*)

Die Eltern bedürfen zur Veräußerung eines Grundstücks, das im Eigentum einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts steht, der auch ihre minderjährigen Kinder angehören, auch nach der Änderung der Rechtsprechung zur Rechtsstellung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts der familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1643 Abs. 1, § 1821 Nrn. 1 und 4 BGB, wenn es sich um eine vermögensverwaltende Gesellschaft handelt, zu deren Geschäftsgegenstand die Veräußerung von Grundstücken nicht gehört.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 4.10.2012, 15 W 1623/12

Die Beschwerdeführer wenden sich gegen die Zurückweisung eines Eintragungsantrags.

1. Im Grundbuch von Ansbach sind als Grundstückseigentümerin des Grundstücks FlNr. ... und ... eingetragen Dr. F, Dr. A, L, E, Y und P als Gesellschafter bürgerlichen Rechts. Y ist geboren am ... 1997, P am ... 2000. Nach § 2 des Gesellschaftsvertrages vom ... 2004 ist Gegenstand der Gesellschaft die gewinnbringende Verwaltung eigenen Vermögens; die Gesellschaft kann alle Geschäfte betreiben, die geeignet sind, den Gesellschaftszweck zu fördern. Die Erklärungen des Ergänzungspflegers für P wurden vormundschaftsgerichtlich genehmigt.

Das Grundstück ist belastet mit einem Erbbaurecht zugunsten von Herrn M und einem Nießbrauch für Frau R.

Mit Kaufvertrag vom 6.12.2011 verkauften die Eigentümer das Grundstück an M. Zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübergang bewilligten sie und beantragte der Käufer die Eintragung einer Vormerkung. Frau R verzichtete auf ihr Nießbrauchsrecht und bewilligte dessen Löschung. Der Käufer erklärte die Aufhebung des Erbbaurechts, sobald er Eigentümer geworden sei. Unter IX. des Vertrages wies der Notar darauf hin, dass die für die beteiligten Minderjährigen abgegebenen Erklärungen der Genehmigung durch das Familiengericht bedürften und vor rechtskräftiger Erteilung dieser Genehmigung nicht wirksam würden.

Beim Abschluss des Vertrages handelte Dr. F als Vertreter ohne Vertretungsmacht unter anderem von P und Y. Am 6.1.2012 genehmigten E und Dr. A als gesetzliche Vertreter für P und Y die in der Urkunde abgegebenen Erklärungen.

2. Unter dem 5.6.2012 beantragte der Notar die Eintragung der Auflassungsvormerkung. Beigefügt war ein Negativattest des AG Tempelhof-Kreuzberg, in dem festgestellt wurde, dass es für die Erklärungen von P und Y keiner familiengerichtlichen Genehmigung bedürfe.

Unter dem 6.6.2012 forderte das Grundbuchamt die Vorlage von Geburtsurkunden von Y und P zum Nachweis der gesetzlichen Vertretung sowie die Vorlage einer familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1643 Abs. 1, § 1821 Nr. 1 BGB; diese sei auch erforderlich, wenn nicht der Minderjährige selbst, sondern eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Eigentümer sei.

Der Beschwerdeführer Dr. F legte daraufhin ein Schreiben des AG Tempelhof-Kreuzberg vom 29.5.2012 vor, in dem festgestellt wurde, dass nach nochmaliger Prüfung eine Genehmigung nicht zu erteilen sei. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei rechtsfähig. Die Beteiligung der Minderjährigen habe außerdem einer „Eingangskontrolle“ nach § 1822 Nr. 3 BGB unterlegen.

3. Mit Beschluss vom 19.7.2012 wies das Grundbuchamt den Eintragungsantrag zurück. Zur Begründung führte es aus:

Die gesetzliche Vertretung von Y sei nicht nachgewiesen, da ein Nachweis für die Vaterschaft trotz mehrfacher Aufforderung nicht vorgelegt worden sei. Auch die nach § 1643 Abs. 1, § 1821 Nrn. 1, 4 BGB erforderliche familiengerichtliche Genehmigung liege nicht vor. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte über das Grundvermögen von Minderjährigen seien nicht deshalb genehmigungsfrei, weil das Grundeigentum nicht in unmittelbarer Form vorliege, sondern nur mittelbar als Anteil an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Das entspreche dem Schutzzweck der § 1643 Abs. 1, § 1821 Nrn. 1 und 4 BGB. Minderjährige vor einem vorschnellen Verlust von grundsätzlich langlebigem und krisenfestem Grundbesitz zu bewahren. Daran sei auch nach der Wandlung der Rechtsprechung zur Rechtsstellung der BGB-Gesellschaft festzuhalten; denn diese habe nicht den Minderjährigenschutz ändern wollen. Es sei auch keine Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB ersichtlich, die im Sinne einer „Eingangskontrolle“ die Veräußerung mittrage. Derartiges sei denkbar etwa bei der Genehmigung des Beitritts zu einer Gesellschaft, die gewerbsmäßig den An- und Verkauf von Grundstücken betreibe. Ein solcher Fall liege nicht vor. Bei Erwerb des Grundstücks seien lediglich die Schenkungen und im Fall von P die Gründung der Vermögensverwaltungs-GbR genehmigt worden.

4. Mit Schreiben vom 24.7.2012, bei Gericht eingegangen am 26.7.2012, haben die Beschwerdeführer Beschwerde eingelegt. Sie sind der Auffassung, dass der Verkauf von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung beim Eintritt in die Gesellschaft umfasst sei. In § 2 des Gesellschaftsvertrages heiße es, dass Zweck der Gesellschaft die gewinnbringende Verwaltung eigenen Vermögens sei und sie alle Geschäfte betreiben könne, die dem Gesellschaftszweck förderlich seien. Außerdem wurde eine Ablichtung der Geburtsurkunde von Y vorgelegt.

5. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Zwar sei die gesetzliche Vertretung von Y nun nachgewiesen. Es sei aber weiterhin nicht dargetan, dass das Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung nicht vorliege. Der Gesellschaftsvertrag deklariere die Gesellschaft als Besitz-, nicht als Erwerbsgesellschaft. Unabhängig davon sei auch der Eintritt von Y in die Gesellschaft nicht genehmigt worden.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

1. Beschwerdeführer sind der Käufer M, der unter II. 5. des Kaufvertrages die Eintragung der Vormerkung beantragt hat, und Dr. F, der sich am Verfahren des Grundbuchamtes und am Beschwerdeverfahren beteiligt hat.

2. Die Beschwerde gegen die Ablehnung der Eintragung ist statthaft (§ 71 Abs. 1 GBO). Die Beschwerdeführer sind beide antragsberechtigt (§ 13 Abs. 1 Satz 2 GBO).

3. Die Beschwerde ist unbegründet. Die Voraussetzungen für die Eintragung der Auflassungsvormerkung liegen nicht vor, weil der Kaufvertrag vom 6.12.2011 der familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 1 BGB bedurfte.

a) Die nach § 19 GBO erforderliche Bewilligung einer Auflassungsvormerkung durch den Verkäufer ist in II. 5. der Urkunde vom 6.12.2011 enthalten. Auf Verkäuferseite hängt die Wirksamkeit des Vertrages dabei von der Genehmigung der vier Verkäufer ab, für die Dr. F als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat (§ 177 Abs. 1 BGB). Die Genehmigungen, die nicht der notariellen Beurkundung bedürfen (§ 182 Abs. 2 BGB; BGH, NJW 1994, 1344), sind jeweils öffentlich beglaubigt und damit in der für den Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt notwendigen Form (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO) erteilt worden.

b) Die Vertretung der auf Verkäuferseite beteiligten Minderjährigen P und Y ist nachgewiesen.

Aus den vorgelegten Geburtsurkunden ergibt sich die Vertretungsbefugnis für P, weil auch unabhängig vom nicht vorliegenden Nachweis einer Eheschließung entweder nur die Mutter (§ 1626a Abs. 2 BGB) oder beide Eltern (§ 1626a Abs. 1, § 1626 Abs. 1 BGB) sorgeberechtigt und damit vertretungsberechtigt sind (§ 1629 Abs. 1 BGB). Nachdem durch Vorlage der ergänzten Geburtsurkunde im Beschwerdeverfahren feststeht, dass A und Dr. A die Eltern von Y sind, ist auch für ihn die Vertretungsberechtigung in gleicher Weise nachgewiesen.

c) Zusätzlich zur Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters bedurften die Veräußerung des Grundstücks und die damit verbundenen Willenserklärungen durch P und Y nach § 1643 Abs. 1, § 1821 Nrn. 1 und 4 BGB der Genehmigung des Familiengerichts. Eine solche liegt nicht vor. Sie ist auch nicht entbehrlich, soweit der Beitritt der Minderjährigen zu der Familie E Vermögensverwaltungsgesellschaft I bürgerlichen Rechts vormundschaftsgerichtlich genehmigt wurde, da der Wirkungsbereich dieser Genehmigung die vorliegende Grundstücksveräußerung nicht umfasst.

(1) Die Genehmigung war nicht deshalb entbehrlich, weil es sich nicht um ein Grundstück des Minderjährigen handelt, sondern um das einer BGB-Gesellschaft, in der er Mitglied ist.

Formell gesehen schränken die Genehmigungspflichten nach §§ 1643, 1821 f. BGB die Vertretungsmacht der Eltern ein; danach sind sie grundsätzlich eng auszulegen. Die Genehmigungspflicht wird aber auch bejaht, wenn der Minderjährige nicht Alleineigentümer, sondern Miteigentümer zur gesamten Hand ist (OLG Koblenz, FamRZ 2003, 249; *Wagenitz* in MK BGB, 6. Aufl., § 1821 Rdnr. 7; *Staudinger/Engler*, Neubearb. 2004, § 1821 Rdnr. 31). Bis zur Änderung der Rechtsprechung des BGH zur Rechtsstellung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts war dies unproblematisch, weil Zuordnungssubjekt des Gesellschaftsvermögens die Gesellschafter in gesamthänderischer Verbundenheit waren; da nunmehr allerdings die Gesellschaft selbst als Eigentümerin angesehen wird, betrifft die Verfügung nicht mehr unmittelbar Vermögen des Minderjährigen. Nach dem Zweck des Genehmigungserfordernisses, den Minderjährigen gegen Beeinträchtigungen seines als besonders sicher und wertbeständig betrachteten Grundvermögens zu schützen (*Palandt/Diederichsen*, 71. Aufl., § 1821 Rdnr. 6; *Engler*, a. a. O., § 1821 Rdnr. 29), ist die Genehmigungsbedürftigkeit aber auch nach der Änderung der Rechtsprechung weiterhin für Verfügungen zu bejahen, wenn Gegenstand des Verpflichtungs- oder Verfügungs-

geschäftes ein Grundstück ist, das einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gehört, an der der Minderjährige beteiligt ist (OLG Koblenz, FamRZ 2003, 249; *Wagenitz*, a. a. O., § 1821 Rdnr. 9 und Fn. 16). Zweck der geänderten Rechtsprechung ist – wie das Grundbuchamt zutreffend ausführt – nicht eine Einschränkung des Minderjährigenschutzes, sondern eine Anpassung der Behandlung der BGB-Gesellschaft an geänderte Verhältnisse.

(2) Allerdings wird bei Grundstücksverfügungen einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, an welcher ein Minderjähriger beteiligt ist, ein gesondertes Genehmigungserfordernis gemäß § 1821 BGB verneint (*Wagenitz*, a. a. O., § 1821 Rdnr. 8 f.; *Engler*, a. a. O., § 1821 Rdnr. 15 f., 33). Dafür sprechen die rechtliche Verselbständigung dieser Gebilde, die Genehmigungspflicht beim Beitritt des Minderjährigen zu einer Erwerbsgesellschaft (§ 1822 Nr. 3 BGB) und die Erwägung, dass ansonsten dem Gericht in weitem Umfang die Entscheidung kaufmännischer Zweckmäßigkeitsfragen bei der Führung des Gesellschaftsunternehmens aufgebürdet würde, was als praktisch untragbar empfunden wird. Die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer einer Gesellschaft wird nicht dadurch eingeschränkt, dass Minderjährige an der Gesellschaft beteiligt sind. Die Beteiligung eines Minderjährigen an einer Personengesellschaft bewirkt nicht, dass die Rechtsgeschäfte, zu denen Minderjährige der vormundschaftlichen Genehmigung bedürfen, nunmehr auch für die Gesellschaft selbst nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abgeschlossen werden können und damit die Gesellschaft selbst unter Kontrolle des Familiengerichts steht (BGH, NJW 1971, 375, 376 zu § 1822 Nr. 3 BGB; LG Wuppertal, NJW-RR 1995, 152). Diese Überlegungen müssen auch für eine BGB-Gesellschaft gelten (LG Wuppertal, NJW-RR 1995, 152; *Wagenitz*, a. a. O., § 1821 Rdnr. 9; *Engler*, a. a. O., § 1821 Rdnr. 16; OLG Schleswig, NJW-RR 2002, 737).

Diese Auslegung bedarf aber einer Einschränkung: Die gerichtliche Genehmigung des Beitritts zu einer Gesellschaft nach § 1822 Nr. 3 BGB bezieht sich ihrem Zweck nach auch auf solche künftigen, ihrerseits genehmigungsbedürftigen Geschäfte, die zum Zeitpunkt des Beitritts bereits absehbar waren (LG Wuppertal, NJW-RR 1995, 152). Aus diesem Grund ist das Erfordernis gesonderter familiengerichtlicher Genehmigung zu Grundstücksverfügungen bei einer gewerblich tätigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu verneinen; die Genehmigung des Beitritts schließt die einzelnen Geschäfte im Rahmen des Gesellschaftszwecks mit ein (LG Wuppertal, NJW-RR 1995, 152; OLG Schleswig, NJW-RR 2002, 737; *Wagenitz*, a. a. O., § 1821 Rdnr. 20; *Engler*, a. a. O., § 1821 Rdnr. 16). Dagegen ist eine Genehmigung nicht entbehrlich, wenn es sich um eine Gesellschaft verwaltenden Charakters handelt; hier umfasst die Prüfung des Beitritts zu der Gesellschaft nicht die Veräußerung des Grundbesitzes oder von Teilen davon (OLG Koblenz, FamRZ 2003, 249; *Engler*, a. a. O., § 1821 Rdnr. 16), jedenfalls wenn sie aus dem Gesellschaftszweck und dem Gesellschaftsvertrag nicht erkennbar ist (*Wagenitz*, a. a. O., § 1821 Rdnr. 20). Daran ändert auch die geänderte Rechtsprechung des BGH zur Rechtsstellung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nichts, weil sonst die in § 1821 BGB aufgeführten Rechtsgeschäfte bei Beteiligung Minderjähriger an nicht erwerbstätigen Gesellschaften keinerlei Kontrolle unterlägen; das wäre mit dem Schutzzweck der Bestimmung unvereinbar (OLG Koblenz, FamRZ 2003, 249; *Wagenitz*, a. a. O., § 1821 Rdnr. 9 Fn. 16). Es erscheint im Hinblick auf den erwähnten Schutzzweck des Genehmigungserfordernisses, den Minderjährigen gegen Beeinträchtigungen seines als besonders sicher und wertbeständig betrachteten Grundvermögens zu schützen

(*Palandt/Diederichsen*, 71. Aufl., § 1821 Rdnr. 6), nicht überzeugend, dass Grundstücksgeschäfte von BGB-Gesellschaften, an denen Minderjährige beteiligt sind, allein deswegen keiner Genehmigungspflicht mehr unterliegen sollen, weil Zuordnungssubjekt jetzt nicht mehr die Gesellschafter selbst zur gesamten Hand, sondern die Gesellschaft selbst ist.

(3) Danach war eine Genehmigung nicht wegen der gerichtlichen Genehmigung der Beteiligung an der Familie E Vermögensverwaltungsgesellschaft I bürgerlichen Rechts – die im Übrigen nur für P, nicht aber für Y nachgewiesen ist, weshalb dem Antrag ohnehin derzeit nicht stattgegeben werden könnte – entbehrlich. Dem Gesellschaftsvertrag ist nicht zu entnehmen, dass Gegenstand der Gesellschaft auch die Veräußerung der ihr Gesellschaftsvermögen bildenden Grundstücke sein soll. Die Gesellschaft ist als „Vermögensverwaltungsgesellschaft“ bezeichnet, der laut Präambel des Gesellschaftsvertrages im Wege der vorweggenommenen Erbfolge Grundstücke übertragen werden sollten. Als Gesellschaftszweck wird in § 2 des Gesellschaftsvertrages die gewinnbringende Verwaltung eigenen Vermögens genannt, wozu die Gesellschaft alle Geschäfte betreiben kann, die geeignet sind, den Gesellschaftszweck zu fördern. Aus diesen Formulierungen lässt sich nicht erkennen, dass Gegenstand der Gesellschaft auch die Veräußerung des ihr übertragenen Grundbesitzes sein soll; die Begriffe „Vermögensverwaltungsgesellschaft“ und „Verwaltung eigenen Vermögens“ deuten eher darauf hin, dass ihre Tätigkeit in der Nutzung der Grundstücke besteht und ist im besten Fall hinsichtlich einer Erwerbstätigkeit neutral. Die Verwaltung eigenen Vermögens steht etwa bei der Auslegung von § 14 BGB sogar im Gegensatz zur unternehmerischen Tätigkeit (vgl. *Palandt/Ellenberger*, 71. Aufl., § 14 Rdnr. 2 m w. N.).

(...)

Anmerkung:

1. Einleitung

Die Entscheidung des OLG Nürnberg ist zwar bereits über ein Jahr alt, verdient aber dennoch eine vertiefte Betrachtung. Sie befasst sich mit der interessanten Frage nach der Genehmigungsbedürftigkeit von Grundstücksgeschäften einer rein vermögensverwaltenden GbR, an der Minderjährige beteiligt sind, wenn – unnötigerweise – bereits deren Beitritt zur Gesellschaft genehmigt worden war. Das OLG bejaht die Genehmigungsbedürftigkeit des Grundstücksgeschäfts zutreffend und schließt sich damit der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur an.

2. Sachverhalt

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eigentümer eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks war eine GbR, an der unter anderem zwei Minderjährige beteiligt waren. Deren Beitritt war 2004 vormundschaftsgerichtlich genehmigt worden. Gegenstand der Gesellschaft war die gewinnbringende Verwaltung eigenen Vermögens. Die Gesellschaft konnte alle Geschäfte betreiben, die geeignet waren, den Gesellschaftszweck zu fördern. Nun wollte die GbR das Grundstück an den Erbbauberechtigten veräußern. Das Familiengericht hielt eine Genehmigung für nicht erforderlich und erteilte ein entsprechendes Negativattest. Das Grundbuchamt hingegen, das die Genehmigungsbedürftigkeit selbst zu prüfen hat und an ein Negativattest nicht gebunden ist,¹ forderte eine Genehmigung.

¹ Vgl. BGH, Urteil vom 30.11.1965, V ZR 58/63, BGHZ 44, 325.

3. Grundsatz: Keine Genehmigungsbedürftigkeit bei bloß wirtschaftlicher Beteiligung

Nach § 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BGB bedürfen Verfügungen eines Minderjährigen über ein Grundstück sowie Verpflichtungen zu derartigen Verfügungen der familiengerichtlichen Genehmigung. Die Genehmigungsbedürftigkeit erfasst allerdings nur Geschäfte über Grundstücke, die sich im Vermögen des Minderjährigen befinden. Eine rein wirtschaftliche Beteiligung des Minderjährigen an einem Grundstück, das rechtlich zum Vermögen einer juristischen Person gehört, löst die Genehmigungspflicht hingegen nicht aus.² Dies gilt nach ganz herrschender Meinung auch, wenn das Rechtsgeschäft das Vermögen einer Personenhandelsgesellschaft betrifft, jedenfalls dann, wenn diese ein Erwerbsgeschäft betreibt.³ Die Begründungen hierfür variieren: Teilweise wird mit der Teilrechtsfähigkeit dieser Gesellschaften argumentiert, teilweise damit, dass der Familienrichter andernfalls weitreichende Entscheidungen über kaufmännische Zweckmäßigkeitfragen bei der Führung des Unternehmens treffen müsste, und teilweise damit, dass das Familiengericht gemäß § 1822 Nr. 3 BGB bereits den Abschluss der Gesellschaftsverträge kontrolliere.⁴

4. Ausnahme: Gesellschaft nur vermögensverwaltend

Diese Erwägungen sprechen an sich dafür, nach Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts das Genehmigungserfordernis auch für Geschäfte über Grundstücke aus deren Vermögen zu verneinen, jedenfalls dann, wenn schon der Beitritt zu der Gesellschaft familiengerichtlich genehmigt wurde. Dieser Sichtweise hat sich das OLG Nürnberg grundsätzlich angeschlossen, allerdings mit einer Einschränkung: Das Genehmigungserfordernis bestehe fort, wenn die Gesellschaft rein vermögensverwaltend tätig sei⁵ oder aus dem Gesellschaftszweck und dem Gesellschaftsvertrag nicht erkennbar sei, dass die Gesellschaft Grundbesitz oder Teile hiervon veräußern könne.⁶

5. Begründung

Die Entscheidung überzeugt, da – wie das OLG zu Recht betont – anderweitig der Schutzzweck von § 1821 Abs. 1 Nr. 1 (und Nr. 4) BGB, nämlich Grundbesitz als besonders wertvollen Bestandteil des Kindesvermögens nur unter erschwerten Voraussetzungen veräußern und belasten zu können,⁷ nicht erreicht werden könnte. Ein anderes Ergebnis ist nur dann möglich, wenn bereits der Beitritt zu der Gesellschaft genehmigt wurde und dabei absehbar war, dass es zu Grundstücksgeschäften kommen wird. Dann, aber auch nur dann, ist das Geschäft von der ursprünglichen familiengerichtlichen Genehmigung gedeckt.⁸ Daher weist das OLG zutreffend darauf hin, dass die hier erfolgte Genehmigung der

² Statt aller *Palandt/Götz*, 72. Aufl., § 1821 Rdnr. 4, 7.

³ RGZ 125, 380; BGH, II ZR 158/690, BGHZ 55, 5 = NJW 1971, 375; MünchKommBGB/*Wagenitz*, 6. Aufl., § 1821 Rdnr. 9.

⁴ Vgl. *Ivo* in *Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl., Teil 2 Rdnr. 77 m. w. N.

⁵ Ebenso OLG Koblenz, Beschluss vom 22.8.2002, 9 UF 397/02, NJW 2003, 1401; vgl. auch OLG Schleswig, Beschluss vom 21.6.2001, 2 W 133/01, MittBayNot 2002, 294.

⁶ Ebenso LG Wuppertal, 2 O 237/93, NJW-RR 1995, 152; MünchKommBGB/*Wagenitz*, 6. Aufl., § 1821 Rdnr. 20.

⁷ Motive zum BGB, Band IV, S. 1136.

⁸ Vgl. auch OLG Hamm, Urteil vom 7.9.2000, 22 U 18/00, NJW-RR 2001, 1086.

Beteiligung an der GbR nichts an der Genehmigungsbedürftigkeit des Grundstücksgeschäfts ändert. Denn dem Gesellschaftsvertrag war seinerzeit nicht zu entnehmen, dass es zur Veräußerung der im Wege der vorweggenommenen Erbfolge in die Gesellschaft eingebrachten Grundstücke kommen könnte. Daher hatte das Familiengericht bei Erteilung der Genehmigung des Beitritts gerade nicht prüfen können, ob und in welchem Umfang Grundstücksveräußerungen erfolgen würden. Dem Schutzzweck des § 1821 Abs. 1 Nr. 1, 4 BGB war daher noch nicht Genüge getan.⁹

6. Konsequenzen für die Praxis

So richtig die Entscheidung des OLG Nürnberg in der Sache auch ist: Für die Beteiligten ist die Situation höchst unbefriedigend. Das Familiengericht sagt hü, das Grundbuchamt hott. Solche Zwickmühlen lassen sich nur verhindern, wenn in den Fällen, in denen bereits der Beitritt genehmigt werden soll, bei der Formulierung des Gesellschaftszwecks darauf geachtet wird, dass hierzu auch die Veräußerung der im Besitz der GbR stehenden Grundstücke gehört.

Die Erwägungen des OLG Nürnberg dürften im Übrigen nicht nur für vermögensverwaltende GbRs, sondern auch für vermögensverwaltende oHG und KGs, an der Minderjährige beteiligt sind, zu beachten sein. Denn auch für vermögensverwaltende Personenhandelsgesellschaften verneint die herrschende Meinung die Genehmigungsbedürftigkeit der Beteiligung an der Gesellschaft.¹⁰ Dann aber ist mit der Argumentation des OLG Nürnberg der Schutzzweck von § 1821 Abs. 1 Nr. 1 (und Nr. 4) BGB nicht gewahrt, wenn solch eine Gesellschaft über Grundstücke oder grundstücksgleiche Rechte verfügt bzw. sich zu solch einer Verfügung verpflichtet. Folglich wird es auch in diesen Fällen der familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen.

Notarassessorin *Anja Gerono*, Aschaffenburg

⁹ *Ivo*, a. a. O. (Fn. 3), Teil 2 Rdnr. 79, allerdings hält die ursprüngliche Genehmigung für ausreichend, auch wenn noch nicht absehbar ist, dass es zu Grundstücksgeschäften kommen werde.

¹⁰ So zuletzt OLG Jena, 2 WF 26/13, MittBayNot 2013, 387.

8. BGB §§ 1922, 1967 Abs. 1 und 2, §§ 1990, 2206; WEG § 16 Abs. 2; ZPO § 780 Abs. 1 (*Zur Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass bei Wohngeldschulden*)

Nach dem Erbfall fällig werdende oder durch Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft begründete Wohngeldschulden sind (jedenfalls auch) Eigenverbindlichkeiten des Erben, wenn ihm das Halten der Wohnung als ein Handeln bei der Verwaltung des Nachlasses zugerechnet werden kann. Hiervon ist in der Regel spätestens dann auszugehen, wenn er die Erbschaft angenommen hat oder die Ausschlagungsfrist abgelaufen ist und ihm faktisch die Möglichkeit zusteht, die Wohnung zu nutzen.

BGH, Urteil vom 5.7.2013, V ZR 81/12

Die Beklagten zu 2 und 3 sowie weitere Personen sind die Erben der im Jahr 1999 verstorbenen Erblasserin U. Zum Nachlass gehört der hälftige Miteigentumsanteil an einer Eigentumswohnung. Die Erben wurden am 3.7.2008 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Die Beklagte zu 1 ist Erbin des Erblassers A. Zu dessen Nachlass gehörte der andere hälftige Miteigentumsanteil an der Eigentumswohnung. Ihre Eintragung in das Grundbuch erfolgte am 28.8.2008.

Am 27.1.2009 wurde für die Wohnung ein Zwangsversteigerungsvermerk in das Grundbuch eingetragen.

Die Wohnungseigentümergeinschaft verlangt von den Beklagten die Zahlung der Wohngeldrückstände aus den Jahresabrechnungen für die Jahre 2009 und 2010 sowie des Hausgeldes gemäß den Wirtschaftsplänen 2010 und 2011. Die Beschlussfassung über die jeweiligen Jahresabrechnungen und Wirtschaftspläne erfolgte in den Eigentümerversammlungen vom 28.8.2010 und 25.5.2011.

Das AG hat die Beklagten, die die Überschuldung des Nachlasses einwenden, durch Teilurteil zur Zahlung von 10.731,58 € nebst Zinsen unter Beschränkung der Haftung auf den Nachlass verurteilt. Auf die Berufung der Klägerin hat das LG das Urteil dahingehend geändert, dass es den Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung aufgehoben hat. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt

Aus den Gründen:

I.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist kein Vorbehalt der Haftungsbeschränkung gemäß § 780 Abs. 1 ZPO auszusprechen. Bei den geltend gemachten Wohngeldforderungen, die auf einem erst nach dem Erbfall gefassten Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft beruhen, handle es sich nicht um reine Nachlassverbindlichkeiten. Vielmehr seien sie als Eigenschulden oder zumindest als Nachlasserbenschulden anzusehen, die keine Haftungsbeschränkung auf den Nachlass erlaubten.

II.

Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen lässt sich nicht beurteilen, ob die Beklagten berechtigt sind, ihre Haftung auf den Nachlass zu beschränken.

1. Nach § 1967 Abs. 1 BGB haftet der Erbe für die Nachlassverbindlichkeiten grundsätzlich unbeschränkt, d. h. nicht nur mit dem Nachlass, sondern auch mit seinem eigenen Vermögen. Er kann seine Haftung aber auf den Nachlass beschränken (§§ 1975 ff. BGB). Nach § 780 Abs. 1 ZPO kann er die Beschränkung seiner Haftung nur dann im Vollstreckungsverfahren geltend machen, wenn sie ihm im Urteil vorbehalten ist. Voraussetzung für einen Vorbehalt ist, dass der Erbe als Prozesspartei wegen einer (reinen) Nachlassverbindlichkeit (§ 1967 BGB) in Anspruch genommen wird (Münch-KommZPO/Schmidt/Brinkmann, 4. Aufl., § 780 Rdnr. 5; Musielak, ZPO, 10. Aufl., § 780 Rdnr. 3). Handelt es sich dagegen (auch) um eine Eigenverbindlichkeit des Erben, kommt ein Vorbehalt einer beschränkten Erbenhaftung nach § 780 Abs. 1 ZPO nicht in Betracht.

2. Ob es sich bei Wohngeldschulden für eine im Wege der Erbfolge erworbene Eigentumswohnung, die auf die Zeit nach dem Erbfall entfallen, um Nachlassverbindlichkeiten oder (auch) um Eigenverbindlichkeiten des Erben handelt, ist umstritten.

a) Nach einer Auffassung stellen sie reine Nachlassverbindlichkeiten dar. Die Beitragsverpflichtung beruhe nicht auf dem freien Entschluss des Erben, eine Verbindlichkeit neu zu begründen, sondern auf dem Entschluss des Erblassers, Wohnungseigentum zu erwerben und Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft zu werden, und auf der auf § 1922 BGB beruhenden Eigentümerstellung des Erben (Staudinger/Bub, 2005, § 28 WEG Rdnr. 174; im Ergebnis auch BayObLG, NJW-RR 2000, 306, und OLG Hamburg, NJW-RR 1986, 177; letzteres behandelt Wohngeldschulden aus Billigkeitsgründen wie reine Nachlassverbindlichkeiten). Überwiegend wird diese Ansicht allerdings dahingehend modifiziert, dass dann,

wenn der Erbe zu erkennen gebe, dass er die Wohnung für sich behalten wolle, eine Eigenverbindlichkeit des Erben entstehe, für die er mit seinem eigenen Vermögen hafte (OLG Köln, NJW-RR 1992, 460, 461; Köhler, ZWE 2007, 186, 187; Hügel, ZWE 2006, 174, 180; Niedenführ, NZM 2000, 641; ders. in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 10. Aufl., § 16 WEG Rdnr. 166; Bub, Finanz- und Rechnungswesen, 2. Aufl., S. 142; wohl auch OLG Hamburg, a. a. O.).

b) Andere differenzieren danach, ob die Hausgeldschuld ihre Grundlage in einem bereits vor dem Erbfall gefassten Beschluss der Wohnungseigentümer hat oder auf einem erst danach gefassten Beschluss beruht.

aa) Für nach dem Erbfall fällig werdende Wohngeldschulden, die auf einem vor dem Erbfall gefassten Beschluss beruhen, wird überwiegend angenommen, dass es sich um eine reine Nachlassverbindlichkeit handelt, da der Beschluss noch unter der Mitwirkung oder zumindest Mitwirkungsmöglichkeit des Erblassers zustande gekommen sei (Bonifacio, MDR 2006, 244; Dötsch, ZMR 2006, 902, 906; Joachim, Die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten, 3. Aufl., Rdnr. 101; offen gelassen bei Siegmann, NZM 2000, 995, 997; für Eigenverbindlichkeit Marotzke, ZEV 2000, 151, 154).

bb) Gründeten sich die Hausgeldschulden hingegen auf einen nach dem Erbfall gefassten Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft, seien sie jedenfalls auch Eigenverbindlichkeiten des Erben mit der Folge, dass eine Beschränkung der Haftung auf den Nachlass nicht möglich sei. Zum Teil wird dies damit begründet, dass die Beschlussfassung über das Hausgeld unter der Möglichkeit der Beteiligung des stimmberechtigten Erben erfolge. Daher handle es sich bei der Begründung einer solchen Hausgeldschuld um ein dem Erben zuzurechnendes Rechtsgeschäft (Münch-KommBGB/Küpper, 5. Aufl., § 1967 Rdnr. 20; Bärmann/Becker, WEG, 11. Aufl., § 16 Rdnr. 168; Rieke/Schmid/Elzer, WEG, 3. Aufl., § 16 Rdnr. 199; ders., ZMR 2012, 212; Dötsch, ZMR 2006, 902, 905; Bonifacio, MDR 2006, 244, 245; Siegmann, NZM 2000, 995, 996). Andere verweisen darauf, dass der Erbe für Wohngeldverbindlichkeiten primär aufgrund seiner Stellung als Wohnungseigentümer und nicht als Erbe hafte (Marotzke, ZEV 2000, 151, 154, der allerdings ein Haftungsbeschränkungsrecht des Erben entsprechend § 139 Abs. 4 HGB annimmt; Rebmann, Der Eintritt des Erben in pflichtbelastete Rechtspositionen, S. 202, 248; Joachim, Die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten, 3. Aufl., Rdnr. 101).

3. Der Senat entscheidet die Streitfrage dahin, dass nach dem Erbfall fällig werdende oder durch Beschluss neu begründete Wohngeldschulden bei einer Verwaltung des Nachlasses durch den Erben im Regelfall (jedenfalls auch) Eigenverbindlichkeiten des Erben sind und er seine Haftung daher nicht auf den Nachlass beschränken kann (bei Testamentsvollstreckung vgl. Senat, Urteil vom 4.11.2011, V ZR 82/11, NJW 2012, 316, 317).

a) Zu den Nachlassverbindlichkeiten zählen gemäß § 1967 Abs. 2 BGB die „vom Erblasser herrührenden Schulden“, also im Zeitpunkt des Erbfalls in der Person des Erblassers bereits begründete Verpflichtungen, sowie „die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten“, also Schulden, die erst nach und aus Anlass des Erbfalls entstehen. Zu Letzterem können auch Verpflichtungen gehören, die nach dem Erbfall im Rahmen der Verwaltung des Nachlasses entstehen. Das wird angenommen für Verbindlichkeiten aus Rechtshandlungen des Nachlassverwalters und des Nachlassinsolvenz-

verwalters (RGZ 132, 138, 144; *Joachim*, Die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten, 3. Aufl., Rdnr. 116; *Muscheler*, Erbrecht, Rdnr. 3396, ebenso für den Nachlasspfleger). Für den Testamentsvollstrecker ergibt es sich ausdrücklich aus § 2206 BGB. Nach dessen Abs. 1 ist er im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung berechtigt, Verbindlichkeiten für den Nachlass einzugehen; nach Abs. 2 ist der Erbe zur Einwilligung in derartige Verbindlichkeiten verpflichtet, kann die Haftung aber auf den Nachlass beschränken.

b) Anders werden hingegen allgemein Verbindlichkeiten beurteilt, die der Erbe selbst im Rahmen der „eigenhändigen“ Verwaltung des Nachlasses eingeht. Solche Rechtshandlungen des Erben begründen persönliche Eigenverbindlichkeiten des Erben (vgl. BGH, Urteil vom 31.1.1990, IV ZR 326/88, BGHZ 110, 176, 179; RGZ 146, 343, 346); sie können daneben zugleich Nachlassverbindlichkeiten sein, soweit sie auf ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses beruhen (sog. Nachlasserschulden, vgl. Senat, BGH, Urteil vom 23.1.2013, VIII ZR 68/12, NJW 2013, 933, 934 Rdnr. 16; Urteil vom 10.2.1960, V ZR 39/58, BGHZ 32, 60, 64 f.; *Muscheler*, Erbrecht, Rdnr. 3397). Durch ein Handeln des Erben bei der Verwaltung des Nachlasses – sei es durch ein rechtsgeschäftliches Handeln, sei es durch eine sonstige Verwaltungsmaßnahme (etwa durch Unterlassen einer möglichen Kündigung, vgl. *Soergel/Stein*, BGB, 13. Aufl., § 1967 Rdnr. 2) – entsteht eine Eigenschuld oder Nachlasserschuld des Erben, für die er mit seinem Vermögen und nicht nur beschränkt auf den Nachlass haftet. Entscheidend ist stets, ob ein eigenes Verhalten des Erben Haftungsgrundlage ist. Für Verbindlichkeiten aus der Verwaltung des Nachlasses, die ohne sein Zutun entstehen, haftet der Erbe demgegenüber nur als Träger des Nachlasses (vgl. MünchKommBGB/*Küpper*, 5. Aufl., § 1967 Rdnr. 21).

c) Diese Grundsätze gelten auch für die laufenden Kosten einer in den Nachlass fallenden Eigentumswohnung. Bei ihnen besteht allerdings die Besonderheit, dass sie in aller Regel ohne Zutun des Erben aufgrund von (Mehrheits-)Beschlüssen der Wohnungseigentümer anfallen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass den Kosten Leistungen gegenüberstehen (zum Beispiel Treppenhausreinigung, Aufzugswartung, Reparaturen), die der Erbe bei einem zum Nachlass gehörenden Haus nur über den Abschluss oder die Fortführung von Verträgen und damit unter Begründung einer Eigenschuld erhalten würde. Richtigerweise ist deshalb nicht darauf abzustellen, ob die Begründung der Hausgeldschulden auf einem Verhalten des Erben beruht, sondern ob ihm das Halten der Wohnung als ein Handeln bei der Verwaltung des Nachlasses zugerechnet werden kann. Ist dies der Fall, haftet er für die damit verbundenen Verbindlichkeiten, zu denen das laufende Hausgeld gehört, (auch) mit seinem eigenen Vermögen.

Ein Handeln des Erben bei der Verwaltung einer in den Nachlass fallenden Eigentumswohnung liegt nicht erst dann vor, wenn er eine nach außen wahrnehmbare Tätigkeit entfaltet, etwa indem er die Mieten einzieht, Handwerker beauftragt oder an Beschlüssen der Wohnungseigentümergeinschaft mitwirkt. Vielmehr ist von einem Verwaltungshandeln des Erben in der Regel spätestens dann auszugehen, wenn er die Erbschaft angenommen hat oder die Ausschlagungsfrist abgelaufen ist und ihm faktisch die Möglichkeit zusteht, die Wohnung zu nutzen. Ab diesem Zeitpunkt beruht es allein auf seiner als Verwaltungsmaßnahme zu qualifizierenden Entscheidung, wie er mit der Wohnung verfährt, ob er sie selbst nutzt, vermietet bzw. vermietet lässt, verkauft oder in sonstiger Weise aus ihr Nutzen zieht. Auch wenn er die Wohnung leer stehen lässt, stellt dies eine Maßnahme der Verwaltung

der Wohnung durch den Erben dar. Denn einer solchen Vorgehensweise liegt ebenfalls eine Entscheidung des Erben zugrunde. Diese kann von vielfältigen Erwägungen getragen sein, wie etwa der, dass im Falle eines Verkaufes für eine unvermietete Wohnung ein höherer Erlös zu erzielen ist (vgl. *Siegmann*, NZM 2000, 995, 996). Nur in – von dem Erben darzulegenden und zu beweisenden – Ausnahmefällen ist ein passives Verhalten des Erben im Hinblick auf eine zum Nachlass gehörende Eigentumswohnung nicht als Maßnahme ihrer Verwaltung zu qualifizieren. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Erbe aufgrund einer Belastung der Wohnung mit einem Wohnrecht für einen Dritten keine Handlungsoptionen im Hinblick auf die Nutzung der Wohnung hat und er zudem keine Nutzungen aus ihr zieht und auch nicht ziehen kann (zu einer solchen Fallgestaltung vgl. AG Düsseldorf, ZMR 2012, 583); sobald er aber an Beschlüssen der Eigentümerversammlung mitwirkt, liegt auch in diesen Konstellationen ein Verwaltungshandeln des Erben vor.

Gegen eine Haftung des Erben für laufendes Wohngeld (auch mit seinem eigenen Vermögen) spricht nicht, dass die Wohnungseigentümergeinschaft damit bei Unzulänglichkeit des Nachlasses besser gestellt wird als bei Durchführung eines Nachlassverwaltungs- oder Nachlassinsolvenzverfahrens (so aber *Staudinger/Bub*, 2005, § 28 WEG Rdnr. 174). Denn eine etwaige Besserstellung der Wohnungseigentümergeinschaft beruht nicht auf den Besonderheiten des Wohngelds, sondern allgemein auf der unterschiedlichen Behandlung von Rechtshandlungen des Nachlass(insolvenz)verwalters einerseits und dem Eigenhandeln des Erben bei dürftigem Nachlass andererseits. So etwa lassen notwendige Erhaltungsmaßnahmen an einem zum Nachlass gehörenden Einfamilienhaus bei den amtlichen Verfahren zur Nachlasssonderung eine reine Nachlassverbindlichkeit entstehen, bei dürftigem Nachlass (also beim Handeln des Erben) hingegen auch eine Eigenschuld des Erben. Diese unterschiedliche Behandlung liegt darin begründet, dass bei der Eigenverwaltung der Rechtsverkehr grundsätzlich davon ausgehen kann, dass für Verbindlichkeiten das Vermögen des Erben als Vollstreckungsobjekt zur Verfügung steht. Tritt hingegen ein Nachlass(insolvenz)verwalter auf, wird der Rechtsverkehr diese Erwartung nicht haben.

Die Haftung des Erben für Wohngeldschulden mit seinem Eigenvermögen im Falle der Eigenverwaltung des Nachlasses ist nicht unbillig. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass das Gesetz dem Erben ausreichend Möglichkeiten zur Verfügung stellt, die persönliche Haftung auszuschließen (vgl. *Siegmann*, NZM 2000, 995, 997). Er kann die Erbschaft binnen sechs Wochen seit Kenntnis des Erbfalls ausschlagen (§ 1944 BGB); dieser Zeitraum reicht in der Regel aus, um die Überschuldung des Nachlasses festzustellen. Hat er die Überschuldung des Nachlasses nicht erkannt, kann er unter bestimmten Voraussetzungen die Annahme anfechten (vgl. BGH, Urteil vom 8.2.1989, IVa ZR 98/87, BGHZ 106, 359, 363). Will er sich der persönlichen Haftung für künftige Wohngeldschulden entziehen, steht es ihm frei, die Wohnung zu veräußern oder gemäß § 175 ZVG die Zwangsversteigerung zu beantragen.

III.

Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da die oben dargestellten rechtlichen Gesichtspunkte bisher von den Parteien nicht bedacht und in den Tatsacheninstanzen nicht erörtert worden sind. Die Zurückverweisung gibt den Beklagten Gelegenheit ergänzend vorzutragen, ob hier ein Sachverhalt vorliegt, bei dem ausnahmsweise ein Handeln der Erben bei der Verwaltung der Wohnung zu verneinen ist.

Anmerkung:

Der Sachverhalt schenkt den Wohnungseigentumsrechtlern einen Ausflug ins Erb- und Prozessrecht. Ausgangspunkt ist die wohnungseigentumsrechtliche Pflicht, die Lasten und Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, Verwaltung und des Gebrauchs des Gemeinschaftseigentums gemäß Beitragsbeschluss zu tragen (§ 16 Abs. 2, § 28 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 WEG).

Der Schwerpunkt liegt aber im Erbrecht bei der Frage, ob und wann der Erbe für – neue, also nach dem Erbgang entstehende – Hausgelder haftet, auch wenn er im Übrigen für Nachlassschulden seine Haftung beschränken darf.

Er liegt auch im Prozessrecht. Dort wird zwar der Erbe zur Leistung verurteilt, aber ggf. unter dem prozessualen Vorbehalt im Urteil seiner beschränkten Haftung, die er im Vollstreckungsverfahren einwendet, § 780 Abs. 1, § 781 ZPO. Die Tenorierung lautet ggf.: „Dem Beklagten wird als Erbe die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlass des am ... verstorbenen Erblassers ... vorbehalten.“ Wird der Erbe also auf Leistung verklagt, prüft das Prozessgericht nicht seine Haftung, sondern behält ihm lediglich materiell den vollstreckungsrechtlichen Einwand privilegierter Haftung vor.

Originär war wohl ein Ehepaar Eigentümer zu je 1/2 einer Eigentumswohnung, wobei der erste Ehegatte schon 1999 verstarb und der andere unbekannt später. Erst im Sommer 2008 wurden kurz hintereinander beide Erbgänge im Grundbuch eingetragen. Die Verhältnisse waren wohl nie geordnet, denn schon im folgenden Januar 2009 wurde im Grundbuch – nicht ist berichtet, auf wessen Antrag – die Zwangsversteigerung vermerkt. Die Erben zahlten insbesondere nicht die (Haus-/Wohn-)Gelder für 2009 und 2010 und wandten auf die Klage des Verbands der Wohnungseigentümer den Vorbehalt beschränkter Nachlasshaftung ein.

Erben haften zwar für Nachlassverbindlichkeiten, §§ 1922, 1967 Abs. 1 BGB, können aber ihre Haftung auf den Nachlass beschränken, indem sie Nachlassverwaltung oder Nachlassinsolvenz betreiben, §§ 1975 ff. BGB. Bei Immobilien haben sie ab dann (§ 175 Abs. 2 ZVG) darüber hinaus die Möglichkeit, deren Zwangsversteigerung zu beantragen, wenn ein Nachlassgläubiger für seine Forderung in das Nachlassgrundstück pfändet oder dessen Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung betreibt oder sonst wie immobilienbezogen Zahlung verlangen kann (§ 175 Abs. 1 Satz 1 ZVG).

Entstehen erst nach dem Erbfall Zahlungsansprüche zum Beispiel auf Hausgeld für eine Nachlassimmobilie, ist nicht eindeutig, ob und ggf. wie lange und unter welchen Voraussetzungen sie noch Nachlassverbindlichkeiten und damit vollstreckungsrechtlich privilegiert sind. Der BGH setzt sich intensiv mit den verschiedenen Meinungen in der Rechtslehre auseinander (Abschn. II. 2.), um danach zu judizieren, dass im Zweifel solche nach dem Erbfall werdenden Hausgeldschulden den Erben treffen, ohne dass er seine Haftung beschränken könnte (Abschn. II. 3.).

Dem ist zuzustimmen, denn die Wohnungseigentümergeinschaft ist auf die Zahlungen ihrer Mitglieder so angewiesen, wie auch ein Tier der Fütterung, aber auch Obhut (zur Tiergefahr-Vermeidung, § 833 BGB, *Staudinger/Marotzke*, § 1967 BGB, Bearb. 2010, Rdnr. 23) bedarf und darum Zuständigkeiten rasch geklärt werden müssen.

Der BGH argumentiert nicht so landwirtschaftlich, grenzt vielmehr zunächst ab, dass der für ordnungsmäßige Verwaltung erforderliche Aufwand jedenfalls bei institutionellen Vertretern wie dem Testamentsvollstrecker, Nachlassverwal-

ter und Nachlassinsolvenzverwalter als Nachlassverbindlichkeit zählt (Abschn. II. 3. a) und „noch“ vollstreckungsprivilegiert ist; dazu zählen Verbindlichkeiten aus der Nachlassverwaltung, die ohne Zutun des Erben entstehen (Abschn. II. 3. b). Anderes gilt, sobald der Erbe selber agiert (Abschn. II. 3. b), also die Wohnung instandhält, sie nutzt, vermietet, oder in der Versammlung der Wohnungseigentümer auftritt oder sonst evident tätig wird (Abschn. II. 3. c), 2. Abs.). Darüber hinaus aber gilt: Wegen der dem Wohnungseigentum typischen Verwaltungsautomatik kann schon Untätigkeit als haftungsrelevante Handlung gelten. Dafür spricht, wenn der Erbe die Erbschaft annimmt, sei es aktiv oder durch Nicht-Ausschlagung, oder seine Erbschaftsannahme nicht wegen Irrtums (über die Schulden, vgl. BGH, Urteil vom 8.2.1989, IVa ZR 98/87, MittBayNot 1989, 159) anfechtet oder nicht unverzüglich verkauft oder die Versteigerung nach § 175 Abs. 1 Satz 1 ZVG unterlässt (Abschn. II. 3. c), 2. und 4. Abs.).

Joachim (ZEV 2013, 609) kritisiert unter Berufung auf OLG Köln (Beschluss vom 18.9.1991, 16 Wx 64/91, NJW-RR 1992, 460, 461), dass der BGH als haftungsbegrenzende relevante Passivität bewertet, wenn ein Dritter wohnungsberechtigt ist und der Erbe darum nicht handeln könne (Abschn. II. 3. c), 2. Abs.). Das Innenverhältnis zwischen Erbe und Wohnungsberechtigten dürfe nicht zum Nachteil der Wohnungseigentümer ausschlagen. Die Kritik ist zu kleinlich. Der BGH unterscheidet ausdrücklich drei Verhalten, nämlich a) aktives Tun, b) zurechenbare Passivität und c) nicht vermeidbare Passivität. Nur die Fallgruppe, die immer eine Ausnahme mit zeitlicher Begrenzung darstellt, dass nämlich der Erbe keine Handlungsoption im Hinblick auf die Nutzung der Wohnung hat, dass er zudem keine Nutzung aus ihr zieht und dass er sie schließlich auch nicht ziehen kann, kann der Haftungsprivilegierung unterfallen und auch dies temporär nur auf diese Übergangszeit begrenzt. Das Argument, dass eine andere Wertung nachteilig für die übrigen Wohnungseigentümer sei, ist keines, denn es geht um Erben- und nicht Wohnungseigentümer-Schutz. Anderenfalls würde der Staat als gesetzlicher Erbe (§ 1936 BGB) Haftungsrisiken tragen.

Der BGH hat den Fall nicht abschließend entschieden, vielmehr zurückgegeben, weil „die oben dargestellten rechtlichen Gesichtspunkte bisher von den Parteien nicht bedacht und in den Tatsacheninstanzen nicht erörtert worden sind“ (Abschn. III). Gerade der Umstand, dass bald nach Eintragung der Erbfolge ins Grundbuch ein Versteigerungsvermerk eingetragen wurde, könnte in Zusammenwirken mit sonstigen Umständen dazu führen, dass tatsächlich ein Ausnahmefall, mit welcher temporären Dauer auch immer, vorliegt.

Notar Dr. *Heinrich Kreuzer*, München

9. BGB §§ 138, 2346 Abs. 1 (*Sittenwidrigkeit eines notariellen Ehe- und Erbverzichtsvertrags wegen Unkenntnis der wahren Vermögensverhältnisse des Ehegatten*)

Zur Frage der Sittenwidrigkeit eines notariellen Ehe- und Erbverzichtsvertrages wegen unterbliebener Aufklärung des künftigen Ehegatten durch den Erblasser über dessen wahre Vermögensverhältnisse (hier: Auslandsguthaben von 300.000 €).

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.2.2013, I-3 Wx 193/12

Der Beteiligte zu 1 ist der Sohn aus erster Ehe, die Beteiligte zu 2 die zweite Ehefrau des am 13.1.2012 verstorbenen Erblassers, mit der er seit dem 13.5.2011 verheiratet war. Der Beteiligte zu 1 hat am 11.4.2012 einen ihn als Alleinerben ausweisenden Erbschein beantragt. Er hat geltend gemacht, die Beteiligte zu 2 sei infolge des Ehe- und Erbverzichtsvertrages, den der Erblasser am 23.2.2011 zu URN. 1/2011 des Notars S in O mit ihr geschlossen habe, nicht mehr erbberechtigt.

Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 2 und macht geltend, der Ehe- und Erbverzichtsvertrag sei nichtig, so dass der Erblasser von ihr, der Beteiligte zu 2, sowie dem Beteiligte zu 1 zu je 1/2-Anteil beerbt worden sei. Der Vertrag sei sittenwidrig (§ 138 BGB), durch Täuschung über die Höhe seines Vermögens herbeigeführt und zudem mit der Nichtigkeitsfolge des § 142 BGB gegenüber dem Beteiligte zu 1 am 20.3.2012 wirksam angefochten.

Der Beteiligte zu 1 tritt dem entgegen.

Das AG – Rechtspflegerin – hat mit Beschluss vom 11.7.2012 die zur Erteilung des von dem Beteiligte zu 1 beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet, die Erteilung eines entsprechenden Erbscheins angekündigt und seine Entscheidung wie folgt begründet:

Der Antrag des Beteiligte zu 1 auf Erteilung eines Alleinerbscheins sei berechtigt. Der Ehe- und Erbverzichtsvertrag sei nicht nichtig. Eine Anfechtung eines Ehe- und Erbverzichtsvertrages (§§ 123, 142, 812, 2346 BGB) sei nach dem Erbfall nicht mehr möglich; sie könne den Erbverzicht nicht rückwirkend beseitigen. Die gegenüber dem Beteiligte zu 1 erklärte Anfechtung des Erbverzichtsvertrages sei daher unbeachtlich.

Gründe für eine Sittenwidrigkeit des Ehe- und Erbverzichtsvertrages seien nicht ersichtlich. Der Abschluss eines notariellen Gütertrennungsvertrages sowie eines Ehe- und Erbverzichtsvertrag sei gesetzlich zulässig, wobei auch der Zugewinnausgleich, der Versorgungsausgleich und der nacheheliche Unterhalt ausgeschlossen werden könnten. Soweit die Beteiligte zu 2 sich zum Beleg der Sittenwidrigkeit des notariellen Erbverzichts- und Abfindungsvertrages auf die Entscheidung des OLG München vom 25.1.2006 berufe, sei diese auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar.

Der Ehe- und Erbverzichtsvertrag sei auch nicht mit Täuschungsabsicht des Erblassers gegenüber der Beteiligte zu 2 herbeigeführt worden und damit nichtig/sittenwidrig. Schon aus der Präambel ergebe sich als Motivation der Vertragsbeteiligte zum Abschluss des notariellen Vertrages, dass beide künftigen Ehegatten sich aus eigenem Einkommen unterhalten können und die Kinder der Vertragsschließenden aus deren früheren Ehen in ihren künftigen Erb- und Pflichtteilsansprüchen nicht beeinträchtigt werden sollen.

Gerade dies spreche für die grundsätzliche Bedeutungslosigkeit der Höhe des Vermögensverzichts bei den künftigen Eheleuten. Damit sei es den Vertragsparteien in erster Linie nicht auf den Wert des Verzichts angekommen. Der Verzicht würde im Übrigen auch weitere denkbare Fälle von Vermögenszuwachsen (zum Beispiel Lotteriegewinn oder Vermögenszuwachs infolge einer Erbschaft eines Ehepartners) erfasst haben.

Überdies sei davon auszugehen, dass der beurkundende Notar die künftigen Eheleute hinreichend und zutreffend über die Bedeutung und die Folgen des Vertrages belehrt hat. Im notariellen Vertrag selbst sei eine Wertangabe, über die man hätte irren können, nicht enthalten. Im Übrigen könne unter Berücksichtigung des Alters der Beteiligte zu 2 zur Zeit des Vertragsabschlusses, ihrer Berufstätigkeit, mehrerer Eheschließungen/Scheidung und der Geburt bzw. der Erziehung von Kindern auch nicht von einer Lebensunerfahrenheit und Geschäftsunerfahrenheit der Vertragsbeteiligte ausgegangen werden.

Nach dem Vorbringen des Beteiligte zu 1 sei davon auszugehen, dass der Beteiligte zu 2 bei Vertragsschluss die Vermögensverhältnisse ihres künftigen Ehemannes auch wegen der räumlichen Nähe/der gemeinsamen Wohnung (anders als in der zitierten Entscheidung des OLG München) bekannt gewesen sind.

Der hiergegen gerichteten Beschwerde der Beteiligte zu 2 mit dem Begehren, das AG anzuweisen, einen anderen Erbschein zu je 1/2-Anteil zu erteilen, hat das AG durch Beschluss vom 16.8.2012 nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

Aus den Gründen:

II.

Die statthafte (§ 58 Abs. 1, § 252 Abs. 3 FamFG) und auch im Übrigen zulässige Beschwerde – die Entscheidung über die Anweisung des Nachlassgerichts zur Erteilung eines anderen Erbscheins ist dem Senat im Beschwerdeverfahren nicht angefallen – hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Zu Recht ist das Nachlassgericht bei seiner Entscheidung davon ausgegangen, dass dem Beteiligte zu 1 mit Blick auf einen im Ehe- und Erbverzichtsvertrag vom 23.2.2011 zu URN. 1/2011 des Notars S in O wirksam erklärten Erbverzicht der Beteiligte zu 2 nach der in Ermangelung einer letztwilligen Verfügung geltenden gesetzlichen Erbfolge ein Alleinerbschein nach dem Erblasser zu erteilen sein wird und hat die hierfür erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet.

a) Gemäß § 2346 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Ehegatte des Erblassers durch Vertrag mit dem Erblasser auf sein gesetzliches Erbrecht verzichten mit der Folge, dass er von der Erbfolge ausgeschlossen ist, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte, § 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Bei dem Erbverzicht, der überwiegend aufgrund einer dem Verzichtenden vom Erblasser gewährten oder versprochenen Abfindung erklärt wird, aber auch unentgeltlich bzw. ohne Abfindung erklärt werden kann, handelt es sich um ein abstraktes erbrechtliches Verfügungsgeschäft, das unmittelbar den Verlust des gesetzlichen Erbrechts bewirkt (*Palandt/Weidlich*, 70. Aufl., § 2346 Rdnr. 4, 12).

Auf den Erbverzicht als Rechtsgeschäft unter Lebenden finden grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften über Verträge Anwendung (*Palandt/Weidlich*, a. a. O., Rdnr. 5; *MünchKommBGB/Wegerhoff*, 5. Aufl., § 2346 Rdnr. 4).

2. Dies vorausgeschickt, ist das Nachlassgericht zu Recht von der Wirksamkeit des seitens der Beteiligte zu 2 im Ehe- und Erbverzichtsvertrag vom 23.2.2011 erklärten Erbverzichts ausgegangen.

a) Zu Recht hat das Nachlassgericht ausgeführt, dass ein Erbverzichtsvertrag nach dem Eintritt des Erbfalls nicht mehr angefochten werden kann (OLG Koblenz, NJW-RR 1993,708).

b) Beanstandungsfrei hat das Nachlassgericht die von der Beteiligte zu 2 reklamierte Unwirksamkeit des Ehe- und Erbverzichtsvertrag aus dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) wegen einer Täuschung vonseiten des Erblassers über die wahren Vermögensverhältnisse (Bankguthaben in Luxemburg von etwa 300.000 €) nicht angenommen. Das Beschwerdevorbringen gibt zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass.

aa) Ob und inwieweit der Erbverzicht als abstraktes Verfügungsgeschäft sittenwidrig sein kann bzw. bei gescheiterter Anfechtung wegen arglistiger Täuschung über den Vermögensstand eine Sittenwidrigkeit des Kausalgeschäfts wegen des engen Zusammenhangs mit dem Verfügungsgeschäft dieses

„infizieren“ kann, mag offen bleiben. Denn die Voraussetzungen einer Sittenwidrigkeit sind vorliegend in Bezug auf den Ehe- und Erbverzichtsvertrag jedenfalls nicht erfüllt.

bb) Die Beurteilung der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 BGB erfordert eine Gesamtbetrachtung. Sittenwidrig ist ein solches Rechtsgeschäft, wenn es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht vereinbar ist, wobei weder das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit noch eine Schädigungsabsicht erforderlich ist, es vielmehr genügt, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen die Sittenwidrigkeit folgt (BGH, NJW 2000, 1127; OLG München, FamRZ 2007, 418).

cc) Dies ist hier nicht ersichtlich, ergibt sich insbesondere, anders als im Fall des OLG München, nicht maßgeblich daraus, dass eine am Vermögen des Erblassers orientierte Berechnung unterblieben ist, weil nichts dafür spricht, dass der Vermögensstand des Erblassers maßgeblichen Einfluss auf den Verzicht hatte.

Schon die Präambel des notariellen Vertrages steht dagegen, dass überhaupt die Vermögensverhältnisse thematisiert worden sind. Die Ehegatten gingen hiernach davon aus, dass sie in der Lage sind, sich aus eigenem Einkommen selbst zu unterhalten. Die jeweiligen Kinder sollten in ihren künftigen Erb- und Pflichtteilsansprüchen nicht beeinträchtigt werden. Die Ehegatten wollten einander nicht beerben. Der notarielle Vertrag enthält keine Andeutung im Sinne einer Einbeziehung der Vermögensverhältnisse überhaupt, geschweige denn solcher eines bestimmten Standes.

Mit Blick hierauf spricht nichts dafür, dass der Erblasser nach den gegebenen Umständen hätte verpflichtet gewesen sein können, ungefragt über den Stand seines Vermögens Auskunft zu geben, geschweige denn, dass eine unterbliebene Auskunft einen Anhalt für eine Sittenwidrigkeit des Geschäfts darstellen könnte. Wenn die Beteiligte zu 2, der die Vermögensverhältnisse des Erblassers angeblich nicht nur hinsichtlich der Luxemburger Konten, sondern auch im Übrigen weitgehend unbekannt waren, gleichwohl nicht nach seinem Vermögensstand gefragt hat, hätte es sich angeboten, den Erblasser danach zu fragen. Dass die Beteiligte zu 2 indes die Vermögensverhältnisse des Erblassers zum Gegenstand einer Nachfrage gemacht habe, behauptet sie nicht einmal, was es nahe legt, dass sie entweder – so der Beteiligte zu 1 – Bescheid wusste oder es ihr nicht darauf ankam. Die nunmehr von ihr ins Feld geführte angebliche Basis „ähnlicher Einkommensverhältnisse und Rücklagen“ findet im Vertrag keine Stütze und ist von ihr bei den Verhandlungen nicht verlautbart worden (vgl. § 116 BGB).

c) Ob und inwieweit ein sittenwidriger oder der Inhaltskontrolle unterliegender und ihr nicht standhaltender Ehevertrag (vgl. *Münch*, ZEV 2008, 571) geeignet sein kann, einen erbrechtlichen Verzicht zu „infizieren“, bedarf hier keiner Entscheidung, da entsprechende Merkmale dem hier in Rede stehenden Ehevertragsteil nicht anhaften. Ein Ehevertrag kann sich in einer Gesamtwürdigung nur dann als sittenwidrig und daher als insgesamt nichtig erweisen, wenn konkrete Feststellungen zu einer unterlegenen Verhandlungsposition des benachteiligten Ehegatten getroffen worden sind (BGH, Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10). Hierfür bietet das Vorbringen der Beteiligten zu 2 keine greifbaren Anhaltspunkte.

Nach alledem besteht nicht der geringste Anhalt für eine aus Sittenwidrigkeit hergeleitete Nichtigkeit des Ehe- und Erbverzichtsvertrages.

(...)

Anmerkung:

1. Problemstellung

Dass das Verschweigen ausländischer Bankguthaben gegenüber dem Fiskus selbst Helden ins Wanken bringen kann, dürfte inzwischen hinlänglich bekannt sein. Wie dieser Fall zeigt, kann aber auch das Verheimlichen vor der eigenen Ehefrau Probleme mit sich bringen. Als der Erblasser einen für eine zweite Ehe typischen Ehe- und Erbverzichtsvertrag abschloss, hat er wohl genau das getan. Ein Erblasser, der Kinder aus erster Ehe hatte und sich wieder verheiraten möchte, verfolgt häufig das Ziel, in seiner Testierfreiheit nicht durch Pflichtteilsansprüche oder Ansprüche auf Zugewinnausgleich in seiner Testierfreiheit beschränkt zu sein, und möchte stattdessen seine Kinder aus erster Ehe zu unbeschränkten Erben bestimmen können. Zu diesem Zweck kann in solchen Fällen ehevertraglich eine Gütertrennung vereinbart und daneben ein vollständiger gegenseitiger Erbverzicht erklärt werden. Falls ein Ehegatte dem anderen seine Vermögensverhältnisse nicht offenlegt, so könnte dies ggf. unter mehreren Aspekten die Wirksamkeit des Erbverzichtsvertrages gefährden:

- Denkbar wäre zunächst eine arglistige Täuschung über die Vermögensverhältnisse, die eine Anfechtung gemäß § 123 BGB begründen könnte.
- Außerdem könnte ein Erb- und Pflichtteilsverzicht sittenwidrig und damit gemäß § 138 BGB nichtig sein.
- Schließlich könnte ausgehend von den Grundsatzentscheidungen des BVerfG¹ und des BGH² zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen eine Nichtigkeit der ehevertraglichen Vereinbarung auch gemäß § 139 BGB zur Nichtigkeit des damit verbundenen Erb- und Pflichtteilsvertrages wegen Sittenwidrigkeit führen.

Zu Recht hat das OLG hier jedoch eine Nichtigkeit des Erb- und Pflichtteilsverzichts aus allen drei oben genannten Gesichtspunkten verneint.

2. Verdeckte Anfechtungsprüfung im Rahmen der Sittenwidrigkeit

Eine entscheidende Frage des Falles bestand darin, ob der Erblasser verpflichtet war, über seine wahren Vermögensverhältnisse aufzuklären, als er mit seiner Ehefrau den betreffenden Vertrag beurkundet hatte. Man hätte also erwarten können, dass der Schwerpunkt der Begründung des Urteils auf der Prüfung der Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung gemäß § 123 BGB liegen würde. Das OLG verneint stattdessen eine Anfechtungsmöglichkeit mit einem Satz. Dies liegt daran, dass nach ständiger Rechtsprechung einiger OLG eine Anfechtung eines Erbverzichts nur zu Lebzeiten des Erblassers zulässig ist, weil im Erbfall aus Gründen der Rechtssicherheit die Erbfolge feststehen müsse³. Diese Auffassung wird von Teilen der Literatur aber mit beachtlichen Argumenten bestritten: Es wird geltend gemacht, eine nachträgliche Änderung der Erbfolge sei ebenso durch die unstreitig zulässige Anfechtung einer letztwilligen Verfügung mög-

¹ Urteil vom 6.2.2001, 1 BvR 12/92, NJW 2001, 957; Beschluss vom 29.3.2001, 1 BvR 1766/92, NJW 2001, 2248.

² BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930.

³ BayObLG, Beschluss vom 4.1.2006, 1Z BR 97/03, NJW-RR 2006, 372 = MittBayNot 2006, 249 m. abl. Anm. *Damrau*; OLG Koblenz, Beschluss vom 4.3.1993, 6 W 99/93, NJW-RR 1993, 708, 709; OLG Schleswig, Urteil vom 27.5.1997, 3 U 148/95, NJW-RR 1997, 1092, 1093 = ZEV 1998, 28 m. abl. Anm. *Mankowski*; OLG Celle, Beschluss vom 8.7.2003, 6 W 63/03, NJW-RR 2003, 1450.

lich und auch sonstige abstrakte Verfügungsgeschäfte wie beispielsweise die sachenrechtliche Einigung könnten durch Anfechtung durchaus ex tunc beseitigt werden, ohne dass dies die Rechtssicherheit gefährde.⁴ Eine Stellungnahme des BGH zu dieser umstrittenen Frage liegt nicht vor. Dadurch, dass das OLG Düsseldorf hier der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung folgt, verlagert es die Frage einer Aufklärungspflicht in die Prüfung einer möglichen Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit,⁵ was wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen beider Rechtsinstitute nicht unproblematisch ist. Eine arglistige Täuschung muss nicht zwingend zur Sittenwidrigkeit eines Vertrages führen.

3. Keine Sittenwidrigkeit

Zu Recht verneint der Senat dabei eine Pflicht des Ehemannes, ungefragt über den Stand seines Vermögens Auskunft zu geben. Schon aus der Präambel des notariellen Vertrages habe sich ergeben, dass beide Ehegatten in der Lage seien, sich aus eigenem Einkommen selbst zu unterhalten. Die jeweiligen Kinder sollten in ihren künftigen Erb- und Pflichtteilsansprüchen nicht beeinträchtigt werden. Dies entspricht der typischen Situation einer „Späthe“. Beide Beteiligten möchten verhindern, dass letztlich die Kinder des zuletzt versterbenden Partners alles Vermögen erben, auch das, was unter Umständen vom früheren Ehegatten des zuerst Versterbenden stammt und von ihm mit geschaffen wurde. Der Beschluss wendet sich zumindest in der Tendenz gegen eine in der Literatur vertretene Auffassung, die die strengen Maßstäbe, welche die Rechtsprechung an die Ausgewogenheit von Eheverträgen stellt, auch auf Erb- und Pflichtteilsverzicht übertragen möchte.⁶ Der Risikocharakter von Erbverzichtverträgen, also die Tatsache, dass sich bei Vertragsschluss objektiv nicht beurteilen lässt, wie sich die Vermögensverhältnisse entwickeln werden und insbesondere wer wann stirbt, spricht dagegen, eine generelle Ausgewogenheitsprüfung bei der Frage der Sittenwidrigkeit eines Erb- oder Pflichtteilsverzichts vorzunehmen.⁷

Nicht auszuschließen ist allerdings, dass im Einzelfall die Vermögensverhältnisse beim Abschluss des Erbverzichtsvertrages eine so entscheidende Rolle spielen können, dass einen Beteiligten eine besondere Aufklärungspflicht trifft.

Denkbar ist auch, dass ein sittenwidriger Ehevertrag, den die Eheleute zu Beginn oder während ihrer Ehe geschlossen haben, den mitbeurkundeten Erbverzicht infiziert.⁸ In der Regel ist dies allerdings zu verneinen: Auch wenn beide Vereinbarungen in einer einheitlichen Urkunde enthalten sind, regeln sie doch völlig unterschiedliche Lebenssituationen. Aus der Sicht des durch den Ehevertrag bevorteilten Ehegatten ist der Erbverzicht auch ohne den Ehevertrag sinnvoll, da er so – wenn schon nicht im Scheidungsfall – doch wenigstens bei seinem Tode im Interesse seiner Kinder Ansprüche seiner Witwe vermeiden kann. Aber auch der durch den Ehevertrag benachteiligte Ehegatte gibt den Erbverzicht sicher nicht wegen des für ihn nachteiligen Ehevertrages, sondern unabhän-

gig von ihm ab. Im Gegenteil: Da er ohne den nachteiligen Ehevertrag immerhin bei Scheidung etwas bekommt, wird er sogar eher bereit sein, auf sein Erbrecht zu verzichten.⁹

4. Praktische Folgen aus der Entscheidung

Das OLG Düsseldorf begründet die Wirksamkeit des Erbverzichtvertrages unter anderem damit, die notarielle Vereinbarung habe keine Andeutung im Sinne einer Einbeziehung der Vermögensverhältnisse überhaupt, geschweige denn solche einer ganz bestimmten Größe des Vermögens, beinhaltet. In der Präambel des streitigen Vertrages findet sich eine Klausel, dass die Ehegatten in der Lage seien, sich aus eigenem Einkommen selbst zu unterhalten. Es kann also durchaus ratsam sein, bei der Beurkundung eines Erb- oder Pflichtteilsverzichts einen Hinweis aufzunehmen, wonach der Verzicht unabhängig von den derzeitigen Vermögensverhältnissen der Ehegatten geschlossen werden soll. Auch sollte das Beurkundungsverfahren so gestaltet werden, dass die Gefahr einer Benachteiligung einer Vertragspartei minimiert wird. Zumindest problematisch ist daher eine Beurkundung, die durch den Erblasser allein erfolgt, der in doppelter Funktion im eigenen Namen handelt und als Vertreter ohne Vertretungsmacht des Verzichtenden auftritt. Eine persönliche Anwesenheit beider Parteien und in der Urkunde dokumentierte ausführliche Belehrungen des Notars dürften vielmehr notarieller Standard sein.

Notar Prof. Dr. Christopher Keim, Bingen am Rhein

⁹ So auch *Münch*, ZEV 2008, 571, 577.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

10. GmbHG §§ 17, 40, 46 Nr. 4 (*Gesellschafterbeschluss über die Zustimmung zur Teilung eines Geschäftsanteils*)

- 1. Die Teilung eines Geschäftsanteils ist weiterhin durch Veräußerung mit Zustimmung der Gesellschafter möglich, soweit der Geschäftsvertrag keine gegen- teilige Regelung enthält. Zur Bestimmtheit der Teilung genügt es in diesem Fall, wenn in der Zustimmungserklärung auf die Teilungserklärung im Veräußerungs- oder Abtretungsvertrag Bezug genommen wird, in der der geteilte Geschäftsanteil, die neuen Geschäftsanteile und ihre Nennbeträge bestimmt sind.**
- 2. Der Geschäftsführer ist zu einer Korrektur einer unrichtigen, vom Notar nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG eingereichten Gesellschafterliste befugt.**
- 3. Der Geschäftsführer muss dem Betroffenen vor der Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Wenn der Betroffene der Korrektur widerspricht, ändert das nichts an der Berechtigung des Geschäftsführers, bei Fehlern für eine Berichtigung der Gesellschafterliste zu sorgen, solange nicht der Betroffene im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erreicht, dass dem Geschäftsführer die Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste untersagt wird.**

BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12

Mitte der 1990er Jahre wollte eine Gruppe von Minderheitsgesellschaftern aus der Beklagten, einer GmbH, ausscheiden. Die Klägerin

⁴ So zum Beispiel *Damrau*, MittBayNot 2006, 251; *Leipold*, ZEV 2006, 212; *Mankowski*, ZEV 1998, 30.

⁵ Ähnlich im „Wildmoserurteil“ des OLG München, ZEV 2007, 613.

⁶ So zum Beispiel *Röthel*, NJW 2012, 337; *dies.*, AcP 2012, 157, 189 ff.; *Wachter*, ZErB 2004, 234.

⁷ So zum Beispiel *Bengel*, ZEV 2006, 192, 194; *MünchKommBGB/Wegerhoff*, 6. Aufl., § 2346 Rdnr. 36.

⁸ Dazu LG Ravensburg, ZEV 2008, 598; krit. dazu *Münch*, ZEV 2008, 571.

bekundete ihr Erwerbsinteresse, doch scheiterte die Übernahme von Geschäftsanteilen an Bedenken des Bundeskartellamts. Aus diesem Grund erwarb schließlich die B mbH (im Folgenden: Streithelferin der Klägerin) im November 1997 acht Geschäftsanteile an der Beklagten im Nennbetrag von 4.778.000 DM und im Dezember 1997 einen weiteren Geschäftsanteil im Nennbetrag von 1.000.000 DM, die später zu einem Geschäftsanteil im Nennbetrag von 3.033.450 € vereinigt wurden. Die Streithelferin der Klägerin sollte die Beteiligung nicht dauerhaft halten, sondern sollte sie auf die Klägerin übertragen, sobald keine kartellrechtlichen Bedenken mehr bestünden. Die damaligen Gesellschafter der Beklagten fassten am 24.11.1997 einstimmig folgenden Beschluss:

1. Die Gesellschafter M und R werden mit notariellem Vertrag vom heutigen Tage Geschäftsanteile an der Dr. H GmbH (Beklagten) im Gesamtnennbetrag von 4.778.000 DM mit Wirkung vom 31.12.1997 an die B mbH (Streithelferin der Klägerin) verkaufen. Die Gesellschafter stimmen dem Verkauf und der Abtretung der vorgenannten Geschäftsanteile zu und verzichten vorsorglich auf sämtliche ihnen nach Maßgabe von § 10 der Satzung der Dr. H GmbH (Beklagten) etwa zustehenden Vorkaufs- und Vorerwerbsrechte.
2. Die Gesellschafterin B mbH (Streithelferin der Klägerin) kann die von ihr gehaltenen Geschäftsanteile ganz oder in mehreren Teilen an die M GmbH, L (Klägerin) übertragen, ohne dass es einer nochmaligen Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung bedarf.

Am 27.6.2008 schlossen die Streithelferin der Klägerin und die Klägerin einen notariellen Geschäftsanteilsübertragungs- und Abtretungsvertrag. Darin teilte die Streithelferin der Klägerin ihren Geschäftsanteil in einen Geschäftsanteil im Nennbetrag von 828.450 € und einen weiteren Geschäftsanteil im Nennbetrag von 2.205.000 €. Sie versprach, die hierfür erforderliche Genehmigung nach § 17 Abs. 1 GmbHG einzuholen und alle hierfür erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, und trat den Geschäftsanteil im Nennbetrag von 828.450 € an die Klägerin ab, die die Abtretung annahm. Weiter heißt es in der Vereinbarung:

Die Wirksamkeit der Abtretung steht unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung der Gesellschafter. Die Parteien gehen davon aus, dass die Zustimmung der übrigen Gesellschafter der Dr. H GmbH (Beklagten) zur Übertragung des von der B mbH (Streithelferin der Klägerin) gehaltenen Geschäftsanteils ausweislich der dieser Urkunde beigefügten Abschrift (zu Beweis Zwecken, ohne deren Verlesen) des Gesellschafterbeschlusses vom 24.11.1997 vorliegt.

Die Wirksamkeit des Geschäftsanteilsübertragungs- und des Abtretungsvertrags stand weiter unter der aufschiebenden Bedingung der Genehmigung durch die Beklagte im Hinblick auf die Teilung des Geschäftsanteils, ggfs. ersetzt durch ein rechtskräftiges Urteil des zuständigen Gerichts.

Mit getrennten notariellen Erklärungen wurde der Geschäftsanteilsübertragungs- und Abtretungsvertrag am 24.3.2009 dahin geändert, dass die aufschiebende Bedingung der Genehmigung durch die Beklagte im Hinblick auf die Teilung des Geschäftsanteils aufgehoben wurde. Die Teilung des Geschäftsanteils und die Übertragung des Teilgeschäftsanteils von 828.450 € wurden bestätigt.

Unter dem 2.4.2009 reichte der Notar beim Handelsregister des AG Mannheim eine Gesellschafterliste der Beklagten ein, in der als Gesellschafter unter der laufenden Nummer 16 die Klägerin mit einem Geschäftsanteil von 828.450 € ausgewiesen ist. Mit Schreiben vom 7.4.2009 zeigte die Streithelferin der Klägerin dem Geschäftsführer der Beklagten die Anteilsübertragung an und teilte mit, sie sehe im Gesellschafterbeschluss vom 24.11.1997 die Zustimmung zur Teilung des Geschäftsanteils sowie die Erklärung des Verzichts auf satzungsgemäße Vorkaufs- und Vorerwerbsrechte.

Die Satzung der Beklagten enthält in § 10 die folgenden Regelungen:

1. Die Gesellschafter können ihre Geschäftsanteile ganz oder teilweise an ihre Familienmitglieder abtreten. Die Abtretung bedarf weder der Zustimmung der Gesellschafter noch der Zustimmung der Gesellschaft. Auch die Teilung von Geschäftsanteilen verstorbenen Gesellschafter unter deren Erben bedarf keiner Zustimmung.

2. a) Die Gesellschafterin B mbH (Streithelferin der Klägerin), eine 100%ige Tochtergesellschaft der B-Kapitalbeteiligung GmbH, ist befugt, über die von ihr gehaltenen Geschäftsanteile ganz oder teilweise ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung zugunsten der B-Kapitalbeteiligung GmbH oder einer von dieser beherrschten Konzerngesellschaft zu verfügen, soweit die Erwerberin die Verpflichtung übernimmt (...).
3. In allen anderen Fällen bedarf die Abtretung oder Belastung eines Geschäftsanteils oder eines Teils eines Geschäftsanteils der Zustimmung der Gesellschafterversammlung, die grundsätzlich mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen beschließt; Abs. 4 lit. b und d sowie Abs. 7 bleiben unberührt.
4. Will ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil oder einen Teil seines Geschäftsanteils an andere Personen abtreten, hat er die folgenden Bestimmungen zu beachten:
 - a) Schließt ein Gesellschafter einen Vertrag gemäß § 15 Abs. 4 GmbHG über einen Geschäftsanteil oder einen Teil hiervon, so hat er dies den übrigen Gesellschaftern durch eingeschriebenen Brief mitzuteilen. Die Mitteilung ist nur wirksam, wenn ihr der Veräußerungsvertrag mit dem Dritten in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift beigefügt ist.
 - b) Die übrigen Gesellschafter haben in diesem Fall ein Vorkaufsrecht. Es kann von den Vorkaufsberechtigten bis zum Ablauf von drei Monaten nach Zugang der Mitteilung gemäß lit. a ausgeübt werden; die Ausübung bedarf der notariellen Beurkundung.
 - (...)
 - d) Wird das den Mitgesellschaftern nach Maßgabe von lit. a bis c zustehende Vorkaufsrecht nicht innerhalb der Dreimonatsfrist gemäß lit. b ausgeübt, kann der veräußerungswillige Gesellschafter seinen Geschäftsanteil oder Teile hiervon zu den Bedingungen, die in dem gemäß lit. a mitgeteilten notariellen Kaufvertrag niedergelegt sind, an den Dritten veräußern, soweit die Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen dem zustimmt. (...)

Mit Schreiben vom 15.6.2009 teilte der Geschäftsführer der Beklagten der Klägerin mit, er gehe von der Unwirksamkeit der Abtretung vom 24.3.2009 aus, und entsprechend der Beschlussfassung des Beirats der Beklagten sei beabsichtigt, die Gesellschafterliste in der Fassung vom 2.4.2009 in der Weise zu berichtigen, dass die Klägerin nicht mehr als Gesellschafterin und die Streithelferin der Klägerin als Gesellschafterin mit einem Gesellschafteranteil von nominal 3.033.450 € in der Gesellschafterliste aufgeführt werde, und diese neue Gesellschafterliste bei dem Handelsregister einzureichen. Die Klägerin werde aufgefordert, binnen einen Monats zu erklären, ob sie der dargestellten Berichtigung der Gesellschafterliste widerspreche. Mit Schreiben vom 6.7.2009 widersprachen die Klägerin und ihre Streithelferin unter Hinweis auf § 67 Abs. 5 AktG.

Mit Erklärungen vom 2.7.2009 übten mehrere Gesellschafter der Beklagten unter Berufung auf § 10 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages der Beklagten ein Vorkaufsrecht im Hinblick auf die Anteilsübertragung aus.

Auf einer Gesellschafterversammlung am 31.7.2009 beschlossen die Gesellschafter der Beklagten gegen die Stimmen der Klägerin und ihrer Streithelferin, den Geschäftsführer anzuweisen, eine neue korrigierte Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen, die die Streithelferin der Klägerin mit einem Stammkapitalanteil von 3.033.450 €, nicht aber die Klägerin als Gesellschafterin ausweist, und den Geschäftsführer von der persönlichen Haftung aus der Ausführung der Anweisungen freizustellen. Mit einer einstweiligen Verfügung wurde der Beklagten die Vollziehung dieses Beschlusses untersagt.

Die Klägerin hat mit ihrer Klage in erster Instanz beantragt festzustellen, dass die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 31.7.2009 nichtig sind, hilfsweise sie für nichtig zu erklären.

Die Beklagte, auf deren Seiten dem Rechtsstreit mehrere Gesellschafter als Streithelfer beigetreten sind, hat widerklagend beantragt festzu-

stellen, dass der Geschäftsführer der Beklagten berechtigt ist, eine neue Gesellschafterliste einzureichen, in der die Klägerin nicht mehr als Gesellschafterin der Beklagten und die Streithelferin der Klägerin als Gesellschafterin der Beklagten mit einem Geschäftsanteil von 3.033.450 € aufgeführt sind, hilfsweise festzustellen, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer der Beklagten hat, hilfsweise die Klägerin zu verurteilen, ihren Widerspruch zu der Berichtigung der Gesellschafterliste der Beklagten vom 2.4.2009 zurückzunehmen.

Das LG hat die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vom 31.7.2009 für nichtig erklärt und die Klägerin unter Abweisung der Widerklage im Übrigen auf den zweiten Hilfsantrag verurteilt, ihren Widerspruch zu der Berichtigung der Gesellschafterliste der Beklagten zurückzunehmen. Das Berufungsgericht hat die Berufungen der Klägerin, der Beklagten und der Streithelfer der Beklagten zurückgewiesen.

Dagegen richten sich die teilweise vom Berufungsgericht, im Übrigen vom erkennenden Senat zugelassenen Revisionen der Klägerin, der Beklagten und der Streithelfer der Beklagten.

Aus den Gründen:

I.

Die Revisionen führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Anfechtungsklage sei zulässig und begründet. Die angegriffenen Gesellschafterbeschlüsse vom 31.7.2009 verstießen gegen § 40 Abs. 2 GmbHG. Im Falle des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG bestehe eine Alleinständigkeit des Notars; der Geschäftsführer sei nicht befugt, die Liste zu erstellen und einzureichen. Auch die Zuständigkeit zur Korrektur der von ihm erstellten Liste liege allein beim Notar. Aus diesem Grunde seien auch die zur Widerklage gestellten Anträge zu 3 und 4 unbegründet.

Die Widerklage sei nur im Hilfsantrag begründet, der darauf gerichtet sei, die Klägerin zur Rücknahme des Widerspruchs gegen die von der Beklagten beabsichtigten Berichtigung der Gesellschafterliste zu verurteilen. Wie das LG zutreffend ausgeführt habe, sei die Abtretung des Geschäftsanteils im Nennwert von 828.450 € an die Klägerin unwirksam, da die Streithelferin der Klägerin nur einen einzigen Geschäftsanteil im Nennwert von 3.033.450 € innegehabt habe und dieser nicht rechtswirksam geteilt worden sei. Durch den Gesellschafterbeschluss der Beklagten vom 8.7.2004 seien die neun Geschäftsanteile der Streithelferin der Klägerin zu einem einheitlichen Geschäftsanteil zusammengelegt worden. Der Gesellschafterbeschluss vom 24.11.1997 sei dahin auszulegen, dass er nicht nur die ersten acht, sondern alle an die Streithelferin der Klägerin abgetretenen Geschäftsanteile vom Zustimmungserfordernis befreie. Zur Teilung des zusammengelegten Geschäftsanteils habe es bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl I 2008, S. 2026) gemäß § 17 GmbHG einer Zustimmung der GmbH durch Erklärung des Geschäftsführers bedurft. Hier habe der Geschäftsführer der Beklagten die Genehmigung für die im Vertrag vom 27.6.2008 vorgenommene Teilung des Geschäftsanteils nicht erklärt. Nach neuem Recht werde die Teilung eines Geschäftsanteils gemäß § 46 Nr. 4 GmbHG durch den Gesellschafterbeschluss bewirkt, der dem Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen müsse. Im Fall der vorherigen Einwilligung müsse der abzutretende Teil der Höhe nach bezeichnet werden. Dem genüge der Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 24.11.1997 nicht.

II.

(...)

III.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Gesellschafterbeschluss vom 24.11.1997 nicht deshalb ungeeignet, die Teilung des Geschäftsanteils der Streithelferin der Klägerin herbeizuführen, weil in ihm der abzutretende Teil nicht der Höhe nach bezeichnet ist. Das Berufungsgericht meint zu Unrecht, im Fall der vorherigen Einwilligung in eine Teilung müsse der abzutretende Teil der Höhe nach in dem Beschluss der Gesellschafterversammlung bezeichnet werden.

Das Gesetz enthält zur Teilung eines Geschäftsanteils nach der Streichung von § 17 GmbHG durch Art. 1 Nr. 16 des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl I 2008, S. 2026) keine Regelungen mehr, außer dass – wie bisher – die Teilung der Bestimmung der Gesellschafter unterliegt (§ 46 Nr. 4 GmbHG), vorbehaltlich einer anderweitigen Bestimmung in der Satzung (§ 45 Abs. 2 GmbHG). Da der Gesetzgeber mit der Streichung des § 17 GmbHG die Teilung freigeben, also erleichtern und nicht erschweren wollte (Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen [MoMiG], BT-Drucks. 16/6140, S. 45), ist die Durchführung einer Teilung entsprechend dem gestrichenen § 17 GmbHG durch Veräußerung mit Zustimmung der Gesellschafter, soweit der Gesellschaftsvertrag keine gegenteilige Regelung enthält, weiterhin möglich. Da § 17 Abs. 2 GmbHG gestrichen ist, bedarf die Zustimmung weder der Schriftform noch muss sie die Person des Erwerbers und den Betrag des geteilten Geschäftsanteils bezeichnen. Lediglich muss dem Bestimmtheitsgrundsatz insoweit genügt sein, als der geteilte Geschäftsanteil, die neuen Geschäftsanteile und ihre Nennbeträge bestimmt sein müssen.

Zur Bestimmtheit der Teilung genügt es jedoch wie bisher für die in § 17 Abs. 2 GmbHG geforderten Angaben (vgl. BGH, Urteil vom 9.6.1954, II ZR 70/53, BGHZ 14, 25, 32), wenn in der Zustimmungserklärung auf die Teilungserklärung im Veräußerungs- oder Abtretungsvertrag Bezug genommen wird. In dem Gesellschafterbeschluss selbst müssen in diesem Fall der konkrete zu teilende Geschäftsanteil, die Zahl der neuen Geschäftsanteile und ihre Nennbeträge nicht ausdrücklich enthalten sein (a. A. wohl *Ulmer/Löbke*, GmbHG, 2. Aufl., § 15 Rdnr. 307; *Scholz/Seibt*, GmbHG, 11. Aufl., § 17 a. F. Rdnr. 7; *MünchKommGmbHG/Liebscher*, § 46 Rdnr. 88). Wie bisher ist es auch möglich, die Zustimmung zur Teilung als Einwilligung vorab zu erklären. Dem Bestimmtheitsanforderung wird in diesem Fall auch genügt, wenn der geteilte und die neuen Geschäftsanteile im Veräußerungsvertrag bestimmt bezeichnet sind und die Teilung von der Einwilligung der Gesellschaft erfasst wird. Die Gesellschafter müssen daher die Einwilligung nicht für eine konkrete Teilung oder Teilveräußerung, sondern können sie wie bei der Zustimmung zur Veräußerung bei einer Vinkulierung (dazu *Ulmer/Löbke*, GmbHG, 2. Aufl., § 15 Rdnr. 239) zu einem bestimmbareren Kreis von Teilungen erteilen (a. A. *MünchKommGmbHG/Liebscher*, § 46 Rdnr. 88).

Die Zustimmungserklärung im Beschluss vom 24.11.1997 genügt diesen Konkretisierungsanforderungen, weil sie sich auf die von der Streithelferin der Klägerin jedenfalls damals gehaltenen Geschäftsanteile bezieht und nur die Übertragung auf die Klägerin betrifft. Sie bezieht sich offensichtlich auf das Genehmigungserfordernis nach § 10 Abs. 3 der Satzung und erfasst damit sowohl die Zustimmung zur Veräußerung als auch zu einer Teilung durch die Gesellschafterversamm-

lung. Die Erklärung ist damit auch so präzise, dass feststeht, ob eine Teilung im Zusammenhang mit der Veräußerung von Teilgeschäftanteilen der Streithelferin der Klägerin davon gedeckt ist.

2. Der Gesellschafterbeschluss vom 24.11.1997 ist auch nicht deshalb ungeeignet, die Teilung des Geschäftsanteils der Streithelferin der Klägerin herbeizuführen, weil er unter der Geltung von § 17 GmbHG gefasst wurde und ihm deshalb keine „Außenwirkung“ zukam.

Ob dem Gesellschafterbeschluss vom 24.11.1997 bereits damals Außenwirkung zukam, kann dahinstehen. Zwar konnte nach § 17 Abs. 2 und 6 GmbHG im Außenverhältnis eine andere Zuständigkeit als die Zustimmung der Gesellschaft durch den Geschäftsführer nicht vorgeschrieben werden, doch konnte die Satzung zusätzlich die Zustimmung eines anderen Organs wie der Gesellschafterversammlung als Wirksamkeitserfordernis auch im Außenverhältnis vorsehen (vgl. RGZ 85, 46, 48; *Scholz/Winter*, GmbHG, 10. Aufl., § 17 Rdnr. 21; *Michalski/Ebbing*, GmbHG, 1. Aufl., § 17 Rdnr. 15). Da die Satzung der Beklagten in § 10 Abs. 3 die Abtretung eines Teils des Geschäftsanteils von der Zustimmung der Gesellschafterversammlung abhängig machte, in § 10 Abs. 1 für die Teilung und Übertragung auf Angehörige aber nicht, ist auch möglich, dass damit die Wirksamkeit der Teilung nach § 10 Abs. 3 der Satzung im Außenverhältnis von einer Zustimmung der Gesellschafterversammlung abhängig sein sollte.

Jedenfalls ist der Gesellschafterbeschluss nicht für eine Teilung nach Streichung des § 17 GmbHG untauglich, wenn ihm zuvor nur Innenwirkung zukam. Mit „Innenwirkung“ wird gekennzeichnet, dass die Genehmigung der Gesellschaft im Außenverhältnis allein vom Geschäftsführer zu erklären war und es für ihre Wirksamkeit auf die Wirksamkeit des Beschlusses der Gesellschafter nicht ankam (BGH, Urteil vom 9.6.1954, II ZR 70/53, BGHZ 14, 25, 31). Aus diesem Grund musste der Zustimmungsbeschluss aber weder einen anderen Inhalt haben noch neu gefasst werden. Ein Geschäftsführer hätte aufgrund des Beschlusses die Genehmigung in der Form des § 17 Abs. 2 GmbHG erklären müssen.

3. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Gesellschaft nicht darauf verwiesen, die Löschung eines Scheingesellschafters durch Klage zu erzwingen, wenn der Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG eine veränderte Gesellschafterliste eingereicht hat.

a) Wie die Korrektur einer nach Auffassung der Gesellschaft unrichtigen Gesellschafterliste nach der Einreichung einer veränderten Gesellschafterliste durch den Notar erfolgen kann, ist gesetzlich nicht geregelt und umstritten. Schon die Zuständigkeit für die Korrektur ist streitig. Manche sehen nur den Notar als zu Änderungen befugt an (*Münch-KommGmbHG/Heidinger*, § 40 Rdnr. 104; *Herrler*, GmbHR 2013, 617, 620). Andere halten den Geschäftsführer durchaus für jedenfalls daneben (*Ulmer/Paefgen*, GmbHG, Erg. Band MoMiG, § 40 Rdnr. 78; *Bayer in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl., § 40 Rdnr. 22 und 33; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl., § 40 Rdnr. 16; *Preuß*, ZGR 2008, 676, 681; wohl auch *Altmeyen in Roth/Altmeyen*, GmbHG, 7. Aufl., § 40 Rdnr. 15) oder in bestimmten Fällen (zum Beispiel nur bei Mitwirkung des Geschäftsführers an einer Vinkulierungsfreigabe *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, 20. Aufl., § 40 Rdnr. 40) oder ausschließlich dazu befugt (*Winter in Gehrlein/Ekkengal/Simon*, GmbHG, § 40 Rdnr. 30; *Liebscher/Goette*, DStR 2010, 2038). Auch wie ggf. der Geschäftsführer eine Korrektur umzusetzen hat, ist ungeklärt. Einige meinen, es sei das Verfahren nach § 67 Abs. 5 AktG mit einer Benachrichtigung des Betroffenen und Aufforderung zur Stellung-

nahme zu einer beabsichtigten Listenänderung anzuwenden. Wenn der Betroffene Widerspruch einlegt, soll eine Korrektur verwehrt sein und die Beteiligten oder die GmbH den Betroffenen auf Rücknahme des Widerspruchs oder Zustimmung zur Änderung der Liste verklagen müssen (*Bayer in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl., § 40 Rdnr. 22; *ders.*, Liber amicorum für M. Winter, 2011, S. 9, 38; *Altmeyen in Roth/Altmeyen*, GmbHG, 7. Aufl., § 16 Rdnr. 46; *Henssler/Strohn/Verse*, 2. Aufl., § 16 GmbHG Rdnr. 39). Andere verlangen eine erfolgreiche Klage gegen den Betroffenen auf Zustimmung zur Korrektur (*S. Brandes in Bork/Schäfer*, GmbHG, 2. Aufl., § 16 Rdnr. 6). Teilweise wird nur gefordert, dass dem Betroffenen vor der Einreichung einer geänderten Liste die Gelegenheit zur Stellungnahme gewährt wird (*Wicke*, GmbHG, 2. Aufl., § 40 Rdnr. 16; *Winter in Gehrlein/Ekkengal/Simon*, GmbHG, § 40 Rdnr. 30; *Liebscher/Goette*, DStR 2010, 2038, 2042).

b) Der Geschäftsführer ist zu einer Korrektur einer unrichtigen, vom Notar nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG eingereichten Gesellschafterliste befugt. § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG setzt den Notar hinsichtlich der Einreichung der Liste an die Stelle des grundsätzlich nach § 40 Abs. 1 GmbHG zuständigen Geschäftsführers, regelt aber nicht auch die Korrektur. Dass der Notar eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln hat, hat den Zweck, eine Überprüfung durch die vom Geschäftsführer vertretene Gesellschaft und damit eine Korrektur zu ermöglichen. Wenn die Korrektur wieder über den Notar veranlasst werden müsste, der die unrichtige Liste eingereicht hat, läge darin ein unnötiger und zeitraubender Umweg, zumal die Gesellschaft einen dazu unwilligen Notar nicht leicht zur Einreichung einer korrigierten Liste zwingen kann.

Dass der Geschäftsführer zur Korrektur befugt sein soll, entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, der von einer entsprechenden Befugnis ausgegangen ist. In der Begründung des Regierungsentwurfs heißt es dazu (BT-Drucks. 16/6140, S. 44): „§ 40 enthält keine ausdrückliche Regelung für den Fall, dass ein Geschäftsführer eine Änderung der Liste vornehmen möchte, weil er der Ansicht ist, eine Eintragung sei zu Unrecht erfolgt. Bereits aus den allgemeinen Sorgfaltspflichten der Geschäftsführer folgt, dass in diesem Fall – wie in § 67 Abs. 5 AktG für das Aktienregister ausdrücklich formuliert – den Betroffenen vor Veranlassung der Berichtigung die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben ist.“ Gegen eine Korrekturzuständigkeit des Geschäftsführers spricht auch nicht, dass aufgrund der Zuständigkeit des Notars zur Einreichung „anstelle der Geschäftsführer“ die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Erstellung und Einreichung einer Liste, die diese Veränderung umsetzt, entfallen, aber die Verpflichtung der Geschäftsführer zur nachfolgenden Kontrolle und zur Korrektur einer „aus anderen Gründen“ unrichtigen Liste unberührt bleiben sollte (Regierungsentwurf BT-Drucks. 16/6140, S. 44). Damit ist die Verpflichtung der Geschäftsführer zu Kontrolle und Korrektur angesprochen, nicht aber ihre Berechtigung zur Korrektur. Dass nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG die Geschäftsführer unverzüglich nach Wirksamkeit einer Veränderung eine Gesellschafterliste einzureichen haben, kann vor diesem Hintergrund nicht dahin verstanden werden, dass sie nur in Fällen einer Veränderung und nicht auch zur Korrektur tätig werden dürfen.

Dass mit der Einreichung der Liste durch den Notar eine höhere Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste einhergehen kann, spricht ebenfalls nicht für eine ausschließliche Korrekturzuständigkeit des Notars. Die verstärkte Einbeziehung des Notars in die Aktualisierung der Gesellschafterliste wird in den Gesetzesmaterialien nicht mit einer höheren Richtigkeits-

gewähr bei Beteiligung eines Notars, sondern mit verfahrensökonomischen Erwägungen begründet. Dadurch, dass der an einer Abtretung eines Geschäftsanteils mitwirkende Notar zugleich dafür Sorge trage, dass die Einreichung einer neuen Liste vollzogen werde, werde das Verfahren besonders einfach und unbürokratisch. Eine Erhöhung der Richtigkeitsgewähr sehen die Gesetzesmaterialien in der nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG vorgesehenen Bescheinigung des Notars und seiner Mitwirkung an der Veränderung (Regierungsentwurf BT-Drucks. 16/6140, S. 44), also nicht in der Mitwirkung an der Listenführung. Dass die Verpflichtung des Notars in § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zur Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste tatsächlich die Zuverlässigkeit der Gesellschafterliste im Fall von Veränderungen erhöhen kann, spricht danach nicht für eine Verdrängung der Korrekturzuständigkeit des Geschäftsführers. Ein Anlass für den Geschäftsführer, eine korrigierte Gesellschafterliste einzureichen, besteht nur, wenn er die veränderte Gesellschafterliste für unrichtig hält. Dann besteht in der Regel Streit um den Gesellschafterstand. Die Zuverlässigkeit der Listenführung ist davon nicht betroffen, und zur Streitentscheidung sollte der Notar nicht berufen werden.

c) Der Geschäftsführer muss dem Betroffenen vor der Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Wenn der Betroffene der Korrektur widerspricht, ändert das nichts an der Berechtigung des Geschäftsführers, bei Fehlern für eine Berichtigung der Gesellschafterliste zu sorgen, solange nicht der Betroffene im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erreicht, dass dem Geschäftsführer die Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste untersagt wird.

Das Gesetz regelt das Verfahren zur Korrektur einer unrichtigen, vom Notar eingereichten Gesellschafterliste nicht, obwohl der Gesetzgeber die Regelungslücke erkannt hat. Insbesondere fehlt eine § 67 Abs. 5 Satz 2 AktG entsprechende Vorschrift, dass bei einem Widerspruch des Betroffenen die Korrektur zu unterbleiben hat. Dass bei einem Widerspruch die Korrektur unterbleiben soll, ergibt sich auch nicht aus der Entstehungsgeschichte der Neuregelung. § 67 Abs. 5 AktG wird im Regierungsentwurf nur in dem Zusammenhang erwähnt, dass der Betroffene eine Möglichkeit zur Stellungnahme erhalten soll (BT-Drucks. 16/6140, S. 44).

Für eine Analogie, auch zu dem in § 67 Abs. 5 AktG nicht geregelten weiteren Verfahren, das nach allgemeiner Meinung so abläuft, dass nach Widerspruch auf Rücknahme des Widerspruchs zu klagen ist (*Hüffer*, AktG, 10. Aufl., § 67 Rdnr. 25), fehlt es an der Vergleichbarkeit der Löschung eines zu Unrecht eingetragenen Aktionärs mit der fehlerhaften, vom Notar eingereichten Gesellschafterliste. Bei der Aktiengesellschaft kann bereits die Eintragung ins Aktienregister vom Vorstand kontrolliert werden (§ 67 Abs. 3 AktG), so dass sich die Korrektur regelmäßig auf nachträglich als fehlerhaft erkannte Übertragungsvorgänge beschränkt. Dagegen ist die Geschäftsführung bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung an der Einreichung der Gesellschafterliste nicht beteiligt und der Korrekturbedarf entsteht vornehmlich bei anfänglich als unrichtig erkannten Übertragungsvorgängen. Zwar besteht eine erhöhte Richtigkeitsgewähr für eine korrekte Beurteilung des Übertragungsvorgangs durch die Einschaltung des Notars. Dass mit der Einreichungspflicht des Notars eine erhöhte Richtigkeitsgewähr einhergeht, verhindert aber nicht, dass er von einem unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalt ausgeht oder ihm sogar bewusst ein solcher unterbreitet wird. Die Kontrolle durch die Gesellschaft ist zeitlich nachgelagert. Gerade in Fällen, in denen die Übertragung von Geschäftsanteilen vinkuliert ist und/oder Vorkaufsrechte bestehen, um das

Eindringen unerwünschter Gesellschafter zu verhindern, könnte das bei einem Klageerfordernis der Gesellschaft zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Gesellschaft führen, weil unter Umständen für lange Zeit einem unerwünschten Scheingesellschafter Gesellschafterrechte einzuräumen wären (§ 16 Abs. 1 GmbHG).

Dahinter treten die Nachteile für den Betroffenen zurück. Gegen eine weitere Verfügung des erneut in der Gesellschafterliste eingetragenen Altgesellschafters über den Geschäftsanteil kann der Betroffene sich durch einen Widerspruch (§ 16 Abs. 3 Satz 3 bis 5 GmbHG) schützen. Da er vor der Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer angehört werden muss, kann er ggf. im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erreichen, dass dem Geschäftsführer die Einreichung der geänderten Gesellschafterliste vorläufig untersagt wird, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, insbesondere neben dem wirksamen Erwerb des Geschäftsanteils ein Verfügungsgrund gegeben ist (§§ 935 ff. ZPO). Wo das Schutzbedürfnis des Betroffenen nicht so weit reicht, dass eine Untersagung der Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste in Betracht kommt, kann durch eine einstweilige Regelung der Ausübung der Gesellschafterrechte den beiderseitigen Interessen Rechnung getragen werden.

11. HGB § 12 Abs. 1 Satz 2, § 31 Abs. 1, § 54; GmbHG § 8 Abs. 4 Nr. 1, § 13 Abs. 3, § 35 Abs. 1, 2, § 78 (*Ermächtigung eines Handlungsbevollmächtigten zur Anmeldung der Adressänderung einer GmbH*)

Ein Handlungsbevollmächtigter im Sinne des § 54 HGB kann vom Geschäftsführer einer GmbH zur Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift ermächtigt werden, da die bloße Adressänderung unter Beibehaltung des Firmensitzes nicht zu den ausschließlich vom Geschäftsführer anzumeldenden Grundlagenentscheidungen zählt.

KG, Beschluss vom 20.9.2013, 12 W 40/13

Die Beteiligte, eine seit 2010 im Handelsregister eingetragene GmbH, meldete durch Rechtsanwalt K unter Bezug auf die ihm vom Alleingeschäftsführer der Beteiligten erteilte Handlungsvollmacht (Bl. 16) die Änderung ihrer Geschäftsanschrift innerhalb Berlins zur Eintragung in das Handelsregister an. Mit der angefochtenen Zwischenverfügung vom 7.3.2013 rügte das AG Charlottenburg, die Handlungsvollmacht reiche für die Vornahme der Anmeldung nicht aus. Vielmehr sei die Einreichung einer Vollmacht entsprechend § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB oder die Anmeldung durch den Geschäftsführer erforderlich.

Gegen diese Zwischenverfügung legte die Beschwerdeführerin mit am 19.3.2013 per Telefax beim Registergericht eingegangener Schriftsatz Beschwerde ein. Die Rechtsanwalt K erteilte Handlungsvollmacht entspreche inhaltlich einer Prokura. Deshalb sei auch im vorliegenden Fall die Anmeldung der geänderten Geschäftsadresse von der Handlungsvollmacht umfasst.

Das Registergericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 31.3.2013 nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde führt zur Aufhebung der Zwischenverfügung.

I.

Die Beschwerde ist statthaft (§ 382 Abs. 4 Satz 2 i. V. m. § 58 Abs. 1 FamFG) und nach §§ 63, 64 FamFG form- und fristgemäß eingelegt.

Die Beteiligte ist in ihren Rechten betroffen und damit beschwerdeberechtigt (§ 59 Abs. 1 FamFG).

II.

Die Beschwerde ist auch begründet.

1. Das AG Charlottenburg hat zu Unrecht mit seiner Zwischenverfügung vom 7.3.2013 die eingereichte Handlungsvollmacht des Geschäftsführers der Beteiligten für Rechtsanwalt K als unzureichend für die Anmeldung der Änderung der Geschäftsadresse gerügt.

Gemäß § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG hat der Geschäftsführer die Geschäftsanschrift der GmbH zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Verpflichtung zur Anmeldung späterer Änderungen der Geschäftsanschrift folgt aus § 13 Abs. 3 GmbHG, § 31 Abs. 1 HGB (Hanseatisches OLG Hamburg, Beschluss vom 27.1.2011, 11 W 4/11, zitiert nach juris, Rdnr. 6). Die nicht selbst anmeldepflichtige Gesellschaft wird dabei gemäß § 35 Abs. 1 und 2 GmbHG durch ihre Geschäftsführer vertreten, die der Anmeldepflicht nach § 78 GmbHG persönlich unterliegen (Hanseatisches OLG Hamburg, a. a. O.). Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB können Anmeldungen zum Handelsregister aber auch durch rechtsgeschäftliche Vertreter erfolgen, die dazu keine Spezialvollmacht benötigen, sondern lediglich eine Vollmacht, aus der sich allgemein ergibt, dass sie auch Anmeldungen der in Frage stehenden Art mit einschließt (BGH, Beschluss vom 2.12.1991, II ZB 13/91, zitiert nach juris, Rdnr. 5, Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 20.1.2010, 2 W 182/09, zitiert nach juris, Rdnr. 27).

Hier ist Rechtsanwalt K – entgegen der Auffassung des AG Charlottenburg – durch die von der Beteiligten vorgelegte, durch den Geschäftsführer am 9.11.2010 erteilte Handlungsvollmacht zur Anmeldung der Änderung der Geschäftsadresse der Beteiligten ermächtigt. Eine Handlungsvollmacht gemäß § 54 HGB enthält eine dispositive gesetzliche Beschreibung des Vollmachtumfangs (*Baumbach/Hopt*, a. a. O., § 54 Rdnr. 9). Durch die hier vorliegende Handlungsvollmacht ermächtigte der zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft berechnete Geschäftsführer den Bevollmächtigten „zur Vornahme aller zum Handelsgewerbe gehörigen Geschäfte der Gesellschaft (...) sowie zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Prozessführung“ (zur Zulässigkeit einer solchen rechtsgeschäftlichen Vollmacht zur Vertretung des Geschäftsführers vgl. BGH, Urteil vom 20.10.2008, II ZR 107/07, Rdnr. 8 bei juris). Dass die Erteilung einer Handlungsvollmacht zum gesamten Geschäftsbetrieb gemäß § 46 Ziffer 7 GmbHG dem Aufgabenkreis der Gesellschafter obliegt, betrifft das Innenverhältnis der Gesellschafter und bedarf keiner näheren Überprüfung (vgl. *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 46 Rdnr. 52 ff.), zumal der alleinige Geschäftsführer der Beteiligten auch deren Alleingesellschafter ist.

Die erteilte Handlungsvollmacht entspricht vom Wortlaut praktisch nicht nur der Legaldefinition der Prokura gemäß § 48 Abs. 1 HGB, sondern geht darüber sogar hinaus, da durch sie der Bevollmächtigte zusätzlich auch zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ermächtigt wird. Außerdem legen auch die Gesamtumstände nahe, dass diese konkrete Handlungsvollmacht gemäß §§ 133, 157 BGB dahin auszulegen ist, dass der Vollmachtnehmer damit in dem der Prokura entsprechenden Rahmen und damit auch zu Anmeldungen beim Handelsregister ermächtigt sein soll. Wie bereits dargelegt entspricht die Handlungsvollmacht weitgehend dem Handlungsrahmen der Prokura. Außerdem ist der Vollmacht-

geber wohnhaft in der russischen Stadt Voronez, weshalb davon auszugehen ist, dass er eine umfassende Handlungsermächtigung für den Bevollmächtigten erteilen und nicht für Handlungen, die nicht die Grundlagen des Unternehmens betreffen – wie die Anmeldung einer Änderung der Geschäftsadresse – extra aus Russland anreisen und einen deutschen Notar aufsuchen wollte.

Die Prokura deckt aber auch die Vertretung des Unternehmensträgers bei der Einleitung von Verfahren und der Stellung von Anträgen im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit ab und damit auch Anmeldungen zum Handelsregister (vgl. BGH, a. a. O., zitiert nach juris, Rdnr. 5). Allerdings gilt dies nicht generell. Erfasst sind keine Handelsregisteranmeldungen, in denen es um die Anmeldung von Tatsachen geht, welche die Rechtsform oder die Existenz des Unternehmens und damit „Grundlagenentscheidungen“ des die Prokura erteilenden Unternehmers betreffen (vgl. BGH, a. a. O., zitiert nach juris, Rdnr. 6). Zu diesen gehören zum Beispiel nicht der Erwerb, das Halten und die Aufgabe anderer Unternehmen oder von Beteiligungen anderer Unternehmungen und Beteiligungen, die vielmehr zum durch die Prokura gedeckten Betrieb eines Handelsgewerbes im Sinne des § 49 Abs. 1 HGB gehören (BGH, a. a. O., zitiert nach juris, Rdnr. 7).

Da dieser weitgehende Handlungsumfang der Prokura aus den oben genannten Gründen hier für den durch die Handlungsvollmacht ermächtigten Rechtsanwalt K gilt, ist dieser im konkreten Einzelfall zur Anmeldung der Änderung der Geschäftsadresse beim Handelsregister ermächtigt.

Die Anmeldung der Geschäftsadresse gemäß § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG ist durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 eingeführt worden (*Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl. 2012, § 8 Rdnr. 17). Durch sie sollen Zustellungsprobleme vermieden werden, die vor der Neuregelung zulasten der Gläubiger bestehen konnten (*Baumbach/Hueck/Fastrich*, a. a. O., § 8 Rdnr. 17). Allerdings wird sie dadurch nicht zu einer nur vom Geschäftsführer oder Gesellschafter anzumeldenden Grundlagenentscheidung. Vielmehr ist die Geschäftsanschrift im Inland frei wählbar (*Baumbach/Hueck/Fastrich*, a. a. O., § 8 Rdnr. 17). Ein Wechsel der Anschrift ist in der modernen Geschäftswelt von flexiblen Klein- und Mittelunternehmen, zum Beispiel in der IT-Branche, durchaus häufiger anzutreffen, kann also als „zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehörig“ bezeichnet werden. Ihr kommt keine so wesentliche Bedeutung zu wie zum Beispiel der Änderung des Gesellschaftssitzes, die durch Änderung des Gesellschaftsvertrages und damit durch die Gesellschafter zu erfolgen hat (vgl. *Baumbach/Hueck/Fastrich*, a. a. O., § 4a Rdnr. 8). Dies gilt im vorliegenden Fall auch deshalb, weil der Sitz der Beteiligten weiterhin Berlin bleibt. Die Beteiligte bleibt weiterhin im Handelsregister des Landes Berlin unter der bislang geltenden Registernummer verzeichnet. Zudem ist nicht erkennbar, dass der Anmeldung durch den Geschäftsführer oder Gesellschafter ein höherer Grad an Gläubigerschutz zukommt als einer Anmeldung durch den Prokuristen bzw. den Handlungsbevollmächtigten, zumal sie in notariell beglaubigter Form erfolgte.

Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, da diesem Ergebnis die Entscheidung des Hanseatischen OLG Hamburg vom 27.1.2011 (11 W 4/11) nicht entgegensteht. Zwar hat das Hanseatische OLG Hamburg in seiner genannten Entscheidung festgestellt, dass die Geschäftsanschrift einer GmbH und deren spätere Änderungen vom Geschäftsführer der GmbH persönlich beim zuständigen Handelsregister anzumelden seien. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden

Fall ging es aber um die Frage, ob die Geschäftsführer, oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft deren Insolvenzverwalter, zur Anmeldung der geänderten Geschäftsadresse verpflichtet seien, nicht aber um die hier zu entscheidende Frage, ob die vom Geschäftsführer erteilte Handlungsvollmacht den Ermächtigten zur Anmeldung der Änderung der Geschäftsadresse ermächtigt oder der Gesellschaftergeschäftsführer zu deren Anmeldung verpflichtet ist.

12. AktG § 121 Abs. 6 (Rechtzeitiger Widerspruch gegen Hauptversammlungsbeschluss)

Ein nach § 121 Abs. 6 AktG erheblicher Widerspruch kann lediglich bis spätestens vor Bekanntgabe des Beschlussergebnisses durch den Versammlungsleiter erhoben werden.

OLG Stuttgart, Hinweisbeschluss vom 17.6.2013, 20 U 2/13

Der klagende Vorstand begehrt die Nichtigkeitsklärung von Beschlüssen der am 16.8.2012 durchgeführten Hauptversammlung der beklagten Aktiengesellschaft. Die Beschlüsse haben die Anordnung einer Sonderprüfung zum Gegenstand. Die einschlägigen, vom Streithelfer gestellten Anträge, die mit der erforderlichen Stimmenmehrheit angenommen worden sind, woraufhin der Aktionär und Vorstand der Beklagten K gegen das bekannt gegebene Abstimmungsergebnis Widerspruch einlegte, sind nach Auffassung des klagenden Vorstands nicht rechtzeitig zur Tagesordnung bekannt gemacht worden. Es liege ein Verstoß gegen § 126 Abs. 1 AktG vor. Die Beschlüsse hätten nach § 124 Abs. 4 Satz 1 AktG nicht gefasst werden dürfen. Die Anträge seien auch nicht nach § 124 Abs. 4 Satz 2 AktG bekanntmachungsfrei gewesen. Es komme nicht darauf an, ob der Verfahrensfehler für die Beschlussfassung ursächlich gewesen sei, weil das Verbot der Beschlussfassung nach § 124 Abs. 4 AktG strikt gelte.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Es sei bereits zweifelhaft, könne aber dahinstehen, ob die Klage durch einen Vorstandsbeschluss, der nach § 245 Nr. 4 AktG erforderlich gewesen sei, gedeckt gewesen sei. Die Klage sei deshalb unbegründet, weil der vorgebrachte Anfechtungsgrund – das Vorliegen eines Bekanntmachungsfehlers – nicht bestehe. Insofern könne offen bleiben, ob die in Frage stehenden Anträge nach § 124 Abs. 4 Satz 2 AktG ohnehin bekanntmachungsfrei gewesen seien. Ferner müsse nicht entschieden werden, ob es andernfalls an der Relevanz eines Bekanntmachungsfehlers gefehlt hätte, etwa deshalb, weil sämtliche Aktionäre in der Hauptversammlung erschienen und sich keiner von ihnen auf die fehlende Bekanntmachung berufen hatte. Denn jedenfalls seien nach § 121 Abs. 6 AktG unter anderem die Vorschriften über die Bekanntmachung und auch die Regelung in § 124 Abs. 4 Satz 1 AktG über das Verbot einer Beschlussfassung bei nicht ordnungsgemäßer Bekanntmachung nicht anzuwenden, wenn die Hauptversammlung eine Vollversammlung aller Aktionäre war und kein Aktionär der Beschlussfassung widersprochen hat. So liege es im Streitfall. Unstreitig und durch das Hauptversammlungsprotokoll belegt hätten alle Aktionäre an der Hauptversammlung teilgenommen. Gegen eine Beschlussfassung über die in der Hauptversammlung vom Streithelfer vorgeschlagenen Anträge auf Anordnung einer Sonderprüfung habe sich auch kein Widerspruch erhoben. § 121 Abs. 6 AktG meine nicht den von Herrn K als Aktionär ausweislich des Hauptversammlungsprotokolls erhobenen Widerspruch nach der Beschlussfassung, der sich gegen das Beschlussergebnis wende und als Widerspruch im Sinne von § 245 Nr. 1 AktG zu verstehen sei. Vielmehr gehe es bei § 121 Abs. 6 AktG um einen Widerspruch gegen die Durchführung der Abstimmung über den möglicherweise nicht rechtzeitig bekanntgemachten Beschlussvorschlag. Ein solcher Widerspruch könne bis spätestens vor Bekanntgabe des Beschlussergebnisses durch den Versammlungsleiter erhoben werden, der dann nach pflichtgemäßer Prüfung der Rechtslage die Beschlussfassung zu unterbinden habe. Ausweislich des Hauptversammlungsprotokolls sei gegen die Durchführung der Abstimmung über die Beschlussvorschläge des Streithelfers jedoch kein derartiger Widerspruch erhoben worden. Vielmehr sei die Abstimmung durchgeführt worden, erst gegen das festgestellte Abstim-

mungsergebnis habe Herr K sodann Widerspruch erhoben. Fehle es nach allem an einem Widerspruch gegen die Beschlussfassung, seien die im Streit stehenden Beschlüsse nicht mit der – allein vorgebrachten – Begründung anfechtbar, es fehle an einer ordnungsgemäßen Bekanntmachung.

Hiergegen richtet sich die Berufung, mit der der Vorstand seine bereits in erster Instanz gestellten Anträge weiterverfolgt, mit der Begründung, die Auffassung des LG, der hier nach § 121 Abs. 6 AktG streitentscheidende Widerspruch gegen die Beschlussfassung müsse spätestens vor Bekanntgabe des Beschlussergebnisses durch den Versammlungsleiter erhoben werden, sei rechtsirrig. Diese Auffassung des LG werde zwar – wobei die Frage obergerichtlich nicht entschieden sei – auch von Teilen der Literatur vertreten, sie sei aber gleichwohl unzutreffend. Soweit ein Aktionär gegen einen Beschluss einen Widerspruch zu Protokoll gebe, solle damit zum Ausdruck gebracht sein, dass die Beschlussfassung aus jedem erdenklichen rechtlichen und tatsächlichen Grund nicht akzeptiert wird und einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden soll. Es könne keinen Unterschied machen, ob ein solcher Widerspruch vor oder nach Bekanntgabe des Beschlussergebnisses erfolge. Insbesondere unter den hier gegebenen Umständen mache eine Unterscheidung hinsichtlich des Zeitpunkts der Widerspruchserklärung keinen Sinn. Bereits vor der Beschlussfassung der anwesenden Aktionäre sei klar gewesen, wie das Beschlussergebnis lauten werde. Es könne auch deshalb nicht darauf ankommen, ob vor oder nach der Feststellung des ohnehin feststehenden Beschlussergebnisses widersprochen werde. Die Widerspruchserklärung des Aktionärs K sei so zu werten und auszulegen, dass der Widerspruch nicht nur die Erhebung einer Anfechtungsklage habe ermöglichen sollen, sondern auch zum Ausdruck bringen solle, dass die Beschlussfassung insgesamt nicht zulässig sei. Ein erst nach Bekanntgabe des vorherzusehenden Beschlussergebnisses erhobener Widerspruch könne die Nichtbeachtung aktienrechtlicher Bekanntmachungsvorschriften nicht heilen. Insbesondere sei ein Schweigen der Aktionäre in einem solchen Fall nicht als Zustimmung zur Aufnahme eines nicht ordentlich angekündigten Beschlussantrags zu werten. Im Streitfall fehle es an einer Abstimmung aller anwesenden Aktionäre darüber, dass sie auf die Einhaltung gesetzlicher oder satzungsmäßiger Formen und Fristen verzichteten.

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung des Klägers hat keine Aussicht auf Erfolg. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die vom Senat zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung, § 513 ZPO. Der Senat folgt der Entscheidung des LG im Ergebnis wie in ihrer tragenden Begründung, auf die er verweist. Der Senat teilt insbesondere die vom LG vertretene, den alleinigen Gegenstand der Berufungsangriffe bildende Rechtsauffassung, ein nach § 121 Abs. 6 AktG erheblicher Widerspruch könne lediglich bis spätestens vor Bekanntgabe des Beschlussergebnisses durch den Versammlungsleiter erhoben werden.

1. Diese Auffassung entspricht der in der Literatur einhellig vertretenen Meinung (hierzu etwa MünchKommAktG/Kubis, 3. Aufl., § 121 Rdnr. 98; Rieckers in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 121 Rdnr. 87; Ziemons in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 121 Rdnr. 93; Reger in Bürgers/Körber, AktG, 2. Aufl., § 121 Rdnr. 34; Herrler in Grigoleit, AktG, 1. Aufl., § 121 Rdnr. 32). Hiervon abweichende Judikatur ist nicht ersichtlich. Der Senat folgt mit dem LG dieser Auffassung. Sie wird insbesondere gestützt durch die – höchstrichterlich bestätigte – Rechtslage im Recht der GmbH, die § 121 Abs. 6 AktG in das Aktienrecht übernimmt (vgl. Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 51 Rdnr. 31; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 121 Rdnr. 21): Um die Heilungswirkung nach § 51 Abs. 3 GmbHG auszuschließen, genügt es nicht, einen behaupteten Ankündigungsmangel nicht vor oder bei der Abstimmung, sondern erst danach zu rügen (siehe BGH, NZG 2003, 127, 129; Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 51 Rdnr. 31).

2. Die von der Berufung angeführten Gegenargumente überzeugen nicht.

a) Es mag hier bereits vor der Beschlussfassung festgestanden haben bzw. zumindest absehbar gewesen sein, wie das Beschlussergebnis lauten werde. Das entbindet den Aktionär, der sich auf einen Verstoß gegen die von § 121 Abs. 6 AktG in Bezug genommenen Bestimmungen berufen möchte, jedoch nicht davon, rechtzeitig Widerspruch zu erheben, widrigenfalls die in § 121 Abs. 6 AktG geregelte Folge eintritt. Die Vorschrift stellt nicht darauf ab, ob das Zustandekommen eines bestimmten Beschlussergebnisses schon vor der Stimmabgabe wahrscheinlich oder gar sicher erscheint.

b) Die zu Protokoll gegebene Erklärung des Aktionärs K mag hier zum Ausdruck gebracht haben, der Aktionär akzeptiere die Beschlussfassung aus jedem denkbaren rechtlichen und tatsächlichen Grund nicht. Das ändert jedoch an dem Umstand nichts, dass die Erklärung nicht rechtzeitig erfolgte. Allein darauf kommt es hier entscheidend an.

c) Das Schweigen der Aktionäre mag hier nicht als „Zustimmung zur Aufnahme eines nicht ordentlich angekündigten Beschlussantrages zu werten“ gewesen sein, wie die Berufung vorbringt. Um die Wertung eines Schweigens als Zustimmung geht es indes nicht. Die vom LG und vom Senat für richtig gehaltene Folge beruht nicht darauf, sondern allein auf der in § 121 Abs. 6 AktG bestimmten gesetzlichen Folge. Die Bedeutung dieser Vorschrift liegt gerade darin, dass es keiner Deutung eines fehlenden Widerspruchs als eines stillschweigenden Verzichts auf die Einberufungsformalia bedarf, es darauf vielmehr nicht ankommt, weil dem Schweigen kraft § 121 Abs. 6 AktG normative Bedeutung zukommt (vgl. MünchKommAktG/Kubis, 3. Aufl., § 121 Rdnr. 98; *Reger in Bürgers/Körber*, AktG, 2. Aufl., § 121 Rdnr. 34).

(...)

Internationales Privatrecht

13. EGBGB Art. 15, 25 Abs. 1; BGB § 1371 Abs. 1; österr. ABGB § 757 Abs. 1 (*Erbquote der deutschen Ehefrau eines österreichischen Erblassers*)

1. **§ 1371 Abs. 1 BGB ist zugunsten der überlebenden Ehefrau anzuwenden, wenn im Erbfall österreichisches Erbstatut und deutsches Güterrechtsstatut gelten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 1371 Abs. 1 BGB international privatrechtlich als güterrechtliche Norm zu qualifizieren ist.**
2. **Die Anwendung von § 1371 Abs. 1 BGB steht nicht im Widerspruch zur erbrechtlichen Quote für den überlebenden Ehegatten von $\frac{1}{3}$ nach § 757 ABGB, denn diese Norm des österreichischen gesetzlichen Erbrechts will nicht auch die Abwicklung der güterrechtlichen Beteiligung des überlebenden Ehegatten regeln. Durch Angleichung ist allerdings dafür zu sorgen, dass dem überlebenden Ehegatten nur das zukommt, was ihm nach jedem Recht höchstens zusteht.**

OLG Schleswig, Beschluss vom 19.8.2013, 3 Wx 60/13

Der Erblasser ist österreichischer Staatsangehöriger. Die Beteiligte zu 1 ist das einzige Kind des Erblassers aus dessen erster, im Jahre 1998 geschiedener Ehe. Der Erblasser heiratete in zweiter Ehe in Deutschland die Beteiligte zu 2, eine deutsche Staatsangehörige. Der Erblasser verstarb 2011 während eines vorübergehenden Arbeitsauf-

enthaltes in Dänemark. Sein Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt war zu diesem Zeitpunkt in Deutschland.

Zu Protokoll des Rechtspflegers des AG Bad Segeberg vom 9.7.2012 beantragte die Beteiligte zu 1 die Erteilung eines Erbscheins nach gesetzlicher Erbfolge. Erteilt werden sollte ein gemeinschaftlicher Erbschein dahin, dass der Erblasser beerbt worden sei von der Beteiligten zu 1 zu $\frac{2}{3}$ des Nachlasses und von der Beteiligten zu 2 zu $\frac{1}{3}$ des Nachlasses.

Bereits zuvor hatte die Beteiligte zu 1 mit Anwaltsschriftsatz vorgebracht, es komme nach Art. 25 EGBGB und § 28 Abs. 1 österr. IPRG österreichisches Zivilrecht zur Anwendung und trete nach dortigem gesetzlichen Erbrecht gemäß den §§ 727, 730, 731, 732, 757 Abs. 1 ABGB gesetzliche Erbfolge mit den im Erbscheinsantrag genannten Quoten ein. Sie – die Beteiligte zu 1 – sei nach § 731 Abs. 1 ABGB Erbin ersten Grades. Ehegatten würden im österreichischen Recht nach § 757 Abs. 1 ABGB neben Erben ersten Grades nur zu $\frac{1}{3}$ erben. Diese Quote stehe auch nicht im Widerspruch zu den güterrechtlichen Folgen der Ehe des Erblassers. Weil die Eheleute in Deutschland geheiratet hätten, unterliege zwar das Güterrechtstatut dem deutschen Recht. Auch würde nach deutschem Recht der Zugewinnausgleich durch pauschalierte Erhöhung der Erbquote gemäß § 1371 Abs. 1 BGB um $\frac{1}{4}$ erfolgen. Das gelte aber nur, wenn auch deutsches Recht als Erbstatut einschlägig sei, was hier indes nicht der Fall sei. Der Zugewinnausgleich könne deshalb nicht über eine Erbquote, sondern müsse durch eine konkrete Berechnung nach § 1371 Abs. 2 BGB außerhalb der erbrechtlichen Regelung erfolgen (unter Verweis auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.8.1987, 3 Wx 207/87).

Diesem Erbscheinsantrag ist die Beteiligte zu 2 mit Anwaltsschriftsatz vom 6.8.2012 entgegengetreten und hat zugleich beantragt, einen Erbschein dahingehend zu erlassen, dass der Erblasser beerbt worden sei von der Beteiligten zu 1 und der Beteiligten zu 2 zu je $\frac{1}{2}$ des Nachlasses.

Die Beteiligte zu 2 hat ausgeführt: Zwar seien die Angaben der Beteiligten zu 1 in ihrem Erbscheinsantrag nicht zu beanstanden. Auch sei es richtig, dass hier gemäß Art. 25 EGBGB für die Rechtsnachfolge von Todes wegen österreichisches Recht anzuwenden ist. Danach würden der überlebende Ehegatte zu $\frac{1}{3}$ und die Kinder des Erblassers zu $\frac{2}{3}$ als Erben berufen sein. Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1 sei mit Rücksicht auf den Güterstand des Erblassers aber auch § 1371 Abs. 1 BGB zu beachten. Diese Vorschrift sei nicht erbrechtlicher, sondern güterrechtlicher Natur. Insoweit sei deutsches Güterrecht anwendbar, so dass der Beteiligten zu 2 zusätzlich zu dem nach österreichischem Recht zu berechnenden Erbteil von $\frac{1}{3}$ auch der pauschalierte Zugewinnausgleich nach deutschem Recht von $\frac{1}{4}$ zustehe. Dies würde mathematisch bedeuten, dass sich der $\frac{1}{3}$ -Miterbenteil der Beteiligten zu 1 auf insgesamt $\frac{7}{12}$ erhöhen würde. Das wäre dann mehr, als es der Beteiligung der Beteiligten zu 1 nach deutschem Recht entsprechen würde. Deshalb müsse der beispielsweise von *Palandt/Thorn*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 26, vertretenen Auffassung zugestimmt werden, wonach eine Anpassung dahin zu erfolgen habe, dass der Erbteil des überlebenden Ehepartners eines verstorbenen österreichischen Staatsangehörigen letztlich $\frac{1}{2}$ betrage.

Dieser Argumentation ist die Beteiligte zu 1 in einer Replik entgegengetreten und hat ausgeführt, dem österreichischen Recht sei eine Erbquotenbildung aus erb- und güterrechtlichen Normen unbekannt. Dem werde dort über die höhere Erbquote für den Ehegatten von $\frac{1}{3}$ Rechnung getragen. Vor diesem Hintergrund scheide eine Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB aus. Eine Lösung lasse sich über § 1371 Abs. 2 BGB finden. Es werde auf Entscheidungen des OLG Frankfurt vom 20.10.2009 (20 W 80/07), des OLG Stuttgart am 8.3.2005 (8 W 96/04) und des OLG Köln vom 5.8.2011 (2 Wx 115/11) verwiesen. Eine unmittelbare Anwendung der deutschen güterrechtlichen Regelung würde unzulässig auf die anzuwendende österreichische Norm einwirken und könne deshalb nicht erfolgen. Eine solche Anwendung sei weder notwendig noch würden Anhaltspunkte bestehen, dass der österreichische Gesetzgeber im konkreten Fall im Sinne einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke nicht gesehen habe oder durch Anwendung der deutschen Normen im Sinne einer Rückverweisungsmöglichkeit hätte lösen wollen.

Mit dem angefochtenen Beschluss hat das AG die zur Erteilung eines Erbscheins gemäß Antrag der Beteiligten zu 1 erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet und angekündigt, einen Erbschein dahin zu erlassen, dass der Erblasser beerbt worden ist von der Beteiligten

zu 1 zu $\frac{2}{3}$ des Nachlasses und von der Beteiligten zu 2 zu $\frac{1}{3}$ des Nachlasses. Es hat die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses ausgesetzt und die Erteilung des Erbscheins bis zur Rechtskraft des Beschlusses zurückgestellt.

Zur Begründung hat das AG angeführt, der Erblasser sei als österreichischer Staatsangehöriger nach österreichischem Erbstatut beerbt worden. Danach seien bei gesetzlicher Erbfolge die Ehefrau zu $\frac{1}{3}$ und die Abkömmlinge zu $\frac{2}{3}$ Miterben. Eine Erhöhung des Erbteils der Ehefrau nach deutschem Güterrecht – § 1371 Abs. 1 BGB – komme nicht in Betracht. Zwar sei für die güterrechtlichen Folgen der in Deutschland geschlossenen Ehe (die Eheleute hätten auch in Deutschland gelebt) deutsches Recht anzuwenden. Indes könne die Erhöhung nach § 1371 Abs. 1 BGB nur dann erfolgen, wenn Erb- und Güterstatut derselben Rechtsordnung zuzuordnen seien oder zumindest angepasst werden könnten. Hieran fehle es. Eine entsprechende Anwendung würde das ausländische Erbrecht verfälschen (unter Verweis auf OLG Stuttgart, ZEV 2005, 443 f., und *Ludwig* in jurisPK – BGB, 6. Aufl. 2012, Art. 15 EGBGB Rdnr. 74).

Gegen diesen ihr am 26.2.2013 zugestellten Beschluss hat die Beteiligte zu 2 am 19.3.2013 Beschwerde eingelegt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, entgegen der Auffassung des Nachlassgerichtes werde bei Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB das ausländische Erbrecht nicht verfälscht, weil es sich bei dieser Vorschrift um eine solche des Güterrechts und nicht des Erbrechts handle. Der Zugewinnausgleich sei ein maßgebliches Rechtsinstitut des deutschen Güterrechts. Dieses würde verfälscht, wenn man die genannte Bestimmung in Fällen wie dem vorliegenden nicht zur Anwendung bringen würde.

Das AG hat dieser Beschwerde mit Beschluss vom 24.5.2013 nicht abgeholfen und ausgeführt: Es sei zwar zutreffend, dass es sich bei der Vorschrift des § 1371 Abs. 1 BGB nach überwiegender Ansicht um eine güterrechtliche Bestimmung handle (unter Verweis auf *Staudinger/Mankowski*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 342). Indes folge hieraus nicht, den Zugewinn als Erbquote auch dann zu verwirklichen, wenn das anzuwendende Erbstatut eine solche Erbquote nicht kenne, da das Erbstatut die Erbquote bestimme (unter Verweis auf OLG Stuttgart, a. a. O.). Ob der der Beteiligten zu 2 zustehende Zugewinnausgleich schuldrechtlich auszugleichen sei, sei nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist nach den §§ 58 ff. FamFG zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Entgegen der Auffassung des AG ist § 1371 Abs. 1 BGB anzuwenden, weshalb der Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 zurückzuweisen ist.

Im vorliegenden Fall geht es um die in Rechtsprechung und Literatur seit vielen Jahren höchst strittige Frage, ob § 1371 Abs. 1 BGB auch dann gilt, wenn im Erbfall zwar deutsches Ehestatut, aber ausländisches Erbstatut anzuwenden ist. Konkret für den Fall der Anwendung des österreichischen Erbstatuts hatte sich das LG Mosbach (in ZEV 1998, 489 f.) dahin entschieden, dass § 1371 Abs. 1 BGB Anwendung finde, wegen der sich dann gegenüber dem deutschen Recht ergebenden erhöhten Erbquote aber eine Angleichung stattzufinden habe, so dass der überlebende Ehepartner insgesamt zu $\frac{1}{2}$ erbe. Diese Entscheidung hat damals in der Literatur viel Zustimmung erfahren und findet sie auch weiterhin (etwa *Palandt/Thorn*, 72. Aufl. 2013, Art. 15 EGBGB Rdnr. 26; *MünchKommBGB/Stehr*, 5. Aufl. 2010, Art. 15 EGBGB Rdnr. 117; *Otte* in *Bamberger/Roth*, BGB, 2. Aufl. 2008, Art. 15 EGBGB Rdnr. 67, sowie dort auch *Lorenz*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 56). Anders entschieden hat aber das OLG Stuttgart in dem auch vom AG im vorliegenden Verfahren in Bezug genommenen Beschluss aus dem Jahr 2005 (ZEV 2005, 443 f.), der ebenfalls österreichisches Erbstatut betrifft. Es hat eine Erhöhung der Erbquote durch Anwendung von § 1371 Abs. 1 BGB in einem derartigen Fall ausgeschlossen und offen gelassen, inwieweit dann ein „schuldrechtlicher Ausgleich“ im Hinblick auf den Zugewinnausgleich vorzu-

nehmen sei. Diese Entscheidung hat in der Literatur nur wenig Zustimmung gefunden (etwa *Ludwig*, jurisPK-BGB, 6. Aufl. 2012, Art. 14 EGBGB Rdnr. 74), nicht selten dagegen entschiedene Ablehnung (statt vieler etwa nur *Dörner*, ZEV 2005, 444 f. – er nennt die Entscheidung „höchst unzulänglich begründet“). Jüngere obergerichtliche Judikate beziehen sich indes durchaus auf die Stuttgarter Entscheidung und argumentieren für andere Länder ähnlich (etwa OLG Frankfurt, ZEV 2010, 253 ff., bei juris Rdnr. 9, und OLG Köln, ZEV 2012, 205 ff., bei juris Rdnr. 17 f. – diese Entscheidung kritisiert wiederum *Lange*, ZEV 2012, 207 f., und spricht von einer „äußerst dürftigen Auseinandersetzung mit der herrschenden Ansicht“).

Eine jüngste Entscheidung des OLG München (ZEV 2012, 591 ff., bei juris Rdnr. 19 f.) spricht sich für die Anwendbarkeit der güterrechtlich qualifizierten Vorschrift des § 1371 Abs. 1 BGB in Fällen ausländischen Erbstatuts aus (vgl. dazu auch die Anmerkung von *Süß*, MittBayNot 2013, 74 f.).

1. Im Ausgangspunkt ist das AG mit beiden Beteiligten zutreffend davon ausgegangen, dass sich das Erbstatut des Erblassers nach österreichischem Recht richtet. Gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB unterliegt die Rechtsfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte. Das österreichische Recht nimmt diese Verweisung gemäß den § 28 Abs. 1 und § 9 Abs. 1 österreichisches IPRG an. Nach österreichischem Recht – § 757 Abs. 1 Satz 1 ABGB – ist der Ehegatte des Erblassers neben ehelichen Kindern Erbe zu $\frac{1}{3}$.

2. Das AG ist mit der Rechtsauffassung beider Beteiligten auch zutreffend davon ausgegangen, dass sich das Güterrechtstatut des Erblassers nach deutschem Recht richtet. Für diese im Jahr 2000 geschlossene Ehe ist Art. 15 EGBGB in der derzeit geltenden Fassung anzuwenden (vgl. Art. 220 Abs. 3 Satz 2 EGBGB). Nach Art. 15 Abs. 1 EGBGB unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem bei der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebenden Recht. Weil die Eheleute weder für die Ehwirkungen noch für die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe eine Rechtswahl getroffen haben (vgl. Bl. 24 d. A.) und weil sie unterschiedlichen Staaten angehören, greift Art. 14 Abs. 1 Ziffer 2 EGBGB ein. Danach unterliegen die allgemeinen Wirkungen der Ehe dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben oder während der Ehe zuletzt hatten, wenn einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Hier ist die Ehe nicht nur in Deutschland geschlossen worden, sondern hatten die Beteiligten zu 2 und der Erblasser ihren gewöhnlichen Aufenthalt auch zuletzt in Deutschland.

3. Gilt somit deutsches Güterrechtsstatut und standen die Eheleute im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft, so könnte § 1371 Abs. 1 BGB Anwendung finden, wonach dann, wenn der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten beendet wird, der Ausgleich des Zugewinns dadurch verwirklicht wird, dass sich der gesetzliche Erbteil des Überlebenden um $\frac{1}{4}$ der Erbschaft erhöht.

Indes kennt das österreichische Recht einen solchen güterrechtlichen Ausgleich nicht. Nach dem ABGB ist gesetzlicher Güterstand in Österreich die Gütertrennung. Es stellt sich deshalb die Frage, ob bei Geltung des österreichischen Erbstatuts einerseits und des deutschen Güterrechtsstatuts andererseits § 1371 Abs. 1 BGB Anwendung finden kann. Diese Frage zielt darauf ab, wie § 1371 Abs. 1 BGB international privatrechtlich zu qualifizieren ist.

Hier gibt es im Grundsatz drei Möglichkeiten: § 1371 Abs. 1 BGB kann als güterrechtliche Norm, als erbrechtliche Norm

oder als eine Norm mit Doppelqualifikation (güterrechtlich/erbrechtlich) qualifiziert werden.

Geht man von einer rein erbrechtlichen Qualifikation aus, kommt eine Anwendung bei Geltung eines ausländischen Erbstatuts – wie hier des österreichischen Erbrechtsstatuts – nicht in Betracht. Eine reine erbrechtliche Qualifikation wird allerdings, soweit ersichtlich, nur in bereits sehr alter Literatur vertreten (Auflistung bei *Staudinger/Mankowski*, Neubearb. 2011, Art. 15 EGBGB Rdnr. 343 – wenn *Mankowski* dort OLG Frankfurt, ZEV 2010, 253 f., für diese Ansicht anführen will, dürfte das nicht richtig sein. Das OLG Frankfurt folgt a. a. O. Rdnr. 9 und 12 ff. der Lösung des OLG Stuttgart, a. a. O., das seinerseits aber wohl der güterrechtlichen Lösung folgen will, im Ergebnis indes der Lösung über die Doppelqualifikation nahe kommt).

Geht man von einer Doppelqualifikation aus, wäre das nachvollziehbare Ergebnis, dass § 1371 Abs. 1 BGB nur anzuwenden ist, wenn sowohl deutsches Güter- als auch das deutsche Erbstatut gilt. Dieser Auffassung möchte wohl das AG im angefochtenen Beschluss folgen. Eine Doppelqualifikation wird offenbar (nicht gänzlich eindeutig) vertreten vom OLG Köln (in ZEV 2012, 205 ff., bei juris Rdnr. 17) und in der Literatur von *Birk* (in MünchKommBGB, 5. Aufl. 2010, Art. 25 EGBGB Rdnr. 158; weitere Nachweise für diese Auffassung bei *Staudinger/Mankowski*, a. a. O., Art. 15 EGBGB Rdnr. 343; in der Literatur wird teilweise ausgeführt, dass die Entscheidungen des OLG Stuttgart, a. a. O., und OLG Frankfurt, ZEV 2010, 253 ff., letztlich eine Lösung vertreten würden, die der Doppelqualifikation nahe stehe).

Qualifiziert man aber § 1371 Abs. 1 BGB als (allein) güterrechtliche Norm, dann steht unter der Voraussetzung, dass deutsches Güterrechtsstatut anzuwenden ist, einer Anwendung dieser Norm auch im Falle eines ausländischen Erbstatuts nichts Grundsätzliches entgegen (zu einer Einschränkung insoweit später). Die wohl nach wie vor ganz überwiegende Meinung qualifiziert § 1371 Abs. 1 BGB als güterrechtliche Norm (OLG Stuttgart, a. a. O., bei juris Rdnr. 11 eigentlich eindeutig: „Der Zugewinnausgleich des § 1371 Abs. 1 BGB ist güterrechtlicher Art“; LG Mosbach, a. a. O.; OLG München, a. a. O., bei juris Rdnr. 19; offengelassen von OLG Düsseldorf, ZEV 2009, 190 ff. bei juris Rdnr. 44 – dort Alternative: sowohl güter- als auch erbrechtlich qualifiziert, also möglicherweise Doppelqualifikation; in der Literatur für allein güterrechtliche Einordnung der Norm etwa: *Staudinger/Dörner*, Neubearb. 2007, Art. 25 EGBGB Rdnr. 34, und *ders.*, Anm. zu OLG Stuttgart in ZEV 2005, 444; *Mörsdorf-Schulte* in *Bamberger/Roth*, BGB, 2. Aufl. 2008, Art. 15 EGBGB Rdnr. 47; *Lorenz* in *Bamberger/Roth*, a. a. O., Art. 25 EGBGB Rdnr. 56; *Ludwig* in jurisPK-BGB, a. a. O., Art. 15 EGBGB Rdnr. 71; *Staudinger/Mankowski*, a. a. O., Art. 15 EGBGB Rdnr. 346 ff.; in manchen Kommentaren wird die Auffassung vertreten, die güterrechtliche Qualifikation von § 1371 Abs. 1 BGB werde inzidenter auch vom BGH in einer bereits älteren Entscheidung aus dem Jahr 1963, BGHZ 40, 32, 34 f., vertreten – deutlich ist das dort allerdings nicht herauszulesen).

Überzeugend erscheint dem Senat die herrschende Meinung, die § 1371 Abs. 1 BGB allein güterrechtlich qualifiziert. Die Norm regelt die der erbrechtlichen Verteilung grundsätzlich (zeitlich) vorgelagerte Frage, wie im Falle des Todes einer der Ehepartner der güterrechtliche Ausgleich erfolgen soll. Es geht dort also nicht um einen Modus der Verteilung des Nachlasses, sondern um die davon abweichende, zuvor zu klärende güterrechtliche Frage, wie der überlebende Ehegatte an dem während der Ehe erfolgten Vermögenszuwachs zu beteiligen

ist. Mithin spricht neben der Stellung der Norm im Gesetz (nämlich im Titel: Eheliches Güterrecht) auch gerade der Sinn und Zweck der Vorschrift für eine güterrechtliche Qualifikation (LG Mosbach, a. a. O.; *Staudinger/Mankowski*, a. a. O., Art. 15 EGBGB Rdnr. 346 f.). Es liegt ganz auf dieser Linie, dass sich auch bei der Auslegung der ErbRVO eine Tendenz abzeichnet, § 1371 Abs. 1 BGB als rein güterrechtliche Vorschrift zu qualifizieren, die nach Art. 1 Abs. 2 lit. d ErbRVO vom Anwendungsbereich der ErbRVO ausgenommen ist (*Simon/Buschbaum*, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, NJW 2012, 2393, dort unter II.2. b.).

Bei der technischen Durchführung dieses güterrechtlichen Ausgleichs entscheidet sich das deutsche Recht in § 1371 Abs. 1 BGB zwar dafür, ihn durch eine pauschale Erbteilserhöhung zu realisieren. Dabei geht es aber nur um die Verwirklichung des grundsätzlichen Ziels, einen Ausgleich des Vermögens, das während der Ehe entstanden ist, zu erreichen, also eine güterrechtliche Lösung herbeizuführen. Allein dieser rechtstechnische Weg, der aus Gründen der Vereinfachung und der Streitvermeidung gewählt worden ist, rechtfertigt nicht, der Norm eine auch erbrechtliche Qualifikation beizulegen. Solches rechtfertigt sich auch nicht vor dem Hintergrund, dass der pauschale Ausgleich nach § 1371 Abs. 1 BGB selbst in dem Falle erfolgt, wo der verstorbene Ehegatte einen ausgleichenden Zugewinn tatsächlich nicht erzielt hat. Denn auch dies betrifft nur den vom Gesetzgeber zur Lösung des güterrechtlichen Problems gewählten rechtstechnischen Weg und die von ihm dabei zur Streitvermeidung gewollte Pauschalierung und Vereinfachung (*Mankowski*, a. a. O., Art. 15 EGBGB Rdnr. 352 f.). Nachvollziehbar wird in der Literatur gegen die Doppelqualifikation letztlich angeführt (*Mankowski*, a. a. O., Art. 15 EGBGB Rdnr. 358 bis 361; *Horn*, ZEV 2008, 417, 418;), dass die Vertreter dieser Auffassung der eigentlichen Qualifikationsentscheidung aus dem Weg gehen, nämlich einer notwendigen Entscheidung nach dem gewichteten Schwerpunkt. Würde man den Vertretern der Doppelqualifikation folgen, wäre im Übrigen § 1371 Abs. 1 BGB nur ein kleinstmöglicher internationaler Anwendungsbereich vermittelt und entstünde ein deutlicher „Normmangel“, weil das dann ungelöste güterrechtliche Problem nur über Wege gelöst werden könnte, die sich für die rechtssuchenden Bürger als schwierig und umständlich erweisen würden (ihnen Steine statt Brot gibt, so *Dörner*, ZEV 2005, 444, 445) – nämlich etwa über eine entsprechende Anwendung von § 1371 Abs. 2 BGB oder der §§ 1373 ff. BGB.

4. Ist § 1371 Abs. 1 BGB als güterrechtliche Norm zu qualifizieren, kommt es gerade unter Berücksichtigung des Umstands, dass das Güterrechtsstatut Priorität vor dem Erbstatut genießt, weil zur erbrechtlichen Verteilung nur gelangt, was nach einer güterrechtlichen Auseinandersetzung noch im Nachlass verbleibt (*Dörner*, ZEV 444, 445; *ders.* in *Staudinger*, Neubearb. 2007, Art. 25 EGBGB Rdnr. 38; *Horn*, ZEV 2008, 417, 418), grundsätzlich zu einer Anwendung dieser Norm trotz Geltung des ausländischen – hier österreichischen – Erbstatuts. So entscheidet sich auch das LG Mosbach (in ZEV 1998, 489 f.) in einem Sachverhalt, der einen österreichischen Erblasser betrifft.

Indes kommt das OLG Stuttgart (in ZEV 2005, 443 f.) trotz des grundsätzlich gleichen Ausgangspunktes – der Zugewinnausgleich des § 1371 Abs. 1 BGB ist güterrechtlicher Art – zu einem anderen Ergebnis. Zur Begründung führt es an, es rechtfertige sich nicht, den Zugewinn als Erbquote auch dann zu verwirklichen, wenn das anzuwendende ausländische Erbrecht (wie hier das österreichische Recht) eine solche Erbquote nicht kenne. Unter Hinweis auf diese Argumentation des OLG Stuttgart formuliert das OLG Köln (in ZEV 2012, 205 ff.) dahin, die

im ausländischen Recht verankerten Erbquoten müssten abschließend bleiben, und deswegen könne § 1371 Abs. 1 BGB keine Anwendung finden, weil diese Norm ihr Ziel mit einem erbrechtlichen Instrument, nämlich der pauschalen Erhöhung der Erbquoten, umsetze und sich insoweit auf die Erbquote des ausländischen Rechts auswirke (ähnlich wohl auch die Auffassung des OLG Frankfurt, ZEV 2010, 253 ff.).

Bei dieser Begründung wird verkannt, dass die Anwendung von § 1371 Abs. 1 BGB nicht im Widerspruch zu den erbrechtlichen Quoten des ausländischen Rechts stehen kann, wenn das ausländische Erbstatut eben nur die erbrechtliche Quote des Ehegatten als Erben nach dem verstorbenen Erblasser festlegt, nicht aber die güterrechtliche Beteiligung des überlebenden Ehegatten an dem während der Ehe erarbeiteten Zugewinn regeln will. Es wird in diesem Zusammenhang von der zitierten Rechtsprechung auch übersehen, dass § 1371 Abs. 1 BGB mit der Erhöhung der Erbquote des Ehegatten nur einen rechtstechnischen Weg beschreitet, um ein anderes, nicht erbrechtlich bestimmtes Ziel zu erreichen, nämlich den güterrechtlichen Ausgleich. So gesehen vermag der Senat die Anwendung von § 1371 Abs. 1 BGB in solchen Fällen nicht als unzulässigen Eingriff in das ausländische Erbstatut zu werten.

5. Zu prüfen ist aber noch, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen des § 1371 Abs. 1 BGB auch gegeben sind. Nach dieser Norm wird dann, wenn der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten beendet wird, der Ausgleich des Zugewinns dadurch verwirklicht, dass sich „der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten“ um $\frac{1}{4}$ der Erbschaft erhöht. Geklärt werden muss, ob dieser „gesetzliche Erbteil“ im Sinne der genannten Norm auch ein Erbteil sein kann, der sich aus der Anwendung ausländischen Rechts ergibt.

Nach ganz überwiegender Auffassung ist diese Frage nicht eine solche des Kollisionsrechts, sondern der Auslegung der Norm selbst. Die Lösung des Auslegungsproblems wird durch Heranziehung der gesetzlich allerdings nicht fixierten, aber anerkannten Regeln der sog. Substitution gefunden. Nach diesen Regeln kann eine fremde Rechtserscheinung unter eine inländische Sachnorm subsumiert werden, wenn die fremde Rechtserscheinung mit den von der deutschen Sachnorm beschriebenen inländischen Vorgängen und Rechtsverhältnissen funktionell gleichwertig ist (*Staudinger/Dörner*, Neubearb. 2007, Art. 25 EGBGB Rdnr. 36; *Horn*, ZEV 2008, 417, 419; *MünchKommBGB/Siehr*, 5. Aufl. 2010, Art. 15 EGBGB Rdnr. 117; *Lorenz* in *Bamberger/Roth*, a. a. O., Art. 25 EGBGB Rdnr. 57). Diese Voraussetzungen liegen jedenfalls dann vor, wenn das ausländische Erbrecht mit der Erbquote für den überlebenden Ehegatten nicht gerade auch dessen güterrechtliche Beteiligung an dem abzuwickelnden Güterstand regeln und erfassen will. Eine solche Absicht des ausländischen Gesetzgebers sei „selten anzutreffen“ (*Siehr*, a. a. O.).

Der Senat folgt der Auffassung, dass eine solche güterrechtliche Zielsetzung, wenn sie denn angenommen werden sollte, im Text der Norm fassbar zum Ausdruck kommen muss, etwa durch eine güterstandsspezifische Differenzierung (ebenso *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 444, 445). Das ist in § 757 des österreichischen ABGB nicht der Fall. Ebenso hat das LG Mosbach entschieden. Es hat nachvollziehbar ausgeführt, das österreichische Ehegattenerbrecht könne gar keinen güterrechtlichen Ausgleich bewirken wollen, weil gesetzlicher Güterstand nach dem ABGB die Gütertrennung sei (vgl. auch *Staudinger/Mankowski*, Neubearb. 2011, Art. 15 EGBGB Rdnr. 238).

Die Substitutionsvoraussetzungen liegen hier deshalb trotz des Umstandes vor, dass das gesetzliche Erbrecht des Ehegat-

ten in Österreich mit $\frac{1}{3}$ etwas höher als in Deutschland – $\frac{1}{4}$ gegenüber miterbenden Kindern – ausfällt.

6. Durch die Kombination des deutschen Ehegüterrechtsstatuts und des österreichischen Erbstatuts würde sich allerdings die $\frac{1}{3}$ -Quote des überlebenden Ehegatten aus § 757 ABGB um $\frac{1}{4}$ nach § 1371 Abs. 1 BGB auf dann insgesamt $\frac{7}{12}$ erhöhen und mithin insgesamt höher liegen, als wenn isoliert nur das österreichische oder nur das deutsche Recht angewandt wird.

Indes ist dieser Fall der Überhöhung durch Normenhäufung im internationalen Privatrecht durchaus bekannt und kann im Wege der sog. Angleichung dadurch gelöst werden, dass dem überlebenden Ehegatten nur das zukommt, was ihm nach jedem Recht höchstens zustünde (LG Mosbach, ZEV 1998, 489, 490; OLG Hamm, IPPrax 1994, 49; *Mörsdorf-Schulte* in *Bamberger/Roth*, a. a. O., Art. 15 EGBGB Rdnr. 49; *Staudinger/Mankowski*, a. a. O., Art. 15 EGBGB Rdnr. 376 ff.; speziell auch für das österreichische Erbstatut *Dörner*, ZEV 2005, 444, 445; *Palandt/Thorn*, a. a. O., Art. 15 EGBGB Rdnr. 26).

Dieser Lösung durch Angleichung folgt auch der Senat. Sie führt dazu, dass den Parteien nicht „Steine statt Brot“ (*Dörner*, a. a. O.) gegeben werden muss, wie dies bei der Lösung des OLG Stuttgart und einem anschließenden, nicht näher bestimmten „schuldrechtlichen Ausgleich“ der Fall wäre.

7. Das AG hat ausdrücklich nur über den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 entschieden, jedenfalls den widersprechenden Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 2 nicht ausdrücklich zurückgewiesen. Der Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 2 ist damit vorläufig unerledigt geblieben, was in einem solchen Fall auch zweckmäßig erscheint (*Zimmermann* in *Keidel*, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 352 Rdnr. 124). Über den noch nicht erledigten Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 2 wird das AG zu entscheiden haben.

8. Die Gerichtskostenfreiheit für das Beschwerdeverfahren ergibt sich aus § 131 Abs. 3 KostO. Kostenerstattung wird unter Heranziehung von § 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG nicht anzuordnen. Bei der Ermessensentscheidung war zu berücksichtigen, dass die Beschwerde der Beteiligten zu 2 zwar Erfolg hat (gegen die Rechtsprechung insbesondere des OLG Stuttgart), indes wegen der sehr kontroversen Diskussion in Rechtsprechung und Literatur bei Fehlen einer höchstrichterlichen Entscheidung eine offene Rechtslage vorliegt, in deren Konsequenz die Rechtsbeschwerde zuzulassen war.

Für den Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens war der reine Nachlasswert heranzuziehen (§ 131 Abs. 4, § 107 Abs. 1 und 2, § 30 KostO). Unter Berücksichtigung der Angaben der Beschwerdeführerin in ihrem Schriftsatz vom 12.8.2013 ist der Senat von ... € ausgegangen. Hiervon ist $\frac{1}{6}$ als Geschäftswert festgesetzt worden, weil die beiden Beteiligten ausgehend von ihrem jeweils für die Erbquote vertretenen Standpunkt letztlich nur um $\frac{1}{6}$ des Nachlasses streiten.

9. Wie aufgezeigt, werden in Rechtsprechung und Literatur zu der Problematik der Anwendung von § 1371 Abs. 1 BGB bei Geltung von ausländischem Erbstatut und deutschem Güterrechtsstatut unterschiedliche Lösungsansätze vertreten und gibt es dazu eine insgesamt sehr intensive, kontroverse Diskussion. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 Ziffer 2 FamFG zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erscheint dem Senat zwingend (die Rechtsbeschwerde zugelassen haben bereits das OLG Köln, ZEV 2012, 205 ff., und das OLG München, ZEV 2012, 591 ff.).

(...)

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

14. ZVG §§ 57a, 57; BGB § 565 (*Kündigungsrecht bei Versteigerung lediglich eines Teils eines einheitlich vermieteten Grundstücks*)

1. **Dem Ersteher einer Wohnungseigentumseinheit steht das Sonderkündigungsrecht des § 57a ZVG gegenüber dem Mieter auch dann zu, wenn das versteigerte Wohnungseigentum Teil eines aus mehreren Wohnungseinheiten bestehenden und insgesamt für einen einheitlichen Zweck (hier: betreutes Wohnen) vermieteten Objekts ist.**
2. **Der Ersteher kann von einem Mieter, der die Eigentumswohnung im Rahmen einer gewerblichen Weitervermietung an einen Endmieter zu Wohnzwecken vermietet hat, trotz Wirksamkeit der auf § 57a ZVG beruhenden Kündigung nicht Räumung und Herausgabe verlangen, weil der Endmieter wegen § 565 BGB unbeschadet dieser Kündigung zu Besitz und Nutzung berechtigt bleibt.**

BGH, Urteil vom 30.10.2013, XII ZR 113/12

Die Parteien streiten um Räumung und Herausgabe einer Wohnung und insbesondere darüber, ob die Klägerin den zwischen ihnen bestehenden Mietvertrag wirksam gemäß § 57a ZVG gekündigt hat.

Der Beklagte schloss im Jahre 1998 mit einem Bauträger zum Betrieb einer Altenwohnanlage („betreutes Wohnen“) einen Mietvertrag über ein noch zu errichtendes Gebäude mit 13 Wohnungen und vier Kfz-Stellplätzen. Die vertragliche Laufzeit betrug 20 Jahre mit der Möglichkeit des Beklagten, zweimal eine Verlängerung um jeweils weitere fünf Jahre zu verlangen. Nach dem Vertrag war der Beklagte zur Unter- oder Weitervermietung berechtigt. Dem Vermieter war gestattet, seine sich aus dem Mietvertrag ergebenden Rechte und Pflichten auf einen oder mehrere Dritte zu übertragen (§ 15 Nr. 2 des Mietvertrags).

In der Folgezeit erwarb Herr B vom Bauträger einen $\frac{77}{1000}$ -Miteigentumsanteil an dem Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an der streitgegenständlichen, im zweiten Obergeschoss liegenden Wohnung (im Aufteilungsplan als Nr. 7 bezeichnet). Der Beklagte vermietete diese Wohnung mit unbefristetem Mietvertrag vom 11.9.2008 an die Eheleute F (im Folgenden: Endmieter), die sie seit dem 1.10.2008 bewohnen. Laut der in § 1 dieses Mietvertrags enthaltenen Vorbemerkung ist der Beklagte Zwischenmieter, der die Wohnung vom Eigentümer zum Zwecke der Weitervermietung angemietet hat.

Durch Beschluss des Vollstreckungsgerichts vom 7.4.2011 erhielt die Klägerin den Zuschlag über den Miteigentumsanteil des B verbunden mit dem Sondereigentum an der streitgegenständlichen Wohnung nebst zugewiesenem Stellplatz. Mit am 21.4.2011 zugegangenem Schreiben erklärte die Klägerin gegenüber dem Beklagten die Kündigung des Mietvertrags zum Ablauf des 31.7.2011. Sie berief sich dabei auf § 57a ZVG sowie auf Eigenbedarf, weil ihre schwangere Tochter die Räume als Wohnung für sich benötige.

Nachdem der Beklagte der Kündigung widersprochen hatte, erhob die Klägerin Räumungs- und Herausgabeklage. Der Beklagte vertrat die Auffassung, es handle sich um ein Gesamtmietverhältnis, für das eine Teilkündigung nicht zulässig sei. Außerdem sei ihm die Erfüllung des Klageanspruchs unmöglich, weil die Wohnung weitervermietet sei.

Das AG hat der Klage stattgegeben, das LG hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom LG zugelassene Revision des Beklagten.

In der Revisionsinstanz hat die Klägerin hilfsweise die Feststellung beantragt, dass das Mietverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung mit Ablauf des 31.7.2011, hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt, beendet sei.

Aus den Gründen:

Die Revision hat teilweise Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet: Der Erwerber einer Wohnungseinheit rücke zwar in den gewerblichen Zwischenmietvertrag ein, der ursprünglich zwischen dem Bauträger und dem Beklagten bestanden habe. Es entstehe eine Vermietergemeinschaft, die der einzelne Erwerber grundsätzlich nicht kündigen könne. Der Klägerin stehe aber das Sonderkündigungsrecht des § 57a ZVG zu, das sie wirksam ausgeübt habe. Dieses Kündigungsrecht sei eine gesetzliche Versteigerungsbedingung. Es gelte nichts anderes als bei einer Gesamtmietfläche, bei der mehrere Ersteher hinsichtlich der jeweils von ihnen ersteigerten Teilfläche einzeln ihr Sonderkündigungsrecht ausüben könnten. Durch die Einbindung der streitgegenständlichen Wohnung in den Gesamtmietvertrag könne dieses Recht nicht beeinträchtigt werden. Nur bei Einräumung des Sonderkündigungsrechts unabhängig von den anderen Wohnungseigentümern sei der Sinn und Zweck des § 57a ZVG gewahrt, im Interesse der Realgläubiger einen möglichst hohen Versteigerungserlös zu ermöglichen.

Dem Beklagten sei die Räumung und Herausgabe auch nicht unmöglich. Die derzeitigen Endmieter hätten gewusst, dass er nicht Eigentümer sei. Damit sei ihnen auch bekannt gewesen, dass ihr Mietverhältnis vom Bestand des Hauptmietvertrags abhängig sei. Die Endmieter hätten die Stellung von Untermietern, denn die gewerbliche Weitervermietung sei rechtlich nicht anders zu beurteilen als ein Untermietverhältnis. Davon, dass die Endmieter sich gegenüber dem Beklagten auf die Mieterschutzbestimmungen berufen könnten, werde der Räumungsanspruch der Klägerin nicht berührt. Denn auch bei nicht beendetem Untermietverhältnis verliere der Untermieter gegenüber dem Hauptmieter infolge der Beendigung des Hauptmietverhältnisses das Recht zum Besitz und zur Nutzung.

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nur teilweise stand.

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass die von der Klägerin gegenüber dem Beklagten erklärte Kündigung wirksam ist.

a) In § 57a ZVG wird dem Ersteher ein außerordentliches Kündigungsrecht gegenüber Mietern eingeräumt. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass bei der Zwangsversteigerung die Interessen des Mieters grundsätzlich denen des Realkredits untergeordnet werden müssen. Denn von Mietern genutzte Grundstücke werden sich ohne das Sonderkündigungsrecht in der Regel schlechter versteigern lassen und darum weniger gern beliehen (vgl. RGZ 124, 195, 199; KG, NZM 2012, 304, 305; *Stöber*, ZVG, 20. Aufl., § 57a Rdnr. 2; *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 5, S. 48 und 118).

b) Durch den Zuschlag wird staatlich Eigentum verliehen, wobei dieser Verleihungsakt grundsätzlich zu den im Zwangsversteigerungsgesetz geregelten Bedingungen und mithin unter Einschluss des in § 57a ZVG normierten Sonderkündigungsrechts als einer gesetzlichen Versteigerungsbedingung erfolgt (vgl. BGH, Urteil vom 11.3.2009, VIII ZR 83/08, NJW 2009, 2312 Rdnr. 16 f.; RGZ 124, 195, 199; KG, NZM 2012, 304, 305; *Stöber*, ZVG, 20. Aufl., § 57a Rdnr. 2; *Stumpe in Kindl/Meller-Hannich/Wolf*, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, § 57a ZVG Rdnr. 12; *Steiner/Teufel*, Zwangsversteigerung und Zwangsvollstreckung, 9. Aufl., §§ 57 ff.

Rdnr. 5; *Dassler/Schiffauer/Engels*, ZVG, 14. Aufl., § 57a Rdnr. 13). Damit überlagern die öffentlichrechtlichen Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes insoweit das Zivilrecht.

Dies hat der Gesetzgeber in § 57 ZVG zum Ausdruck gebracht. Danach rückt der Ersteher als Erwerber zwar gemäß dem von § 57 ZVG für entsprechend anwendbar erklärten § 566 BGB als Vermieter in das Mietverhältnis ein. Das führt bei der Versteigerung lediglich eines Teils eines einheitlich vermieteten Grundstücks schuldrechtlich zu einer Vermietergemeinschaft, die als Bruchteilsgemeinschaft vertragliche Kündigungsrechte nur im Rahmen der gemeinschaftlichen Verwaltung gemäß §§ 744, 745 BGB ausüben kann (vgl. BGH, Beschluss vom 26.4.2012, V ZR 276/11, ZMR 2012, 692 Rdnr. 17, und Urteil vom 28.9.2005, VIII ZR 399/03, NJW 2005, 3781 f.). Darüber hinaus ist schuldrechtlich die nur auf eine Teilfläche bezogene Kündigung unzulässig (BGH, Urteil vom 12.10.2011, VIII ZR 251/10, NJW 2012, 224 Rdnr. 11; KG, NZM 2012, 304; BayObLG, NJW-RR 1991, 651 f.; *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 542 BGB Rdnr. 87 m. w. N.). Gleichwohl ordnet § 57 ZVG an, dass § 566 BGB nur nach Maßgabe des § 57a ZVG gilt.

c) Mit Blick auf Zielrichtung und Regelungszusammenhang des § 57a ZVG hat bereits das Reichsgericht die Vorschrift dahingehend ausgelegt, dass bei Versteigerung nur eines Teils einer verpachteten Fläche der Ersteher den Pachtvertrag für diese Teilfläche kündigen könne (RGZ 124, 195 ff.; so auch KG, NZM 2012, 304). Denn die Sonderregelung des § 57a ZVG habe das dort gewährte außerordentliche Kündigungsrecht auf andere Grundlagen als die der Vertragskündigung gestellt, so dass es sich auch in dieser bürgerlichrechtlichen Gestaltung durchsetze.

d) Diese zutreffenden Erwägungen gelten auch für die vorliegende Fallgestaltung, bei der eine von mehreren zu einem einheitlich vermieteten Objekt gehörenden Wohnungseinheiten versteigert worden ist.

aa) Versteigerungsgegenstand war das Sondereigentum an der Wohnung Nr. 7 verbunden mit einem Miteigentumsanteil an dem Grundstück, zu dem es gehört, und mithin Wohnungseigentum (§ 1 Abs. 2 WEG). Dieses ist selbständig beleih- und veräußerbar. Eine gemäß § 12 Abs. 1 WEG grundsätzlich mögliche Veräußerungsbeschränkung besteht nicht.

Insbesondere das dem jeweiligen Wohnungseigentümer zustehende Recht der gesonderten Beleihbarkeit würde jedoch dann, wenn § 57a ZVG auf den Fall einer sich auf mehrere Wohneinheiten beziehenden Gesamtvermietung keine Anwendung fände, in nicht gerechtfertigter Weise beeinträchtigt, weil dies den Beleihungswert regelmäßig spürbar reduzieren würde. Den Interessen des Mieters ist vielmehr dadurch ausreichend Rechnung getragen, dass er sein Mietrecht gemäß § 9 Nr. 2 ZVG anmelden und gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 ZVG Änderungen der Versteigerungsbedingungen durchsetzen kann. Nur dann, wenn es bei doppeltem Ausgebot nach § 59 Abs. 2 ZVG zu keinem oder nur zu einem geringeren Gebot auf das geänderte Ausgebot und daher zum Zuschlag auf die gesetzliche Ausgebotsform kommt, bleibt es bei § 57a ZVG (vgl. *Dassler/Schiffauer/Engels*, ZVG, 14. Aufl., § 57a ZVG Rdnr. 13; *Stumpe in Kindl/Meller-Hannich/Wolf*, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, § 57a ZVG Rdnr. 12 ff.).

bb) Der Einwand der Revision, das Berufungsgericht habe bei seiner Beurteilung nicht hinreichend beachtet, dass es sich bei dem Objekt um einen einer besonderen Zweckbindung unterliegenden Gesamtkomplex handele („betreutes Wohnen“), greift nicht durch.

(1) Dass der Versteigerungsgegenstand hier Teil eines einer einheitlichen mietrechtlichen Bestimmung unterliegenden Objekts war, stellt keinen substanziellen Unterschied zu sonstigen Verträgen dar, die sich – bei dann ebenfalls notwendig einheitlichem Zweck – auf einen einheitlichen Miet- oder Pachtgegenstand wie eine angepachtete Fläche beziehen. Für diese ist aber im Anschluss an die dargestellte reichsgerichtliche Rechtsprechung anerkannt, dass bei der Versteigerung nur einer Teilfläche § 57a ZVG eingreift (vgl. KG, NZM 2012, 304; *Stöber*, ZVG, 20. Aufl., § 57a Rdnr. 2; *Dassler/Schiffauer/Engels*, ZVG, 14. Aufl., § 57a Rdnr. 25; *Steiner/Teufel*, Zwangsversteigerung und Zwangsvollstreckung, 9. Aufl., §§ 57-57d Rdnr. 49; *Jäckel/Güthe*, ZVG, 7. Aufl., §§ 57-57b Rdnr. 11).

Würde man dies anders sehen, wäre gerade bei größeren Miet- oder Pachtobjekten eine Verwertung im Wege der Zwangsversteigerung regelmäßig nur insgesamt sinnvoll. Dies würde die rechtlich mögliche Beleihbarkeit von abgegrenzten Teilen – etwa von im Grundbuch separat geführten Grundstücken oder auch von wie hier einer von mehreren Wohnungseigentumseinheiten – in erheblicher, mit dem gesetzgeberischen Willen nicht zu vereinbarenden Weise einschränken.

(2) Die besondere Nutzung des Gesamt-Mietobjekts für „betreutes Wohnen“ steht der Wirksamkeit der von der Klägerin gegenüber dem Beklagten erklärten Kündigung im Übrigen schon deshalb nicht entgegen, weil diese Kündigung die betroffene Wohnung nicht diesem Zweck entzieht. Vielmehr würde sich erst dann, wenn statt der aktuellen Endmieter andere Bewohner in die Wohnung einziehen würden, ggf. im Rahmen des § 15 WEG und mit Blick konkret auf diese neuen Bewohner innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft die Frage stellen, ob die neue Nutzung mit einer Verwendung im Rahmen des „betreuten Wohnens“ zu vereinbaren ist.

e) Die Klägerin hat ihr Sonderkündigungsrecht in wirksamer Weise, insbesondere fristgerecht im Sinne des § 57a Satz 2 ZVG, ausgeübt.

Der Beklagte ist nicht Mieter von Wohnraum, nachdem der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache durch den Beklagten nicht im Wohnen, sondern in der Überlassung von Wohnraum an Dritte besteht (BGHZ 133, 142, 147 = NJW 1996, 2862, 2863). Daher kann er sich gegenüber der ihm erklärten Kündigung nicht auf die Kündigungsschutzrechte für Wohnraummietler berufen.

Die von § 57a Satz 1 ZVG in Bezug genommene gesetzliche Kündigungsfrist ist vorliegend § 580a Abs. 2 BGB zu entnehmen (vgl. *Stöber*, ZVG, 20. Aufl., § 57a Rdnr. 4), weil es sich nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts um gewerbliche Weitervermietung und mithin im Hauptmietverhältnis um Geschäftsraummieta handelt (vgl. *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 11. Aufl., § 580a BGB Rdnr. 14). Die Kündigung konnte daher spätestens am dritten Werktag eines Kalendervierteljahres zum Ablauf des nächsten Kalendervierteljahres erfolgen. Vorliegend hat die Klägerin am 21.4.2011 gekündigt. Diese Kündigung beendete das Mietverhältnis mit Ablauf des 31.12.2011. Soweit im Kündigungsschreiben ein früherer Beendigungstermin genannt ist, ist das unschädlich, weil die Klägerin zugleich klargestellt hat, ihr gesetzliches Kündigungsrecht aus § 57a ZVG zum nächstmöglichen Termin ausüben zu wollen (Senat, Beschluss vom 25.10.1995, XII ZR 245/94, NJW-RR 1996, 144).

2. Das Berufungsurteil ist jedoch rechtsfehlerhaft, soweit der Beklagte verurteilt worden ist, die Wohnung nebst Keller-

raum und Stellplatz zu räumen und an die Klägerin herauszugeben. Dies ist ihm unmöglich im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB, weil die Klägerin gemäß § 565 BGB ab dem 1.1.2012 als Vermieterin in das Mietverhältnis mit den Endmietern eingetreten ist und diese daher nach wie vor zum Besitz und zur Nutzung berechtigt sind, ohne dass der Beklagte einen Einfluss hierauf hat. Eine Kündigung der Klägerin gegenüber den Endmietern ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bislang nicht erfolgt.

a) Die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung, die Endmieter hätten ihr Recht zum Besitz und zur Nutzung mit der Beendigung des Hauptmietverhältnisses verloren, weil ihnen die Zwischenvermietung bekannt gewesen sei, stützt sich zwar auf Rechtsprechung des BGH (BGHZ 114, 96 = NJW 1991, 1815; BGHZ 84, 90 = NJW 1982, 1696). Diese Rechtsprechung ist jedoch mit der Einführung des § 549a BGB a. F. durch das Vierte Mietrechtsänderungsgesetz vom 21.7.1993 (BGBl I, S. 1257; vgl. BT-Drucks. 12/5342, S. 3), der mit geringfügigen Wortlautänderungen als § 565 BGB übernommen worden ist (BT-Drucks. 14/4553, S. 63), überholt. Denn seitdem rückt bei gewerblicher Weitervermietung von Wohnraum der Vermieter im Falle der Beendigung des Hauptmietverhältnisses als Vermieter in das Mietverhältnis mit dem Endmieter ein.

b) Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 565 BGB liegen hier vor. Die Vertragsparteien hatten ein Mietverhältnis mit dem Zweck abgeschlossen, dass der Beklagte die Wohneinheiten als Wohnraum weitervermieteten sollte. Dass diese Weitervermietung im Rahmen des „betreuten Wohnens“ erfolgen sollte und erfolgte, steht dem nicht entgegen. Damit ggf. verbundene Betreuungsleistungen sind weder Bestandteil des ursprünglichen Gesamtmietvertrags zwischen Bauträger und Beklagtem, in den die Wohnungseigentümer auf Vermieterseite eingetreten sind, noch des zwischen dem Beklagten und den Endmietern abgeschlossenen Mietvertrags die Wohnung Nr. 7 betreffend. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Beklagte im Rahmen einer gewerblichen Weitervermietung tätig geworden, was die Klägerin nicht in revisionsrechtlich relevanter Weise beanstandet hat.

3. Der Senat kann gemäß § 563 Abs. 3 ZPO abschließend entscheiden, weil die Sache zur Entscheidung reif ist.

a) Der auf Räumung und Herausgabe gerichtete Hauptantrag der Klägerin ist nicht begründet.

b) Demgegenüber ist der in der Revisionsinstanz geltend gemachte, auf Feststellung gerichtete Hilfsantrag zulässig und nach dem oben unter 1. Ausgeführten auch begründet.

(...)

Beurkundungs- und Notarrecht

15. BGB §§ 127a, 2033 Abs. 1 Satz 2; ZPO § 278 Abs. 6 (Keine formwirksame Verfügung über Miterbenanteil durch schriftlichen Prozessvergleich)

Ein Vergleich, dessen Zustandekommen gemäß § 278 Abs. 6 ZPO im schriftlichen Verfahren festgestellt wird, wahrt die gemäß § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderliche Form einer notariellen Beurkundung jedenfalls dann nicht, wenn die Parteien weder durch ihre Bevollmächtigten noch durch das Gericht im erforderlichen Umfang belehrt worden sind.

OLG Celle, Beschluss vom 14.6.2013, 4 W 65/13

Die Antragsteller begehren die Eintragung der Übertragung eines Erbteils in das Grundbuch auf der Grundlage eines nach § 278 Abs. 6 ZPO geschlossenen Vergleichs.

Die Antragsteller haben sich in einem Rechtsstreit vor dem LG Hannover (12 O 103/11) über die Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft gestritten. Mit Beschluss vom 22.1.2013 hat das LG Hannover gemäß § 278 Abs. 6 ZPO festgestellt, dass sich die Prozessparteien durch ihre übereinstimmenden Erklärungen verglichen haben. Inhalt des Vergleiches ist der Verkauf des Erbteils der Klägerin an ihre Geschwister, der dinglich auf diese übertragen wurde. Gegenstand des Nachlasses ist (unter anderem) ein Grundstück.

Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 18.3.2013 den Antrag auf Grundbuchberichtigung zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die gemäß § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderliche Form der notariellen Beurkundung sei durch den Abschluss des Vergleiches nach § 278 Abs. 6 ZPO nicht gewahrt. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragsteller, die insbesondere auf eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (NJW 2007, 1831 ff.) verweist.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 71 GBO zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das Grundbuchamt hat zu Recht und mit zutreffender Begründung die beantragte Grundbuchberichtigung verweigert. Die gemäß § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderliche Form der notariellen Beurkundung für die Erbteilsübertragung ist durch den gemäß § 278 Abs. 6 ZPO festgestellten Vergleich nicht gewahrt.

1. Allerdings wird die Auffassung vertreten, dass entsprechend dem Willen des Gesetzgebers der Vergleich im schriftlichen Verfahren dieselbe Wirksamkeit entfalten soll wie ein in der mündlichen Verhandlung protokollierter Vergleich und dieser die Form der notariellen Beurkundung wahre (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.12.2010, 5 UF 105/10, Rdnr. 4, für eine schriftliche Vereinbarung über den Versorgungsausgleich gemäß § 7 Abs. 2 VersorgAusglG). Ebenso hat das Bundesarbeitsgericht in der oben zitierten Entscheidung die Auffassung vertreten, § 127a BGB sei jedenfalls analog anwendbar, um dem Willen des Gesetzgebers, dass der im schriftlichen Verfahren abgeschlossene Vergleich in seinen Wirkungen dem protokollierten Vergleich gleichstehe (vgl. BT-Drucks. 14/4722, S. 82), gerecht zu werden (BAG, NJW 2007, 1831, 1833 f.).

2. Eine vermittelnde Auslegung nimmt offenbar das OLG München (Beschluss vom 28.9.2010, 12 UF 1153/10, Rdnr. 5, für § 7 Abs. 2 VersorgAusglG) ein, dass § 127a BGB jedenfalls dann entsprechend anzuwenden sei, wenn die Vereinbarung auf Vorschlag des Gerichts zustande gekommen ist, weil nur so die Beratungsfunktion indirekt erfüllt werde.

3. Abweichend hiervon hält das OLG Brandenburg die Form des § 127a BGB nicht für erfüllt, wenn die Parteien einen Vergleich gemäß § 278 Abs. 6 ZPO geschlossen haben (Beschluss vom 9.10.2007, 10 UF 123/07; ebenso *Staudinger/Hertel*, Oktober 2011, § 127a Rdnr. 48). Zu demselben Ergebnis kommt ein Gutachten des Deutschen Notarinstituts speziell zu der Frage, ob ein im schriftlichen Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO abgeschlossener Prozessvergleich die notarielle Beurkundung nach § 127a BGB im Sinne einer Erbteilsveräußerung nach § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB ersetze. Hiergegen spreche sowohl der eindeutige Wortlaut des § 127a BGB als auch der Schutzzweck der Beurkundung durch die Beratung der Beteiligten.

4. Für den – hier nicht gegebenen – Fall einer in einem schriftlichen Verfahren geschlossenen Prozessvergleich erklärten Auflassung hat das OLG Düsseldorf ausgeführt, die erforderliche

derliche Form sei nicht gewahrt, weil es an der nach § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB für die Auflassung erforderlichen gleichzeitigen Anwesenheit der Beteiligten fehle (NJW-RR 2006, 1609 ff., Rdnr. 28).

5. Der Senat schließt sich für den zu entscheidenden Fall der unter Ziffer 3 dargestellten Auffassung an. Der Sinn und Zweck einer notariellen Beurkundung, die Parteien vor übereilten Entscheidungen zu schützen und sie auf eventuelle Gefahren hinzuweisen, ist durch einen im schriftlichen Verfahren geschlossenen Vergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO kaum zu gewährleisten. Dies mag allenfalls der Fall sein, wenn entweder die Prozessbevollmächtigten der Parteien diese Funktion übernehmen oder aber das Gericht einen eigenen Vorschlag unterbreitet und darüber hinaus den Parteien durch entsprechende Anmerkungen vor Augen geführt hat, welche Verpflichtung sie mit dem Abschluss des Vergleichs eingehen und welche Risiken bestehen. Letztlich braucht vorliegend aber nicht entschieden zu werden, ob dies für die Wahrung der Form der notariellen Beurkundung im Sinne von § 127a BGB ausreichend ist. Denn aus dem zugrunde zu legenden Sachverhalt ergibt sich nicht, dass die damaligen Prozessbevollmächtigten oder das Gericht eine solche Belehrung vorgenommen hätten.

Das Argument, nach dem Willen des Gesetzgebers habe der schriftliche Vergleich dem protokollierten Vergleich gleichstehen sollen, überzeugt nicht für den Fall, dass hierdurch die Form einer notariellen Beurkundung gewahrt werden soll, weswegen auch eine analoge Anwendung von § 127a BGB ausscheidet. Denn gemäß § 278 Abs. 6 ZPO geschlossene Vergleiche betreffen auch Sachverhalte, in denen es nicht auf die Einhaltung einer bestimmten Form ankommt und in denen die Wirkung eines im schriftlichen Verfahren abgeschlossenen Vergleichs unzweifelhaft derjenigen eines in der mündlichen Verhandlung protokollierten Vergleichs gleichsteht. Der Umstand, dass in § 278 Abs. 6 ZPO eine Regelung zur Änderung des abgeschlossenen Vergleichs entsprechend § 164 ZPO vorgesehen ist, besagt noch nichts darüber, dass hierdurch auch die nach § 127a BGB erforderliche Aufnahme der Erklärungen in ein nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtetes Protokoll gleichwertig ersetzt wird. Denn dort geht es nur um die Berichtigung und nicht um die Aufnahme der Erklärungen. Der Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit des Vorgangs einer Beurkundung vor dem Notar entspricht nur derjenige Ablauf, in dem die Beteiligten durch das Gericht, das insoweit auch einer Haftung unterliegen dürfte, entsprechend belehrt werden können. Sollten hierbei Rückfragen auftreten, ist dies ohnehin nur dann vertretbar zu beantworten, wenn die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung direkt anwesend sind.

(...)

Anmerkung:

Das Urteil beschäftigt sich mit den Anforderungen an die Wahrung der Form der notariellen Beurkundung (im Fall nach § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB), die nach § 127a BGB auch durch einen gerichtlichen Vergleich erfüllt werden kann. Das im Urteil selbst angeführte breite Meinungsspektrum und die daraus resultierende Rechtsunsicherheit überraschen, denn anders als für ggf. materielle Auslegungsschwierigkeiten einer Willenserklärung könnte man zur Einhaltung der Anforderungen der formellen Voraussetzungen mehr Rechtsklarheit erwarten, zumal die Form der notariellen Beurkundung auch dazu dienen soll, „rechtlich eindeutige“ Erklärung zu schaffen (Beweisfunktion, Gültigkeitsgewähr).¹

¹ MünchKommBGB/Kanzleiter, 6. Aufl. 2012, § 311b Rdnr. 1; BeckOK-BGB/Gehrlein, Stand 1.11.2013, § 311b Rdnr. 1.

1. Zum Verfahrensablauf eines gerichtlichen Vergleichs

Nach § 127a BGB wird die Form der notariellen Beurkundung bei einem gerichtlichen Vergleich durch die Aufnahme der Erklärungen in ein nach den Vorschriften der ZPO errichtetes Protokoll ersetzt. Nach § 159 ZPO ist die mündliche Verhandlung zu protokollieren; neben bestimmten Inhaltsanforderungen (§ 160 ZPO) muss das Protokoll nebst einem in ihm enthaltenen Vergleich (§ 160 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) gemäß § 162 Abs. 1 ZPO den Beteiligten vorgelesen oder vom Tonband vorgespielt und von ihnen genehmigt werden. Das erinnert natürlich an das notarielle Beurkundungsverfahren nach § 13 BeurkG, wonach Vorlesen, Genehmigen und Unterschreiben einer beurkundeten Willenserklärung erforderlich sind.² Das gerichtliche Protokoll ist allerdings nur vom Richter und vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu unterschreiben (§ 163 ZPO), hinsichtlich der betroffenen Beteiligten selbst wird im Protokoll lediglich vermerkt, dass diese ihre Genehmigung zum Vergleich erteilt haben (§ 162 Abs. 1 Satz 2 ZPO), wohingegen eine Unterschriftsleistung ihrerseits nicht erforderlich ist.³ Auch wenn letztlich nicht geklärt ist, inwieweit die den Vergleich protokollierenden Richter eine Belehrungspflicht über die rechtliche Tragweite der Erklärungen trifft,⁴ ist im Rahmen einer mündlichen Verhandlung eine solche rechtliche Beratung bzw. sind rechtliche Nachfragen der Parteien zumindest möglich. Das Zustandekommen der Einigung und die Niederlegung der Willenserklärungen im Protokoll werden vom Gericht im unmittelbaren Beisein der Parteien (bzw. deren Vertreter) in der mündlichen Verhandlung betreut.

Nach der ZPO gibt es nunmehr aber mehrere Möglichkeiten für das Zustandekommen eines gerichtlichen Vergleiches,⁵ so dass Kernfrage des zu entscheidenden Sachverhaltes war, ob die notarielle Beurkundung gemäß § 127a BGB auch durch einen solchen Vergleich ersetzt werden kann, der gemäß § 278 Abs. 6 ZPO dadurch geschlossen wird, dass die Parteien dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten oder einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz annehmen.⁶ Dieser Vergleich wird nach § 278 Abs. 6 Satz 2 ZPO in einem richterlichen Beschluss festgehalten.

² Zur Vergleichbarkeit der Verfahren auch DNotI-Report 2008, 75, 76; Zimmer, NJW 2013, 3280, 3282; ders., NJW 2011, 3451, 3453 ff.

³ MünchKommBGB/Einsele, 6. Aufl. 2012, § 127a Rdnr. 8.

⁴ Zimmer, NJW 2013, 3280, 3281; Zimmermann, FPR 2012, 556, 561; Knauer, NJW 2004, 2857, 2859: Die Rolle des Richters ist ungeklärt.

⁵ Das Vergleichsverfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO wurde durch Gesetz vom 27.7.2001 (BGBl I, S. 1887) mit Wirkung zum 1.1.2002 eingeführt; vgl. MünchKommZPO/Prütting, 4. Aufl. 2013, § 278 Rdnr. 40 zu den verschiedenen Verfahren.

⁶ Ablehnung der Formwahrung OLG Brandenburg, Beschluss vom 9.10.2007, 10 UF 123/07, FamRZ 2008, 1192; MünchKommZPO/Prütting, 4. Aufl. 2013, § 278 Rdnr. 40; Saenger, ZPO, 5. Aufl. 2013, § 278 Rdnr. 23; Staudinger/Hertel, Neubearb. 2012, § 127a Rdnr. 35, 48 ff.; BeckOK-BGB/Wendland, Stand 1.8.2013, § 127a Rdnr. 4; MünchKommBGB/Einsele, 6. Aufl. 2012, § 127a Rdnr. 4; DNotI-Report 2008, 75, 76; Zimmer, NJW 2013, 3280 ff.; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 278 Rdnr. 31; a. A. OLG Frankfurt, 14.12.2010, 5 UF 105/10, Rdnr. 4; OLG Naumburg, NJ 2008, 467; Palandt/Ellenberger, § 127a Rdnr. 2; BeckOK-ZPO/Bacher, Stand 15.7.2013, § 278 Rdnr. 40; Zimmermann, FPR 2012, 556, 562; differenzierend OLG München, Beschluss vom 28.9.2010, 12 UF 1153/10, FamRZ 2011, 812; Deckenbrock/Dötsch, MDR 2006, 1325, 1328.

2. Formwahrung nach § 127a BGB nur für den protokollierten Vergleich

a) Möglichkeit einer Analogie

Bereits der Wortlaut des § 127a BGB macht deutlich, dass allenfalls eine analoge Anwendung der Norm in Betracht kommt,⁷ weil eine „Aufnahme der Erklärungen in ein nach den Vorschriften der ZPO errichtetes Protokoll“ im Vergleichsabschlussverfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO nicht stattfindet. Die Willenserklärungen zur vergleichswisen Einigung sind vielmehr allein in den Schriftsätzen der Parteien enthalten, sie werden vom Richter in den feststellenden Beschluss übernommen. Dass gemäß § 278 Abs. 6 Satz 3 ZPO Unrichtigkeiten dieses richterlichen Beschlusses entsprechend der Protokollberichtigung nach § 164 ZPO berichtigt werden können, ändert nichts daran, dass ein „Protokoll“ weder vorliegt noch aufgenommen wird.

Eine entsprechende Anwendung des § 127a BGB auf den schriftsatzweise zustande gekommenen Vergleich ist aber denkbar, weil nach dem Willen des Gesetzgebers⁸ der Vergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO dem protokollierten Vergleich nach § 160 ZPO gleichstehen sollte.⁹ Damit könnte auch eine Gleichstellung im Rahmen des § 127a BGB bezüglich der Formanforderung der notariellen Beurkundung gewollt gewesen sein. Für das Schiedsverfahren bestimmt § 1053 Abs. 3 ZPO, dass jeglicher Vergleich der Parteien in einem Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut die Form der notariellen Beurkundung unabhängig davon ersetzt, wie der Vergleich zustande gekommen ist. Daneben sind der protokollierte und der im Beschlussweg festgestellte Vergleich in § 491 Abs. 3 BGB bezüglich der Nichtanwendung von Informationspflichten und dem Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensverträgen ausdrücklich gleichgestellt worden.¹⁰ Dem lässt sich freilich entgegenhalten, dass eine solche Gleichstellung in § 127a BGB gerade nicht erfolgt ist und dass ohne eine ausdrückliche gesetzliche Anweisung eine Gleichstellung nicht vorzunehmen ist.

b) Vergleich zu anderen materiellen Formanforderungen

Nicht weiterführend ist meines Erachtens die Frage der Gleichstellung der verschiedenen Vergleichsverfahren bezüglich anderer Formerfordernisse. Nach § 925 BGB muss die Auflagerung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragsparteien vor einer zuständigen Stelle erklärt werden und kann daher – mangels gleichzeitiger Anwesenheit – nicht durch einen im schriftlichen Verfahren geschlossenen Vergleich ersetzt werden.¹¹ Das BAG entschied, dass die erforderliche Schriftform nach § 623 BGB (i. V. m. § 14 Abs. 4 TzBfG) auch durch einen Vergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO erfüllt sei.¹² Der Vergleich war von den Parteien zunächst weder unter derselben Urkunde noch unter mehreren gleichlautenden Urkunden un-

terzeichnet worden, so dass die Voraussetzungen nach § 126 Abs. 2 BGB zu verneinen waren und es nach § 126 Abs. 4 BGB darauf ankam, dass die schriftliche Form durch die notarielle Beurkundung – diese wiederum nach § 127a BGB ersetzt durch den Vergleich – ersetzt werden konnte. Für die Frage, ob nicht nur die Schriftform, sondern auch die höher anzusiedelnde Form der notariellen Beurkundung durch einen Vergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO gewahrt wird, kann daraus nur wenig hergeleitet werden, weil andere Formanforderungen andere Zwecke erfüllen und eine analoge Anwendung des § 127a BGB nicht pauschal stattfindet, sondern nur für eng zu untersuchende vergleichbare Sachverhalte.

c) Anforderungen an die Beurkundungsform versus Schriftform

Anders als der Schriftform kommt der Beurkundungsform neben der Beweisfunktion nicht nur eine Warn- und Besinnungsfunktion zu, die vor übereilten Entscheidungen schützt, sondern es soll auch eine rechtliche Beratung gewährleistet werden.¹³ Dem OLG Celle ist darin beizupflichten, dass der Zweck der Beurkundungsform, auf rechtliche Gefahren hinzuweisen und die rechtliche Tragweite der Erklärung zu erläutern, durch einen schriftsatzweisen Vergleich nicht erfüllt werden kann.¹⁴ Denn direkte Nachfragen im unmittelbaren Gespräch mit dem Gericht sind ausschließlich in einer mündlichen Verhandlung möglich, nicht aber im Vergleichsverfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO, selbst wenn ein vom Gericht selbst unterbreiteter Vergleichsvorschlag im Einzelfall – vergleichbar einer notariellen Urkunde – schriftliche Belehrungen enthalten könnte oder das Gericht in der mündlichen Verhandlung bereits vorab die rechtliche Tragweite aufzeigen könnte. Entgegen der Ansicht des OLG Frankfurt¹⁵ bedingt die richterliche Prüfung zur Wirksamkeit des Vergleiches bezüglich gesetzlicher Verbote, guter Sitten und öffentlicher Ordnung nicht, dass die Beteiligten selbst ausreichend über die rechtliche Tragweite des Vergleiches informiert werden. Mit anderen Worten: nicht alles, was rechtlich wirksam ist, ist von den über alle Rechtsfolgen informierten Parteien dann auch tatsächlich gewollt.

Hingegen ist der Schutz vor übereilten Entscheidungen ebenso gut durch einen Vergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO gewährleistet. Denn ein während eines geführten Rechtsstreits eingereichter Schriftsatz über einen Vergleichsvorschlag oder zur Annahme eines Vergleiches wird wohl nicht unbedacht erfolgen. Anders als zum Beispiel in einem nur mündlich geführten Gespräch ist den Beteiligten bei der Einreichung eines Schriftsatzes bewusst, dass sie rechtlich relevante Erklärungen abgeben, die für sie verbindliche Rechtsfolgen auslösen werden. Welche Rechtsfolgen das konkret sind und welche weiteren rechtlichen Folgewirkungen sich ergeben, kann dagegen nur eine über den bloßen Übereilungsschutz hinausgehende rechtliche Beratung aufzeigen. Daher kann dem BAG vollauf zugestimmt werden, dass die Schriftform nach § 623 BGB durch jeglichen gerichtlichen Vergleich gewahrt ist. Während also die Gefahr vor übereilten Entscheidungen auch im Rahmen des § 278 Abs. 6 ZPO zu verneinen ist, muss die notarielle Beurkundungsform darüber hinaus sicherstellen, dass die Ent-

⁷ *Staudinger/Hertel*, § 127a Rdnr. 48; *Deckenbrock/Dötsch*, MDR 2006, 1325, 1327.

⁸ BT-Drucks. 14/4722, S. 82.

⁹ OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.12.2010, 5 UF 105/10, Rdnr. 4.

¹⁰ Durch Gesetz vom 29.7.2009 (BGBl I, S. 2355) mit Wirkung zum 11.6.2010 wurde ergänzt, dass neben dem protokollierten Vergleich auch der durch gerichtlichen Beschluss zustande gekommene Vergleich erfasst ist; vgl. *MünchKommBGB/Schürnbrand*, 6. Aufl. 2012, § 491 Rdnr. 75.

¹¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.8.2006, 3 Wx 137/06, NJW-RR 2006, 1609 ff.; zust. zum Beispiel *BeckOK-ZPO/Bacher*, Stand 15.7.2013, § 278 Rdnr. 40; *Zöller/Greger*, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 278 Rdnr. 31.

¹² BAG, Urteil vom 23.11.2006, 6 AZR 394/06, NJW 2007, 1831.

¹³ *Palandt/Grüneberg*, § 311b Rdnr. 2; *Knauer*, NJW 2004, 2857, 2859.

¹⁴ A. A. OLG München, Beschluss vom 28.9.2010, 12 UF 1153/10, FamRZ 2011, 812, für einen Vergleichsvorschlag des Gerichtes, wonach „damit die Beratungsfunktion des Gerichts indirekt erfüllt ist“.

¹⁵ OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.12.2010, 5 UF 105/10, Rdnr. 4.

scheidung auch auf der Grundlage einer ausreichenden Information über die rechtliche Tragweite der abgegebenen Erklärungen getroffen wird (Beratungsfunktion). Dies ist nur bei einem gerichtlich protokollierten Vergleich möglich.¹⁶

3. Kritik der Entscheidung

Zu kritisieren ist die Entscheidung, weil sie letztlich keine Entscheidung trifft, sondern wiederum alles offen lässt, indem die Wahrung der Form nach § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB nur deswegen verneint wird, weil im konkreten Fall keine Belehrung der Parteien erfolgt sei. Schlimmer noch begnügt sich die Entscheidung mit der bloßen Feststellung, dass sich aus dem zugrunde gelegten Sachverhalt nicht ergebe, dass die damaligen Prozessbevollmächtigten oder das Gericht eine Belehrung vorgenommen hätten. Zum einen geht der Beschluss also offenbar davon aus, dass sich eine Erfüllung der Belehrungsfunktion aus dem Sachverhalt unmittelbar selbst ergeben müsse. Eine Beweisaufnahme bezüglich einer tatsächlich erfolgten oder fehlenden Rechtsberatung der Beteiligten durch den Richter oder die Prozessbevollmächtigten wird nämlich nicht gefordert, obgleich von dieser Tatsache nach Ansicht des OLG Celle möglicherweise die Wirksamkeit des Vergleiches abhängt. Zum anderen bleibt ungeklärt, ob eine Erfüllung der Belehrungsfunktion durch die Anwälte der Parteien oder durch das Gericht – wenn der Vergleichsvorschlag von diesem selbst unterbreitet wird – ausreichend zur Formwahrung wäre.

Nach einer teleologischen Betrachtung des § 127a BGB und des Beurkundungserfordernisses könnte die Wahrung der Form bei tatsächlicher Erfüllung der Beratungs- und Belehrungsfunktion im konkreten Einzelfall zwar durchaus bejaht werden. Zu bedenken ist aber, dass dann die Erfüllung der Formanforderungen unter anderem davon abhinge, ob beide Parteien anwaltlich vertreten sind und die Prozessbevollmächtigten eine Belehrung tatsächlich vorgenommen haben, bzw. wäre danach zu differenzieren, ob der Vergleichsvorschlag vom Gericht – unter Belehrung über die rechtliche Tragweite – unterbreitet wurde oder ob er von den Parteien selbst stammt.¹⁷ Mit einer generell-abstrakten Rechtsnorm hätte ein solcher, durch Analogie erweiterter Tatbestand des § 127a BGB dann nur noch wenig gemein. Des Weiteren erscheint zweifelhaft, wie das Gericht ersehen könnte, ob die Anwälte die Belehrung tatsächlich übernommen haben oder wie zum Beispiel das Grundbuchamt überprüfen könnte, ob ein gerichtlicher Vergleichsvorschlag den Anforderungen einer erforderlichen rechtlichen Beratung genügt.¹⁸

Zwar ist davon auszugehen, dass ein Prozessbevollmächtigter diese Beratungs- und Belehrungsfunktion im Interesse seines Mandanten grundsätzlich erfüllt, doch ist vergleichend auch der Notar trotz anwaltlicher Begleitung eines Beteiligten stets gehalten, sich zu vergewissern, dass der Beteiligte selbst die Tragweite des rechtlichen Geschäfts erfasst.¹⁹ Der Notar darf nicht von vornherein von rechtlichen Hinweisen absehen,

¹⁶ Ebenso unterscheiden zwischen der Wahrung der Schriftform auch durch § 278 Abs. 6 ZPO im Gegensatz zur notariellen Beurkundungsform MünchKommZPO/Prütting, § 278 Rdnr. 40; Saenger, ZPO, 5. Aufl. 2013, § 278 Rdnr. 23; Staudinger/Hertel, § 127a Rdnr. 35 u. 49.

¹⁷ Vgl. Knauer, NJW 2004, 2857, 2859; OLG München, Beschluss vom 28.9.2010, 12 UF 1153/10, FamRZ 2011, 812, differenziert tatsächlich danach, von wem der Vergleichsvorschlag stammt.

¹⁸ Auf diesen Aspekt der Rechtsunsicherheit weist zu Recht insbesondere Zimmer, NJW 2013, 3280, 3281, hin.

¹⁹ OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 15.2.2012, 4 U 129/11; vgl. BGH, Urteil vom 10.5.1990, IX ZR 113/89, NJW 1990, 2882, 2884.

nur weil anwaltlicher Beistand vorhanden ist. Allein das Vorhandensein eines Prozessbevollmächtigten kann daher die Erfüllung des Formzweckes nicht gewährleisten. Vielmehr obliegt diese Aufgabe vorrangig einem neutralen und unabhängigen Rechtspflegeorgan, vgl. § 17 BeurkG, §§ 139, 278 Abs. 2 Satz 2 ZPO.

4. Belehrungspflichten und Haftung

Eine spannende Frage bleibt zudem, inwieweit der Richter tatsächlich an die Stelle des Notars tritt. Zwar wird zur Formwahrung stets auf den Zweck einer rechtlichen Beratung der Beteiligten abgestellt, doch wird umgekehrt kaum eindeutig Position bezogen, was die Belehrungspflichten und die Haftungsfrage des Richters im Anwendungsbereich des § 127a BGB – also auch bei einem protokollierten Vergleich – anbelangt. Das OLG Celle führt exemplarisch an, dass nur in der mündlichen Verhandlung gleichwertig wie zum Beurkundungsvorgang beim Notar „belehrt werden könne“, wobei das Gericht „insoweit auch einer Haftung unterliegen dürfte“. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang nochmals an die Entscheidung des BGH vom 3.8.2011,²⁰ wonach es im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts liegt, einen Vergleich zu protokollieren, der Erklärungen außerhalb des Streitgegenstandes umfasst. Ein Anspruch der Beteiligten auf gerichtliche Protokollierung bestehe nur innerhalb des rechtshängigen Streitgegenstandes zur Erledigung desselbigen, nicht aber allgemein als kostengünstigere Alternative zur Erklärung vor dem Notar als grundsätzlich zuständiger Stelle (Rdnr. 14). Argumentation zur Ablehnung der begehrten Protokollierung war auch die mögliche Haftung (Rdnr. 22) und die Sicherstellung einer rechtlich ausreichenden Belehrung (Rdnr. 19-21).

So ist fraglich, ob etwa bestehende Belehrungspflichten²¹ nur aus dem Schutzzweck des Formerfordernisses zu folgern sind²² oder ob § 17 BeurkG entsprechend anwendbar ist²³. Zu denken ist an § 1 Abs. 2 BeurkG, wonach das BeurkG anwendbar ist, wenn neben dem Notar auch sonstige Stellen zur Beurkundung zuständig sind. Die Norm – und damit das BeurkG – ist für den gerichtlich protokollierten Vergleich aber nicht einschlägig; das Gericht wird nicht zu einer „zuständigen Stelle“ im Sinne des § 1 Abs. 2 BeurkG, sondern die Möglichkeit der Formwahrung durch einen Vergleich folgt unmittelbar aus dem Prozessrecht, indem die Beurkundung Teil des Gerichtsverfahrens wird und der Vergleich prozessbeendigende und materielle Wirkung entfaltet, ohne dass noch eine Klage auf Erfüllung des Vergleiches provoziert werden könnte.²⁴

Jedenfalls soll ein anwaltlich vertretener Beteiligter wirksam auf eine Belehrung verzichten können.²⁵ Der Richter sei sogar gehalten, auf einen solchen Verzicht hinzuwirken, um die Haftungsfolgen zu reduzieren.²⁶

²⁰ BGH, Beschluss vom 3.8.2011, XII ZB 153/10, NJW 2011, 3451.

²¹ Von Belehrungspflichten ausgehend Staudinger/Hertel, Neubearb. 2012, § 127a Rdnr. 32; Musielak/Foerste, ZPO, 10. Aufl. 2013, § 278 Rdnr. 16; Einsele, LMK 2011, 323361.

²² BGH, Beschluss vom 3.8.2011, XII ZB 153/10, NJW 2011, 3451, 3452; Winkler, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 1 Rdnr. 33.

²³ Milzer, FamFR 2011, 470; Zimmer, NJW 2013, 3280, 3281.

²⁴ BGH, Beschluss vom 3.8.2011, XII ZB 153/10, NJW 2011, 3451, 3452; Winkler, BeurkG, § 1 Rdnr. 30, 33; Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 6. Aufl. 2013, § 1 Rdnr. 35 f.

²⁵ BGH, Beschluss vom 3.8.2011, XII ZB 153/10, NJW 2011, 3451, 3452 f.; Milzer, FamFR 2011, 470; Staudinger/Hertel, Neubearb. 2012, § 127a Rdnr. 33.

²⁶ BGH, Beschluss vom 3.8.2011, XII ZB 153/10, NJW 2011, 3451, 3453; Zimmermann, FPR 2012, 556, 561.

Daraus kann aber unmittelbar gefolgert werden – ebenso aus dem Formzweck –, dass Belehrungspflichten für den Richter bestehen. Ein anderes Ergebnis wäre meines Erachtens mit dem Formzweck nicht zu vereinbaren. Die Belehrungs- und Aufklärungspflicht resultiert zwingend aus der Gleichstellung mit dem Beurkundungsverfahren in § 127a BGB und ist aus der rechtlichen Stellung des Richters als neutraler und unabhängiger Instanz heraus gerechtfertigt. Da § 1 Abs. 2 BeurkG nicht greift, gelten für den Richter aber nicht sämtliche Normen des BeurkG in vergleichbarer Strenge.²⁷ Man denke hierbei nur an § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG, der für eine in der mündlichen Verhandlung zustande gekommene vergleichsweise Einigung schlichtweg „nicht passt“ und einer prozessökonomischen Beendigung des Rechtsstreites durch Vergleich nicht im Wege stehen kann.²⁸ Dass der Richter die Haftungsfolgen aus einer fehlenden oder mangelhaften Beratung durch einen Verzicht auf die Belehrung seitens der Beteiligten ausschließen kann, mutet dagegen ungewöhnlich an,²⁹ weil für den Notar aufgrund der Beurkundungspflicht und der bestehenden Amtshaftung eine Haftungsbeschränkung gerade ausgeschlossen wird.³⁰

5. Ausblick

Im Ergebnis ist die Entscheidung des OLG Celle richtig, allerdings wäre eine Stellungnahme dahingehend wünschenswert gewesen, dass unabhängig von einer möglichen Belehrung durch Anwälte oder das Gericht bei Unterbreitung des Vergleichsvorschlages die notarielle Beurkundungsform nur dann gewahrt ist, wenn der Vergleich nicht durch Schriftsätze, sondern unmittelbar in der mündlichen Verhandlung zustande kommt und dort protokolliert wird. Überzeugend führt das OLG Celle an, dass der Vergleich nach § 278 ZPO dem in der mündlichen Verhandlung geschlossenen Vergleich dann nicht gleichsteht, wenn es auf die Einhaltung der notariellen Beurkundungsform nach § 127a BGB ankommt. Da die Ersetzung der Form nur eine eher geringe Anzahl von Vergleichen betrifft, verbleibt auch ein hinreichend großes Anwendungsfeld für die Gleichstellung und die Vorgehensweise nach § 278 Abs. 6 ZPO. Eine völlige Gleichstellung scheidet darüber hinaus ohnehin, wenn das materielle Recht die „gleichzeitige Anwesenheit“ (§ 925 BGB) oder darüber hinaus noch die Höchstpersönlichkeit (§§ 2274, 2276 BGB) einer Erklärung verlangt. Die prozessökonomische Verfahrensbeendigung durch Vergleich wird dadurch nicht unmöglich gemacht, sondern in diesen Fällen ist ein erneuter Gerichtstermin – der durch § 278 Abs. 6 ZPO entbehrlich werden sollte – erforderlich, um einen Vergleich nach § 127a BGB zu erwirken.

Einer „Aufweichung der Formvorschriften“ ist Einhalt zu gebieten, vielmehr ist aus Gründen der Rechtssicherheit von teleologischen Erweiterungen abzusehen. Freilich kann die Einhaltung der Schutzfunktionen der Formvorschriften im Einzelfall auch anderweitig erfüllt sein; die Formenstrenge stellt aber gerade von einer Einzelfallbetrachtung losgelöste, unbedingte Anforderungen. Die Beurkundungsform mit

²⁷ Im Ergebnis ebenso *Zimmer*, NJW 2013, 3280, 3281.

²⁸ Zumal davon auszugehen ist, dass die Dauer eines gerichtlichen Verfahrens den Beteiligten ausreichend Zeit lässt und zudem Anlass bietet, sich mit dem zu beurkundenden Sachverhalt und dessen Rechtsfolgen hinreichend auseinanderzusetzen, so dass der Schutzzweck der Norm anderweitig erfüllt wird bzw. von vornherein nicht einschlägig ist (keine „Überrumpelungssituation“).

²⁹ Ebenso *Zimmermann*, FPR 2012, 556, 562.

³⁰ *Schippel/Bracker/Schramm*, BNotO, 8. Aufl. 2006, § 19 Rdnr. 100 f.; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 7. Aufl. 2012, § 19 Rdnr. 270.

Belehrungspflicht gilt unabhängig davon, ob der Beteiligte einer rechtlichen Beratung bedarf oder ob er zum Beispiel bereits anwaltlich beraten ist.³¹ Umgekehrt ist eine notarielle Urkunde zwar auch dann materiell (form-)wirksam, wenn eine Belehrung im konkreten Fall unterblieben ist, doch kann eine Formwahrung in einem Verfahren, das bereits strukturell keine Belehrung gewährleisten kann, nicht bejaht werden, selbst wenn die Beteiligten im Einzelfall ausreichend informiert sein können. Im nächsten Schritt könnte sonst zu überlegen sein, ob nicht auch ein Anwaltsvergleich nach § 796a ZPO oder der Vergleich vor einer Gütestelle nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO dem gerichtlichen Vergleich nach § 127a BGB gleichgestellt werden könnte, weil diese immerhin auch einen Vollstreckungstitel darstellen und vom Gericht (oder vom Notar) geprüft werden.

Dass neben den Notaren auch Gerichte die erforderliche Form erfüllen können, ist im Ergebnis richtig. Auch wenn § 127a BGB als „überkommener Grundsatz“ angesehen wird,³² wäre es widersinnig, wenn ein Vergleich zwar das gerichtliche Verfahren beendet, gleichzeitig eine notariell beurkundungsbedürftige Verpflichtung im gerichtlichen Verfahren nicht begründet werden könnte. Daraus folgt jedoch nicht gleichzeitig, dass jedes Verfahren und jede Form des Vergleiches die notarielle Form ersetzen kann. Im Ergebnis ist der Wortlaut und die Gestaltung des § 127a BGB daher zu begrüßen, indem nur der protokollierte Vergleich die notarielle Beurkundung ersetzt.

Notarassessorin Dr. *Melanie Falkner*, Würzburg

³¹ Vgl. *Palandt/Grüneberg*, § 311b Rdnr. 2.

³² BGH, NJW 2011, 3451, 3452; *Palandt/Ellenberger*, § 127a Rdnr. 1; BeckOK-BGB/*Wendland*, Stand 1.8.2013, § 127a Rdnr. 1; gewohnheitsrechtlich anerkannter Grundsatz, ebenso BAG, NJW 2007, 1831, 1833.

Kostenrecht

16. BeurkG § 62 Abs. 1 Nr. 2; KostO §§ 55 a, 140 Satz 1, §§ 141, 143 (*Gebührenfreiheit für Beurkundung der Verpflichtung zur Unterhaltszahlung*)

Die Beurkundung von Verpflichtungen zur Erfüllung von Unterhaltsansprüchen eines Kindes durch einen Notar, dem die Gebühren für seine Tätigkeit selbst zufließen, ist gebührenbefreit.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 10.7.2013, 3 W 1/12; mitgeteilt von *Claus Kratz*, Richter am OLG Zweibrücken

Mit Urkunde vom 4.7.2011 (URNr. ...) beurkundete der Beteiligte zu 1 die Verpflichtung des Beteiligten zu 2 zur Unterhaltszahlung an seine Tochter zu Händen der Kindesmutter ab dem 1.8.2011 bis zum 31.12.2026 in Höhe von monatlich 260 €. Weiter heißt es in der Urkunde:

Diese Verpflichtung beruht auf dem Sachverhalt, dass das Kind A seinen Lebensmittelpunkt im Haushalt der Mutter B hat. Sollte sich an diesem Sachverhalt etwas ändern, erlischt vorstehende Verpflichtung. Neben der Erteilung einer Ausfertigung der Urkunde an sich selbst, hatte der Beteiligte zu 2 auch eine Ausfertigung zu Händen der Kindesmutter beantragt. Für die Beurkundung hat der Beteiligte zu 1 eine Beurkundungsgebühr nach § 36 Abs. 1 BeurkG i. H. v. 66 €, Schreibauflagen i. H. v. 1 € und Schreib- und Postgebühren i. H. v. 3 € nebst Umsatzsteuer, insgesamt 83,30 €, in Rechnung gestellt.

Gegen die Kostenberechnung hat der Beteiligte zu 2 die Entscheidung des LG (§ 156 Abs. 1 Satz 1 KostO) beantragt. Das LG hat mit dem angefochtenen Beschluss die Rechnung des Beteiligten zu 1 auf 4,76 € (Schreibauflagen und Schreib- bzw. Postgebühren einschließ-

lich Umsatzsteuer) reduziert. Zur Begründung hat der Einzelrichter ausgeführt, dass die Beurkundung von Unterhaltsverpflichtungen (auch) durch einen Notar, dem die Gebühren seiner Tätigkeit selbst zufließen, gemäß § 55a KostO gebührenfrei sei.

Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 1 mit der Beschwerde.

Er trägt vor, § 55a KostO finde vorliegend keine Anwendung, da aus der beurkundeten Verpflichtung nicht nur dem Kind, sondern auch der Kindesmutter ein eigener Durchsetzungsanspruch zustehe. Jedenfalls sei § 55a KostO verfassungskonform dahin auszulegen, dass sie keine Geltung für einen Notar habe, dem die Gebühr für seine Tätigkeit selbst zufließe. Eine andere Auslegung verstoße gegen Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG.

Aus den Gründen:

II.

Die nach § 156 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 KostO statthafte Beschwerde ist zulässig; in der Sache führt sie nicht zum Erfolg.

Die Entscheidung des LG ist allerdings nicht verfahrensfehlerfrei zustande gekommen. Vorliegend hat der Einzelrichter eine Entscheidung getroffen, ohne dass zuvor eine Übertragung stattgefunden hatte. Gemäß § 156 Abs. 3, 5 Satz 3 KostO sind die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden. Zwar findet sich nur im Zusammenhang mit den Vorschriften zum Beschwerdeverfahren in § 68 Abs. 4 FamFG eine Regelung für die Übertragung auf den Einzelrichter. Da aber nicht anzunehmen ist, dass die Entscheidung des LG über die angegriffene Kostenberechnung allein der Kammer in voller Besetzung überlassen bleiben sollte, ist davon auszugehen, dass die Zivilkammer wie auch sonst in der Besetzung mit einem Einzelrichter entscheiden kann. § 68 Abs. 4 FamFG ist insoweit entsprechend anzuwenden (Hanseatisches OLG in Bremen, NotBZ 2012, 36 f.; *Rohs/Wedewer*, Kostenordnung, § 156 Rdnr. 10). Dies entspricht der Rechtslage, wie sie noch unter der Geltung von § 30 Abs. 1 Satz 3 FGG bestand.

Gleichwohl hat der Senat gemäß § 69 FamFG selbst zu entscheiden, weil das LG in der Sache bereits eine Entscheidung getroffen hat und die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung nicht vorliegen.

In der Sache hat das LG zu Recht die Gebührenfreiheit des beurkundeten Geschäfts angenommen und die Gesamtsumme bis auf die Auslagen einschließlich Mehrwertsteuer reduziert.

Zutreffend ist das LG davon ausgegangen, dass zugunsten des Beteiligten zu 2 nach Maßgabe der § 140 Satz 1, §§ 141, 143 KostO die Gebührenprivilegierung des § 55a KostO i. V. m. § 62 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG eingreift. Nach diesen Vorschriften ist die Beurkundung von Verpflichtungen zur Erfüllung von Unterhaltsansprüchen eines Kindes durch einen Notar, dem die Gebühren für seine Tätigkeit selbst zufließen, gebührenbefreit (vgl. OLG Düsseldorf, ZNotP 1999, 454; OLG Hamm, NJW-RR 1996, 764). Es kann dahingestellt bleiben, ob die Vorschriften des § 55a KostO, § 62 Abs. 1 Satz 2 BeurkG einschränkend nur auf solche Erklärungen anzuwenden sind, die unmittelbar zwischen dem unterhaltsberechtigten Kind und dem Unterhaltsverpflichteten abgeschlossen werden, nicht aber, wenn auch ein eigener Durchsetzungsanspruch der Kindesmutter gegeben ist. Die Begründung einer zusätzlichen Anspruchsberechtigung der Kindesmutter geht aus der streitgegenständlichen Urkunde nicht hervor. Aus der Erklärung, dass die Zahlung des Unterhalts an das Kind zu Händen der Kindesmutter erfolgen soll, lässt sich nach Auffassung des Senats nur entnehmen, dass die Mutter die Zahlung in ihrer Eigenschaft als gesetzliche Vertreterin des Kindes entgegennehmen soll. Ein eigener durchsetzbarer Anspruch der Mutter

lässt sich daraus nicht ableiten. Hierfür spricht auch der Zusatz, dass diese Verpflichtung erlischt, wenn das Kind nicht mehr seinen Lebensmittelpunkt im Haushalt der Mutter haben sollte (so auch OLG Düsseldorf, a. a. O.). Dem steht nicht entgegen, dass der Beteiligte zu 2 eine Ausfertigung der Urkunde auch zu Händen der Kindesmutter beantragt hat. Auch hier ist davon auszugehen, dass die Kindesmutter die Ausfertigung als gesetzliche Vertreterin des Kindes entgegennimmt.

Die Gebührenfreiheit nach § 55a KostO gilt auch dann, wenn ein Notar, dem die Gebühren für seine Tätigkeit selbst zufließen, die Beurkundung von Unterhaltsverpflichtungen vornimmt (OLG Hamm, a. a. O.; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 55a Rdnr. 2, *Hartmann*, Kosten-gesetze, 42. Aufl., § 55 Rdnr. 1; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 55a Rdnr. 7; OLG Düsseldorf, a. a. O.). Zwar hat der Gesetzgeber durch Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Regelung des Geschäftswertes bei land- oder forstwirtschaftlichen Betriebsübergaben und zur Änderung sonstiger kostenrechtlicher Vorschriften vom 15.6.1989 (BGBl I, S. 1082) in dem zu § 143 KostO neu eingefügten Abs. 2 bestimmt, dass die bundes- oder landesrechtlichen Vorschriften, die Gebühren- oder Auslagenbefreiung gewähren, keine Anwendung auf den Notar finden, dem die Gebühren für seine Tätigkeit selbst zufließen. Aus der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf (BT-Drucks. 11/4394) zu Art. 1 Nr. 4 (§ 143 KostO) ergibt sich jedoch, dass die in der Kostenordnung selbst genannten Begünstigungen von der Neuregelung nicht erfasst werden sollen, sofern sie nicht in die in § 143 Abs. 2 KostO enthaltene Aufzählung der Vorschriften, die keine Anwendung auf den Gebührennotar finden sollen, aufgenommen worden sind (vgl. BT-Drucks., a. a. O., S. 9). Nach § 141 KostO gelten für die Notare die Vorschriften des ersten Teils der KostO (§§ 1-139 KostO) entsprechend, soweit in den nachstehenden Vorschriften nichts anderes bestimmt ist. Da die Vorschrift des § 55a KostO in § 143 Abs. 1 KostO nicht aufgeführt ist und § 143 Abs. 2 KostO die in der KostO selbst enthaltenen Gebührenbefreiungen unberührt gelassen hat, ist § 55a KostO auch auf den Gebührennotar anzuwenden (OLG Hamm, a. a. O.).

Es besteht auch kein Grund für eine verfassungskonform-einschränkende Auslegung der Vorschrift. Der in der Gebührenbefreiung liegende Eingriff in die Berufsfreiheit der Notare (Art. 12 GG) ist durch den Zweck der Vorschrift des § 55a KostO, die Sicherung der Kostengerechtigkeit beim Notar (vgl. *Hartmann*, a. a. O., § 55a Rdnr. 1) und dem damit beabsichtigten Schutz sozial schwächerer Personen als hinreichendem Gemeinwohlbelang grundsätzlich gerechtfertigt. Verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs ergeben sich nicht. Hier kommt der Umstand zum Tragen, dass die Gebührenfreiheit die Notare allenfalls unwesentlich belastet, da die in Betracht kommenden notariellen Geschäfte sowie die regelmäßig vorkommenden Gegenstandswerte kein erhebliches Gebührenaufkommen erwarten lassen. Darüber hinaus sind mit den regelmäßig vorkommenden Geschäften weder ein erheblicher Aufwand noch ein erhebliches Haftungsrisiko verbunden.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache wird die Rechtsbeschwerde zugelassen (§ 156 Abs. 4 Satz 1, Abs. 5 Satz 3 KostO, § 70 FamFG).

Die Pflicht zur Kostentragung folgt aus § 156 Abs. 6 Satz 1, § 131 KostO; die Wertfestsetzung beruht auf § 131 Abs. 4, § 30 KostO.

Hinweis der Schriftleitung:

Das OLG Zweibrücken bestätigt die Auffassung der Notarkasse A. d. ö. R., siehe Streifzug durch das GNotKG, 10. Aufl., Rdnr. 853, 854.

Öffentliches Recht

17. KAG Art. 5a Abs. 1; BauGB § 125 Abs. 1, 3 Satz 2, §§ 131, 133 (*Festsetzung der Erschließungsbeiträge 30 Jahre nach Fertigstellung der Erschließungsanlagen ausgeschlossen*)

Die Festsetzung von Erschließungsbeiträgen ist – ohne Rücksicht auf das Entstehen der Beitragsschuld und unbeschadet der Verjährungsregelungen – analog Art. 53 Abs. 2 Satz 1 BayVwVfG ausgeschlossen, wenn seit dem Entstehen der Vorteilslage durch die endgültige technische Fertigstellung der Erschließungsanlage mehr als 30 Jahre vergangen sind. (...)

VGH München, Urteil vom 14.11.2013, 6 B 12.704

Die Kläger wenden sich gegen die Heranziehung zu Erschließungsbeiträgen für die Herstellung der Beethovenstraße durch die beklagte Stadt.

Die Beethovenstraße liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans S79 und wurde 1999 durch Aufbringung der oberen Deckschicht technisch endgültig hergestellt (Eingang der letzten Rechnung am 19.11.1999). Abweichend von den Festsetzungen des Bebauungsplans wurde die Straße im südlichen Bereich zwischen den Grundstücken FINr. 1707/9 und 1707/12 mit einer Breite von insgesamt 11,50 m statt 9,75 m erstellt. Mit Blick auf die Planüberschreitungen beschloss der Stadtrat der Beklagten am 26.2.2010, dass die zusätzlichen Aufwendungen (in Höhe von insgesamt 11.890,36 €) nicht umgelegt würden und dass die Beethovenstraße rechtmäßig im Sinn des § 125 Abs. 1 und 3 BauGB hergestellt sei.

Die Kläger sind Miteigentümer des Grundstücks FINr. 1708/21, das an die Beethovenstraße grenzt. Sie wurden von der Beklagten auf der Grundlage der Erschließungsbeitragssatzung – EBS – vom 15.12.1999 (zuletzt geändert durch Satzung vom 16.5.2012) mit drei Bescheiden vom 9.9.2010 entsprechend ihren Miteigentumsanteilen von $\frac{49}{100}$, $\frac{49}{100}$ und $\frac{2}{100}$ als Gesamtschuldner zu Erschließungsbeiträgen für die endgültige Herstellung der Beethovenstraße in Höhe von 8.223,79 €, 8.223,79 € und 335,66 € (insgesamt 16.783,24 €) herangezogen. Das Zahlungsgebot belief sich unter Anrechnung einer durch die Rechtsvorgängerin gezahlten Vorausleistung auf insgesamt 2.691,04 €. (...)

Die Kläger haben Klage zum Verwaltungsgericht erhoben und beantragt, die Erschließungsbeitragsbescheide vom 9.9.2010 aufzuheben. Sie haben sich dem Grunde und der Höhe nach gegen die Beitragserhebung gewandt. Die Erschließungsanlage Beethovenstraße sei abweichend vom bestehenden Bebauungsplan errichtet worden. Außerdem sei Festsetzungsverjährung eingetreten. (...)

Das Verwaltungsgericht hat die Klagen mit Urteil vom 31.5.2011 abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die angefochtenen Bescheide seien nicht zu beanstanden. Die Erschließungsbeitragsforderungen seien nicht verjährt. Obwohl die Beethovenstraße bereits im Jahr 1999 technisch hergestellt worden sei, seien sachliche Beitragspflichten seinerzeit nicht entstanden, weil die Straße nicht entsprechend den im Bebauungsplan getroffenen Festsetzungen gebaut worden sei. Im südlichen Bereich sei sie statt mit der festgesetzten Straßenbreite von 9,75 m in einer Breite von 11,50 m hergestellt worden. Es sei daher ein Beschluss durch das zuständige Organ der Gemeinde notwendig gewesen, dass der tatsächlich erfolgte Ausbau nach den Kriterien des § 125 Abs. 3 BauGB rechtmäßig sei. Dies sei erst mit Beschluss des Stadtrats vom 26.2.2010 erfolgt. (...)

Die Kläger beantragen, das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31.5.2011 abzuändern und die Erschließungsbeitragsbescheide vom 9.9.2010 aufzuheben.

Die Beklagte verteidigt die angegriffene Entscheidung und beantragt, die Berufung der Kläger zurückzuweisen. (...)

Aus den Gründen:

Die Berufung der Kläger ist zulässig und zum überwiegenden Teil begründet. Die angefochtenen Erschließungsbeitragsbescheide vom 9.9.2010 sind rechtswidrig und verletzen die Kläger in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO), soweit

für ihr Grundstück höhere Beiträge als jeweils 2.575,66 € für ihre beiden Miteigentumsanteile von $\frac{49}{100}$ und 105,13 € für den Miteigentumsanteil von $\frac{2}{100}$ festgesetzt worden sind. Im Übrigen bleiben die Klagen und die Berufung ohne Erfolg.

1. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, sind die den Klägern gegenüber erhobenen Erschließungsbeitragsforderungen dem Grunde nach gemäß Art. 5a Abs. 1 KAG i. V. m. den §§ 127 ff. BauGB berechtigt und nicht durch Festsetzungsverjährung erloschen.

a) Die Festsetzungsfrist beginnt nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. b Doppelbuchst. bb und cc KAG i. V. m. §§ 169, 170 Abs. 1 AO mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Beitragsforderung entstanden ist und beträgt vier Jahre.

Für das Entstehen der sachlichen Beitragsforderungen ist unter anderem eine rechtmäßige Herstellung nach Maßgabe des § 125 BauGB erforderlich. Nach § 125 Abs. 1 BauGB setzt die Herstellung der Erschließungsanlagen im Sinne des § 127 Abs. 2 BauGB, wozu die abgerechnete Beethovenstraße als Anbaustraße zählt (§ 127 Abs. 2 Nr. 1 BauGB), einen Bebauungsplan voraus. Die Beethovenstraße liegt im räumlichen Geltungsbereich des Bebauungsplans S79, in Kraft gesetzt am 12.4.1988, und ist dort als Straßenverkehrsfläche mit „Maßangaben in Metern“ festgesetzt. Die im Jahr 1999 durch Aufbringung der oberen Straßendeckschicht technisch endgültig hergestellte Straße weicht von den Festsetzungen des Bebauungsplans insoweit ab, als sie im südlichen Bereich zwischen den Grundstücken FINr. 1707/9 und 1707/12 mit einer Breite von 11,50 m statt der festgesetzten Breite von 9,75 m hergestellt wurde.

Die Rechtmäßigkeit der Herstellung von Erschließungsanlagen richtet sich bei einer solchen Planüberschreitung nach § 125 Abs. 3 Nr. 2 BauGB. Danach wird die Rechtmäßigkeit der Herstellung von Erschließungsanlagen durch Abweichungen von den Festsetzungen des Bebauungsplans nicht berührt, wenn die Abweichungen mit den Grundzügen der Planung vereinbar sind, die Erschließungsbeitragspflichtigen nicht mehr als bei einer plangemäßen Herstellung belastet werden und die Abweichungen die Nutzung der betroffenen Grundstücke nicht wesentlich beeinträchtigen. Erforderlich ist demnach unter anderem, dass die planabweichende Herstellung keine zusätzliche Belastung der Erschließungsbeitragspflichtigen als Gruppe mit sich bringt, sei es, weil die Abweichung kostenneutral ist, sei es, weil die Gemeinde anfallende Mehrkosten nicht geltend macht. Verursacht eine Planüberschreitung Mehrkosten (hier in Höhe von insgesamt 11.890,36 €), hängt die Unbeachtlichkeit der Abweichung vom Plan und in der Folge das Entstehen der sachlichen Erschließungsbeitragspflichten von einer konstitutiven Entscheidung der Gemeinde des Inhalts ab, sie werde die Mehrkosten nicht auf die Beitragspflichtigen abwälzen (BVerwG, Urteil vom 9.3.1990, 8 C 76.88, BVerwGE 85, 66/74; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 9. Aufl. 2012, § 7 Rdnr. 57, § 19 Rdnr. 18). Mit dem Verwaltungsgericht ist daher davon auszugehen, dass erst der Stadtratsbeschluss vom 26.2.2010, mit dem hinsichtlich der Planüberschreitungen auf die Umlegung der zusätzlichen Aufwendungen verzichtet wurde, die sachlichen Erschließungsbeitragspflichten entstehen ließ. Zum Zeitpunkt der Geltendmachung der Erschließungsbeitragsforderungen durch die drei Bescheide vom 9.9.2010 war somit noch keine Festsetzungsverjährung eingetreten.

b) Die Beklagte war an dem Erlass der Erschließungsbeitragsbescheide auch nicht dadurch gehindert, dass die Straße bereits 1999 durch Aufbringung der oberen Deckschicht technisch endgültig fertiggestellt worden war.

Allerdings hat das BVerfG mit Beschluss vom 5.3.2013, 1 BvR 2457/08 (BayVBl 2013, 465 ff.) entschieden, dass das Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung als der Rechtssicherheit dienendes Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit Regelungen verlangt, die sicherstellen, dass Abgaben zum Vorteilsausgleich nicht zeitlich unbegrenzt nach Erlangung des Vorteils festgesetzt werden können. Dem Gesetzgeber obliegt es, einen Ausgleich zu schaffen zwischen dem Interesse der Allgemeinheit an Beiträgen für solche Vorteile einerseits und dem Interesse des Beitragsschuldners andererseits, irgendwann Klarheit zu erlangen, ob und in welchem Umfang er zu einem Beitrag herangezogen werden kann. Das BVerfG hat deshalb die Vorschrift des Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. b Doppelbuchst. cc Spiegelstrich 2 KAG für unvereinbar mit Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG erklärt; denn durch diese Bestimmung wird im Fall der Ungültigkeit einer Abgabensatzung der Verjährungsbeginn ohne zeitliche Obergrenze auf den Ablauf des Kalenderjahres festgelegt, in dem die gültige Satzung bekannt gemacht worden ist, was den Interessenkonflikt einseitig zulasten der Beitragsschuldner löst.

Die für verfassungswidrig erklärte Vorschrift ist zwar im vorliegenden Fall nicht einschlägig. Die Erwägungen des BVerfG gelten jedoch nicht nur für die entschiedene „Satzungskonstellation“, sondern in vergleichbarer Weise für alle Fallgestaltungen, in denen die abzugeltende Vorteilslage in der Sache eintritt, die daran anknüpfenden Beitragsansprüche aber wegen des Fehlens einer sonstigen Voraussetzung nicht entstehen und deshalb auch nicht verjähren können. Denn auch in solchen Fällen würde der Beitragsschuldner hinsichtlich eines immer weiter in die Vergangenheit rückenden tatsächlichen Vorgangs dauerhaft im Unklaren gelassen, ob er noch mit Belastungen rechnen muss. Das gilt auch mit Blick auf die in Streit stehende Herstellung der Beethovenstraße, die durch Aufbringung der oberen Deckschicht im Jahr 1999 technisch endgültig fertiggestellt war und damit den durch sie erschlossenen Grundstücken in Gestalt einer qualifizierten Inanspruchnahmefähigkeit den abzugeltenden Erschließungsvorteil vermittelt hat, für die aber eine Erschließungsbeitragspflicht wegen der planüberschreitenden Ausführung aus den oben genannten Gründen erst durch eine die Planabweichung legitimierende Entscheidung der Gemeinde entstehen konnte. Für eine solche Fallkonstellation enthält das Kommunalabgabengesetz weder unmittelbar noch über die Verweisung auf die §§ 127 ff. BauGB oder die in Art. 13 KAG genannten Vorschriften der Abgabenordnung eine ausdrückliche Regelung zu einer abschließenden Zeitgrenze, bis zu der Erschließungsbeiträge erhoben werden können; insbesondere ist der erhebungsberechtigten Gemeinde nicht vorgegeben, innerhalb welcher Zeitspanne sie die regelmäßig in ihrer Verantwortung liegenden Entstehensvoraussetzungen herbeizuführen hat, um den Beitrag anschließend festsetzen zu können.

Diese Regelungslücke kann jedoch in verfassungskonformer Weise im Wege der Analogie geschlossen werden. Denn der Landesgesetzgeber hat in Art. 53 Abs. 2 BayVwVfG eine ihrer Zielrichtung nach vergleichbare und damit übertragbare allgemeine Höchstfrist für öffentlichrechtliche Ansprüche normiert. Nach dieser Bestimmung beginnt eine Verjährungs- und Erlöschensfrist von 30 Jahren, wenn ein Verwaltungsakt zur Feststellung oder Durchsetzung des Anspruchs eines öffentlichrechtlichen Rechtsträgers unanfechtbar wird. Die Wertung des Gesetzes, die Durchsetzbarkeit eines durch Verwaltungsakt festsetzbaren Anspruchs der öffentlichen Hand zeitlich zu beschränken und dazu die längste im Zivilrecht vorgesehene Frist von 30 Jahren festzulegen (vgl. § 197

BGB), gilt ebenso – und erst recht – für den in Streit stehenden Fall (ähnlich für das sächsische Kommunalabgabenrecht VG Dresden, Urteil vom 14.5.2013, 2 K 742.11, Rdnr. 42). Demnach ist die Festsetzung von Erschließungsbeiträgen – ohne Rücksicht auf das Entstehen der Beitragsschuld und unbeschadet der Verjährungsregelungen – ausgeschlossen, wenn seit dem Entstehen der Vorteilslage durch die endgültige technische Fertigstellung der Erschließungsanlage mehr als 30 Jahre vergangen sind. Diese Ausschlussfrist war für die 1999 technisch fertiggestellte Beethovenstraße bei Erlass der streitigen Beitragsbescheide noch nicht abgelaufen.

(...)

Steuerrecht

18. ErbStG § 13 Abs. 1 Nr. 9 (*Steuerbefreiung für Pflege des Erblassers*)

- 1. Pflege im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG ist die regelmäßige und dauerhafte Fürsorge für das körperliche, geistige oder seelische Wohlbefinden einer wegen Krankheit, Behinderung, Alters oder eines sonstigen Grundes hilfsbedürftigen Person. Es ist nicht erforderlich, dass der Erblasser pflegebedürftig im Sinne des § 14 Abs. 1 SGB XI und einer Pflegestufe nach § 15 Abs. 1 Satz 1 SGB XI zugeordnet war.**
- 2. Die Gewährung eines Pflegefreibetrags setzt voraus, dass Pflegeleistungen regelmäßig und über eine längere Dauer erbracht worden sind, über ein übliches Maß der zwischenmenschlichen Hilfe hinausgehen und im allgemeinen Verkehr einen Geldwert haben.**
- 3. Der Erwerber muss zur Berücksichtigung eines Pflegefreibetrags die Hilfsbedürftigkeit des Erblassers sowie Art, Dauer, Umfang und Wert der erbrachten Pflegeleistungen schlüssig darlegen und glaubhaft machen. Hieran sind jedoch keine übersteigerten Anforderungen zu stellen.**

BFH, Urteil vom 11.9.2013, II R 37/12

Der Kläger, Revisionsbeklagte und Anschlussrevisionskläger (Kläger) erhielt von der im Jahr 1920 geborenen und im Dezember 2009 verstorbenen Erblasserin (E), mit der er weder verwandt noch verschwägert war, im Wege des Vermächtnisses zwei zu Wohnzwecken vermietete Eigentumswohnungen im Gesamtwert von 103.104 €. Testamentarischer Alleinerbe der E war ihr Neffe.

Der Kläger hatte seit 2004 eine General- und Versorgungsvollmacht der E. Er leistete ihr in den letzten Jahren vor ihrem Tod regelmäßige Hilfe unter anderem in Form von Unterstützung bei hauswirtschaftlichen Verrichtungen, bei der Erledigung von Botengängen und Schriftverkehr, durch Begleitung bei Arztbesuchen oder Vorsprachen bei Behörden. E lebte bis Mai 2009 alleine in ihrer Wohnung; nach einem stationären Krankenhausaufenthalt war sie von Juli 2009 bis zu ihrem Tod in einem Pflegeheim untergebracht. Seit 1.5.2009 war E in Pflegestufe I und seit 1.7.2009 in Pflegestufe II eingeordnet.

Der Beklagte, Revisionskläger und Anschlussrevisionsbeklagte (das Finanzamt) setzte gegen den Kläger Erbschaftsteuer fest, wobei es den Wert der Wohnungen gemäß § 13c des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes in der für das Jahr 2009 geltenden Fassung (ErbStG) mit 90 % der festgestellten Grundbesitzwerte zugrunde legte und im Rahmen des Einspruchsverfahrens zunächst Pflegeaufwendungen für den Zeitraum vom 1.5.2008 bis zum 31.12.2009 in Höhe von insgesamt 11.688 € anerkannte.

Nach einer Prüfung des Rechnungshofs erhöhte das Finanzamt die Erbschaftsteuer in der Einspruchsentscheidung vom 7.12.2011 auf 21.270 €. Dabei berücksichtigte es nur noch einen Freibetrag für

Pflegeleistungen für die Monate Mai und Juni 2009 i. H. v. 755 € (420 € x 2 x 89,9 %). Der Pflegefreibetrag sei erst ab Vorliegen der Pflegebedürftigkeit im Sinne des Elften Buches Sozialgesetzbuch (SGB XI) und nur bis zum Zeitpunkt einer vollstationären Pflege zu gewähren. Außerdem sei der Wert der Pflegeleistungen anteilig zu kürzen, weil wegen der Steuerbefreiung nach § 13c ErbStG der Steuerwert des Vermächnisses (91.666 €) nur 89,9 % des Verkehrswertes (101.976 €) betrage.

Nach Erhebung der Klage wurde die Steuerfestsetzung mit Bescheid vom 6.7.2012 im Hinblick auf das beim BFH anhängige Verfahren II R 9/11 nach § 165 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 3 und 4 der Abgabenordnung für vorläufig erklärt. Die Klage hatte teilweise Erfolg. Das FG erkannte einen Freibetrag für Pflegeleistungen i. H. v. 4.725 € an und setzte die Erbschaftsteuer gegen den Kläger auf 20.070 € herab. § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG erfordere weder das Vorliegen der Pflegebedürftigkeit noch die Erbringung von Pflegeleistungen im Sinne der §§ 14, 15 SGB XI. Der Begriff der Pflege im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG sei weit zu verstehen. Der Kläger habe der E Pflege in diesem Sinne gewährt, jedoch Zweifel am geltend gemachten zeitlichen Umfang der erbrachten Leistungen nicht gänzlich ausräumen können. Deshalb sei nach Würdigung der gesamten Umstände des Streitfalls davon auszugehen, dass er in den fünf Jahren vor dem Tod der E insgesamt 315 Stunden Pflegeleistungen erbracht habe. In Anlehnung an vergleichbare Dienstleistungsvergütungen sei ein Stundensatz von 15 € angemessen, so dass die Pflegeleistungen mit 4.725 € (315 Stunden x 15 €/Stunde) zu bewerten seien. Das Urteil des FG ist veröffentlicht in Entscheidungen der Finanzgerichte 2012, 2217.

Mit der Revision rügt das Finanzamt die Verletzung des § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG. Die Revisionsbegründung wurde den Prozessbevollmächtigten des Klägers gegen Empfangsbekanntnis am 11.10.2012 zugestellt.

Das Finanzamt beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Revision des Finanzamts zurückzuweisen.

Darüber hinaus begehrt der Kläger mit Schriftsatz vom 19.11.2012, der am 21.11.2012 beim BFH eingegangen ist, weiterhin die Anerkennung des vollen Freibetrags i. H. v. 20.000 €.

Der Kläger beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Erbschaftsteuer unter Änderung des Erbschaftsteuerbescheids vom 6.7.2012 auf 15.480 € herabzusetzen.

Das Finanzamt beantragt, die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision des Finanzamts war als unbegründet zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Die Anschlussrevision des Klägers ist unzulässig und war daher zu verwerfen (§ 126 Abs. 1 FGO).

A. Revision des Finanzamts

Das FG hat zu Recht entschieden, dass der Erwerb des Klägers wegen der gegenüber E erbrachten Pflegeleistungen i. H. v. 4.725 € steuerfrei ist.

1. Nach § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG bleibt ein steuerpflichtiger Erwerb bis zu 20.000 € steuerfrei, der Personen anfällt, die dem Erblasser unentgeltlich oder gegen unzureichendes Entgelt Pflege oder Unterhalt gewährt haben, soweit das Zugewendete als angemessenes Entgelt anzusehen ist. Die Vorschrift regelt nicht den Abzug eines Pauschbetrags, sondern die Berücksichtigung eines Freibetrags (vgl. BFH, Urteil vom 28.6.1995, II R 80/94, BFHE 178, 218, BStBl II 1995, S. 784), wobei die mögliche Steuerbefreiung auf maximal 20.000 € begrenzt ist. Liegt der Wert der erbrachten Leistungen unter 20.000 €, so ist nur ein Erwerb in dieser Höhe steuerfrei.

a) Der Begriff „Pflege gewähren“ wird in § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG anders als beispielsweise der Begriff der Hilflosigkeit in § 33b Abs. 6 EStG nicht definiert und muss als steuerrechtliches Tatbestandsmerkmal nach seinem steuerrechtlichen

Bedeutungszusammenhang, nach dem Zweck des jeweiligen Steuergesetzes und dem Inhalt der einschlägigen Einzelregelung interpretiert werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.12.1991, 2 BvR 72/90, BStBl II 1992, S. 212, unter 1. a cc). Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck der Steuerbefreiung des § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG rechtfertigen eine weite Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals.

b) Nach dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG setzt die Steuerbefreiung unter anderem voraus, dass dem Erblasser Pflege gewährt worden ist. Pflege in diesem Sinne ist die regelmäßige und dauerhafte Fürsorge für das körperliche, geistige oder seelische Wohlbefinden einer hilfsbedürftigen Person (vgl. *Meincke*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 16. Aufl., § 13 Rdnr. 40; *Kobor* in *Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter*, ErbStG, 4. Aufl., § 13 Rdnr. 57; *Kien-Hümbert* in *Moench/Weinmann*, § 13 ErbStG Rdnr. 61; grundlegend RFH, Urteil vom 5.7.1921, Ia A 74/21, RFHE 6, 252).

aa) Die Gewährung von Pflege setzt begrifflich eine wegen Krankheit, Behinderung, Alters oder eines sonstigen Grundes bestehende Hilfsbedürftigkeit des Pflegeempfängers voraus (*Meincke*, a. a. O., § 13 Rdnr. 40). Dabei reicht es für die Gewährung der Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG aus, dass die Pflege des Erblassers durch seine Hilfsbedürftigkeit veranlasst war. Es ist nicht erforderlich, dass der Erblasser pflegebedürftig im Sinne des § 14 Abs. 1 SGB XI und einer Pflegestufe nach § 15 Abs. 1 Satz 1 SGB XI zugeordnet war (vgl. *Kien-Hümbert*, a. a. O., § 13 ErbStG Rdnr. 61). Denn in § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG wird auf die Vorschriften des SGB XI weder verwiesen noch in sonstiger Weise Bezug genommen.

bb) Weitere Voraussetzung für eine Pflege im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG ist die Erbringung von Pflegeleistungen.

Zu den Pflegeleistungen zählen – in Anlehnung an die in § 14 Abs. 4 SGB XI angeführten Hilfeleistungen – die Unterstützung und Hilfe bei den gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Bereich der Körperpflege (zum Beispiel Waschen, Duschen, Kämmen), der Ernährung (zum Beispiel Zubereiten und Aufnahme der Nahrung), der Mobilität (zum Beispiel selbständiges Aufstehen und Zu-Bett-Gehen, An- und Auskleiden, Gehen, Stehen, Treppensteigen, Verlassen und Wiederaufsuchen der Wohnung) und der hauswirtschaftlichen Versorgung (zum Beispiel Einkaufen, Kochen, Reinigen der Wohnung, Spülen, Wechseln und Waschen der Wäsche und Kleidung). Dazu gehören aber auch weitere, nicht von § 14 Abs. 4 SGB XI erfasste Hilfeleistungen, wie die Erledigung von Botengängen und schriftlichen Angelegenheiten, Besprechungen mit Ärzten, Vorsprachen bei Behörden sowie die seelische Betreuung des Erblassers. Gerade bei hilfsbedürftigen Personen kann es erforderlich sein, dass sie einen Ansprechpartner ihres Vertrauens haben, an den sie sich mit ihren Anliegen wenden können. Das Vorliegen von Pflegeleistungen kann nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Vertrauensperson als Betreuer nach den §§ 1896 ff. BGB bestellt war.

Voraussetzung ist jedoch stets, dass die Leistungen regelmäßig und über eine längere Dauer erbracht worden sind (*Jochum* in *Wilms/Jochum*, ErbStG, § 13 Rdnr. 108; *Kobor*, a. a. O., § 13 Rdnr. 57; *Kien-Hümbert*, a. a. O., § 13 Rdnr. 61; *Meincke*, a. a. O., § 13 Rdnr. 40). Nur gelegentliche Botengänge oder Besuche, die nicht über ein übliches Maß der zwischenmenschlichen Hilfe hinausgehen, reichen nicht aus (vgl. *Jüllicher* in *Troll/Gebel/Jüllicher*, ErbStG, § 13 Rdnr. 98). Die erbrachten Leistungen müssen im allgemeinen Verkehr einen Geldwert haben.

c) Die Entstehungsgeschichte und der Zweck des § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG sprechen ebenfalls für eine weite Auslegung der Steuerbefreiung.

Die Vorschrift geht auf § 33 Nr. 4c des Erbschaftsteuergesetzes in der Fassung vom 10.9.1919 – ErbStG 1919 – (RGBl 1919, 1543) zurück. Im Zusammenhang mit der Auslegung des dort verwendeten Begriffs der „Verpflegung“ des Erblassers stellte der RFH klar, dass dieser weitergehend zu verstehen und hierunter nicht nur die Verköstigung, sondern allgemein auch die anderweitige Fürsorge für das körperliche Wohl des Pflegeempfängers zu zählen sei (RFH-Urteil in RFHE 6, 252). Ob sich die Pflege auf niedere oder fachkundige Dienstleistungen gründe, sei unerheblich (vgl. *Zimmermann*, Erläuterungsbuch zum ErbStG 1919, § 33 unter Nr. 10). Die unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung im Jahr 1922 neu gefasste Vorschrift (§ 22 Nr. 10 ErbStG in der Fassung vom 20.7.1922, RGBl I 1922, S. 610) wurde bis zur Gesetzesänderung zum 1.1.1974 inhaltlich unverändert in die späteren Erbschaftsteuergesetze übernommen.

Durch das Gesetz zur Reform des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrechts vom 17.4.1974 (BGBl 1974 I, S. 933) wurde die bis dahin im Rahmen der Angemessenheit grundsätzlich in unbegrenzter Höhe gewährte Befreiung zunächst auf 2.000 DM beschränkt (§ 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG 1974). In der Folgezeit wurde dieser Höchstbetrag schrittweise wieder heraufgesetzt, zuletzt durch das Erbschaftsteuerreformgesetz vom 24.12.2008 (BGBl 2008 I, S. 3018) auf 20.000 €. Mit der Einführung bzw. Beibehaltung einer betragsmäßigen Beschränkung sollten nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Möglichkeiten einer missbräuchlichen Ausnutzung der Vorschrift durch Beantragung ungerechtfertigt hoher Beträge für die in der Regel nicht beweisbaren und nur bedingt nachprüfbareren Pflegedienste oder Unterhaltsleistungen auf ein vernünftiges Maß eingeschränkt werden (vgl. BT-Drucks. 7/1333, S. 5; BT-Drucks. 16/11107, S. 9). Der Gesetzgeber verzichtete jedoch trotz der Einführung des SGB XI zum 1.1.1995 (BGBl 1994 I, S. 1014) auf eine inhaltliche Beschränkung des Pflegebegriffs und auf eine Anlehnung an den Begriff der Pflegeleistungen und der Pflegebedürftigkeit nach §§ 14, 15 SGB XI mit einer leicht nachprüfbareren Zuordnung zu einer Pflegestufe. Die Anhebung des Höchstbetrags durch das Gesetz zur Reform des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrechts sollte nach der Gesetzesbegründung vielmehr zu einer Verbesserung der steuerlichen Berücksichtigung von Pflegeleistungen führen, die gegenüber dem Erblasser unentgeltlich oder gegen zu geringes Entgelt erbracht wurden (BT-Drucks. 16/11107, S. 9).

2. Eine Steuerbefreiung gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG ist nur zu gewähren, soweit das Zugewendete als angemessenes Entgelt für die gewährte Pflege anzusehen ist.

Ein angemessenes Entgelt ist die Zuwendung nur, soweit sie dem Betrag entspricht, den der Erblasser durch die Inanspruchnahme der Pflegeleistungen des Erwerbers erspart hat (vgl. *Jülicher*, a. a. O., § 13 Rdnr. 98). Der Wert der Pflegeleistungen ist im konkreten Einzelfall am Maßstab der objektiven Verhältnisse im Zeitpunkt der Pflegeleistung zu ermitteln (vgl. BFH, Urteil vom 10.12.1980, II R 101/78, BFHE 132, 310, BStBl II 1981, S. 270). Der anzusetzende Freibetrag hängt insbesondere von Art, Dauer und Umfang der erbrachten Hilfeleistungen ab.

3. Der Abzug des Pflegefreibetrags nach § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG erfordert, dass der Erwerber die Hilfsbedürftigkeit des Erblassers sowie Art, Dauer, Umfang und Wert der tatsächlich erbrachten Pflegeleistungen schlüssig darlegt und glaubhaft macht. Er trägt insoweit die Feststellungslast.

a) Im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Steuerbefreiung und die damit verbundenen Nachweisschwierigkeiten sind jedoch keine übersteigerten Anforderungen an die Darlegung und Glaubhaftmachung zu stellen. Vielmehr ist bei der Beurteilung der Frage, ob und inwieweit die tatsächlichen Voraussetzungen der Steuerbefreiung erfüllt sind, ein großzügiger Maßstab anzulegen.

Insbesondere kann regelmäßig angenommen werden, dass mit zunehmendem Alter eines Menschen auch dessen Hilfsbedürftigkeit zunimmt. So kann, wenn keine gegenteiligen Anhaltspunkte bestehen, schon bei einem über 80 Jahre alten Menschen von einer Hilfsbedürftigkeit auszugehen sein, ohne dass es hierzu eines Nachweises in Form eines ärztlichen Attests oder vergleichbarer Bescheinigungen bedarf. Allein die Unterbringung und Versorgung eines Pflegeempfängers in einem Pflegeheim schließen eine Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG nicht aus. Denn durch die Steuerbefreiung begünstigte Pflegeleistungen können auch gegenüber einer Person erbracht werden, die in einem Pflegeheim lebt.

b) Die Höhe des anzusetzenden Freibetrags bestimmt sich nach den gesamten Umständen des konkreten Einzelfalls. Zur Ermittlung des Werts der vom Erwerber erbrachten Pflegeleistungen können die jeweils für vergleichbare Leistungen zu zahlenden, üblichen Vergütungssätze entsprechender Berufsgruppen oder gemeinnütziger Vereine herangezogen werden. Dem Erwerber steht es aber stets frei, einen höheren Wert seiner Leistungen nachzuweisen. Bei Erbringung langjähriger, intensiver und umfassender Pflegeleistungen kann der Freibetrag auch in voller Höhe zu gewähren sein, ohne dass es eines Einzelnachweises zum Wert der Pflegeleistungen bedarf.

4. Die Steuerbefreiung des Erwerbs gemäß § 13c ErbStG rechtfertigt keine Kürzung des für den Freibetrag nach § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG maßgeblichen Werts der Pflegeleistungen.

Nach § 13c Abs. 1 und 3 ErbStG sind bestimmte zu Wohnzwecken vermietete Grundstücke unter näher festgelegten Voraussetzungen mit 90 % ihres Werts anzusetzen. Der verminderte Wertansatz eines Grundstücks nach § 13c Abs. 1 ErbStG schließt eine Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG nicht aus. Da nach § 13 Abs. 3 Satz 1 ErbStG jede Steuerbefreiungsvorschrift für sich anzuwenden ist, ist dementsprechend auch die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG unabhängig von der Steuerbefreiung nach § 13c ErbStG zu gewähren.

§ 13c Abs. 1 ErbStG führt deshalb nicht dazu, dass der Wert der Pflegeleistungen entsprechend dem Verhältnis zwischen dem verminderten Wertansatz des Grundstücks und dem festgestellten Grundbesitzwert zu mindern ist. Insoweit fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage, die eine verhältnismäßige Kürzung anordnet. § 10 Abs. 6 Satz 5 ErbStG erfasst nur Schulden und Lasten, die mit nach § 13c ErbStG befreitem Vermögen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen; diese sind nur mit dem Betrag abzugsfähig, der dem Verhältnis des nach Anwendung des § 13c ErbStG anzusetzenden Werts dieses Vermögens zu dem Wert vor Anwendung des § 13c ErbStG entspricht. Die nach § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG begünstigten Pflegeleistungen begründen aber wegen der dem Erblasser unentgeltlich oder gegen unzureichendes Entgelt gewährten Pflege keine Schulden oder Lasten im Sinne von § 10 Abs. 6 Satz 5 ErbStG.

5. Ausgehend von diesen Grundsätzen ist der Erwerb des Klägers wegen der Pflege der E i. H. v. 4.725 € steuerfrei. Das FG hat den Wert der Pflegeleistungen offensichtlich nicht zu hoch angesetzt.

Nach den gemäß § 118 Abs. 2 FGO den BFH bindenden Feststellungen des FG hat der Kläger gegenüber E, die altersbedingt unterstützungsbedürftig war, unentgeltlich Pflegeleistungen im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG erbracht. Das FG hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise den Umfang der anzuerkennenden Pflegeleistungen auf insgesamt 315 Stunden geschätzt und deren Wert in Anlehnung an die Vergütung, die der örtliche gemeinnützige Verein für vergleichbare Leistungen berechnet, mit durchschnittlich 15 € pro Stunde angesetzt. Gegen diese mögliche Sachverhaltswürdigung und tatrichterliche Überzeugungsbildung des FG wurden zulässige Revisionsrügen nicht erhoben.

B. Anschlussrevision des Klägers

1. Der im Rahmen der Revisionserwiderung des Klägers gestellte Antrag, den Freibetrag in voller Höhe von 20.000 € zu gewähren und die Erbschaftsteuer auf 15.480 € herabzusetzen, ist als Anschlussrevision auszulegen (§ 155 FGO i. V. m. § 554 ZPO; vgl. BFH, Urteil vom 22.12.2011, III R 93/10, BFH/NV 2012, 932).

2. Die Anschlussrevision des Klägers ist jedoch unzulässig. Die unselbständige Anschlussrevision muss innerhalb eines Monats nach Zustellung der Revisionsbegründung eingelegt und begründet werden (§ 155 FGO i. V. m. § 554 Abs. 2 Satz 2 ZPO; vgl. BFH-Urteil in BFH/NV 2012, 932). Daran fehlt es vorliegend. Die Revisionsbegründung des Finanzamts wurde den Prozessbevollmächtigten des Klägers gegen Empfangsbekanntnis am 11.10.2012 zugestellt. Die gesetzliche Frist ist daher gemäß § 54 FGO i. V. m. § 222 Abs. 1 und 2 ZPO sowie § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB am Montag, den 12.11.2012, abgelaufen. Die Anschlussrevision wurde indes erst am 21.11.2012 und damit verspätet eingelegt. Anders als die Frist zur Erwiderung auf die Revisionsbegründung kann diese Frist nicht verlängert werden (BFH, Urteil vom 19.3.2003, VI R 40/01, BFH/NV 2003, 1163). Gründe für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 56 FGO liegen nicht vor.

3. Eine unzulässige Revision ist grundsätzlich nach § 126 Abs. 1 FGO durch Beschluss zu verwerfen. Wird aber neben einer zulässigen Revision eine unzulässige Anschlussrevision eingelegt, kann der Senat insgesamt über beide Revisionen durch Urteil entscheiden (BFH, Urteil vom 21.6.2012, IV R 42/11, BFH/NV 2012, 1927).

19. ErbStG § 32 Abs. 1 Satz 1, § 31 Abs. 1 und 5; AO § 122 Abs. 1 Satz 1, § 124 Abs. 1 Satz 1; BGB §§ 2203, 2209, 2210, 2223 (*Pflicht des Testamentsvollstreckers zur Abgabe einer Erbschaftsteuererklärung*)

Ein Testamentsvollstrecker ist nach § 31 Abs. 5 Satz 1 ErbStG zur Abgabe einer Erbschaftsteuererklärung für einen Erwerber nur verpflichtet, wenn sich die Testamentsvollstreckung auf den Gegenstand des Erwerbs bezieht und das Finanzamt die Abgabe der Erklärung vom Testamentsvollstrecker verlangt.

BFH, Urteil vom 11.6.2013, II R 10/11

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) wurde im notariell beurkundeten Erbvertrag ihrer Großeltern vom 21.11.1975 von dem länger lebenden Großeltern als Nachvermächtnisinnehmerin hinsichtlich der Miteigentumsanteile von je 1/2 an einem Grundstück nach dem Ableben der jeweiligen Vorvermächtnisinnehmerinnen A und C eingesetzt. Die Großeltern der Klägerin ordneten eine Testamentsvollstreckung für ihren Nachlass an. Das Amt des Testamentsvollstreckers sollte unter anderem die Aufgabe umfassen, für die Ausfüh-

rung der Vermächtnisse zu sorgen und die vermachten Gegenstände auch nach der Vermächtniserfüllung für die im Erbvertrag bestimmte Dauer der Testamentsvollstreckung weiter zu verwalten. Das sollte insbesondere auch für die vermachten Miteigentumsanteile an Grundstücken gelten. Die Testamentsvollstreckung sollte für die Dauer von dreißig Jahren seit dem Eintritt des Erbfalls gelten. Nach dem Ableben des zuletzt verstorbenen Großeltern im Mai 1990 nahm der Testamentsvollstrecker seine Tätigkeit auf.

Die am 1.10.2008 verstorbene Vorvermächtnisinnehmerin C wurde von ihrer Schwester S alleine beerbt. S machte im Rahmen ihrer Erbschaftsteuererklärung das zugunsten der Klägerin angeordnete Nachvermächtnis hinsichtlich des Miteigentumsanteils der C an dem Grundstück als Nachlassverbindlichkeit geltend.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt) setzte daraufhin, ohne von der Klägerin oder dem Testamentsvollstrecker eine Erbschaftsteuererklärung anzufordern, wegen des Nachvermächtnisses mit Bescheid vom 30.4.2009 gegenüber der Klägerin Erbschaftsteuer i. H. v. 21.804 € fest. Der Besteuerung legte das Finanzamt nicht das Verhältnis der Klägerin zu dem zuletzt verstorbenen Großeltern teil, sondern ihr Verhältnis zu der Vorvermächtnisinnehmerin C zugrunde. Der Erbschaftsteuerbescheid war an die Klägerin gerichtet und wurde ihr auch bekannt gegeben.

Den Antrag der Klägerin vom 29.6.2009, den Erbschaftsteuerbescheid dem Testamentsvollstrecker erneut bekannt zu geben, lehnte das Finanzamt ab. Den weiteren Antrag der Klägerin vom 12.8.2009, den nach ihrer Ansicht wegen fehlerhafter Bekanntgabe unwirksamen Erbschaftsteuerbescheid vom 30.4.2009 aufzuheben und der Besteuerung ihr Verhältnis zum zuletzt verstorbenen Großeltern teil zugrunde zu legen, lehnte das Finanzamt im Bescheid vom 24.8.2009 ebenfalls ab. Der Einspruch blieb ohne Erfolg.

Die Klage, mit der die Klägerin die Feststellung der Nichtigkeit des Erbschaftsteuerbescheids vom 30.4.2009 begehrte, wurde als unbegründet zurückgewiesen, weil der Steuerbescheid der Klägerin wirksam bekannt gegeben worden sei. Das Urteil des FG ist veröffentlicht in Entscheidungen der Finanzgerichte 2011, 1081.

Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung der § 32 Abs. 1 Satz 1, § 31 Abs. 5 Satz 1 ErbStG.

Die Klägerin beantragt sinngemäß, die Vorentscheidung und die Einspruchsentscheidung aufzuheben und festzustellen, dass der Erbschaftsteuerbescheid vom 30.4.2009 unwirksam ist.

Das Finanzamt beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zu Recht entschieden, dass der Erbschaftsteuerbescheid der Klägerin wirksam bekannt gegeben wurde.

1. Nach § 122 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 155 Abs. 1 Satz 2 AO ist ein Steuerbescheid demjenigen Beteiligten bekanntzugeben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen ist. Der Steuerbescheid ist für den Steuerschuldner bestimmt, gegen den sich die Steuerfestsetzung richtet. Er wird in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er dem Steuerschuldner bekannt gegeben wird (§ 124 Abs. 1 Satz 1 AO). Steuerschuldner der Erbschaftsteuer ist grundsätzlich der Erwerber (§ 20 Abs. 1 Satz 1 ErbStG). Ein Erbschaftsteuerbescheid wird daher regelmäßig mit der Bekanntgabe an den Erwerber (Steuerschuldner) wirksam.

2. Abweichend von § 122 Abs. 1 Satz 1 AO ist in den Fällen des § 31 Abs. 5 ErbStG der Steuerbescheid dem Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter bekanntzugeben (§ 32 Abs. 1 Satz 1 ErbStG). Mit dieser Bekanntgabe wird der Steuerbescheid gegenüber dem Steuerschuldner im Sinne von § 124 Abs. 1 Satz 1 AO wirksam (vgl. BFH, Urteil vom 14.11.1990, II R 58/86, BFHE 162, 385, BStBl II 1991, S. 52).

a) Die Bekanntgabe eines Erbschaftsteuerbescheids an den Testamentsvollstrecker setzt einen Fall des § 31 Abs. 5 ErbStG voraus. Nach § 31 Abs. 5 Satz 1 ErbStG ist, wenn ein Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter vorhanden ist, die Steuererklärung von diesem abzugeben. Das Finanzamt kann verlangen, dass die Steuererklärung auch von einem oder mehreren Erben unterschrieben wird (§ 31 Abs. 5 Satz 2 ErbStG).

§ 31 Abs. 5 Satz 1 ErbStG regelt die Verpflichtung des Testamentsvollstreckers zur Abgabe der Erklärung, ohne die Erklärungspflicht von weiteren Voraussetzungen abhängig zu machen. Die Vorschrift ist jedoch nicht dahin zu verstehen, dass sie im Falle einer Testamentsvollstreckung eine uneingeschränkte Erklärungspflicht des Testamentsvollstreckers anordnet. Vielmehr ist wegen der zivilrechtlichen Stellung und der Aufgaben des Testamentsvollstreckers sowie im Zusammenhang mit § 31 Abs. 1 Satz 1 ErbStG, der die Erklärungspflicht des an einem Erbfall Beteiligten regelt, davon auszugehen, dass der Testamentsvollstrecker nach § 31 Abs. 5 Satz 1 ErbStG nur zur Abgabe der Erbschaftsteuererklärung für einen Erwerber verpflichtet ist, wenn sich die Testamentsvollstreckung auf den Gegenstand des Erwerbs bezieht und das Finanzamt die Abgabe der Erklärung vom Testamentsvollstrecker verlangt.

b) Zivilrechtlich ist der Testamentsvollstrecker weder Vertreter des Erblassers oder des Nachlasses noch Vertreter des oder der Erben; er hat die Stellung eines Treuhänders und ist Inhaber eines privaten Amtes (vgl. BGH, Urteil vom 7.7.1982, IVa ZR 36/81, NJW 1983, 40 m. w. N.). Seine Aufgabe ist es, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen (vgl. § 2203 BGB) und den Nachlass zu verwalten (§§ 2205, 2216 BGB). Das Verwaltungsrecht besteht während der Dauer der Vollstreckung und erstreckt sich grundsätzlich auf den gesamten Nachlass, also auf das durch Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 Abs. 1 BGB) übergegangene Vermögen des Erblassers (*Palandt/Weidlich*, 72. Aufl., § 2205 Rdnr. 1).

Die Testamentsvollstreckung kann auch für einen Nachvermächtnisnehmer angeordnet werden (vgl. *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2223 Rdnr. 1f.). Hat der Erblasser den vermachten Gegenstand von einem nach dem Anfall des Vermächtnisses eintretenden bestimmten Zeitpunkt oder Ereignis an einem Dritten zugewendet (sog. Nachvermächtnis), so gilt der erste Vermächtnisnehmer als beschwert (§ 2191 Abs. 1 BGB). Die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschränkungen kann gemäß § 2223 BGB einem Testamentsvollstrecker übertragen werden (sog. Vermächtnisvollstreckung). Zudem kann der Erblasser entsprechend den §§ 2209, 2210 BGB anordnen, dass der Testamentsvollstrecker den Vermächtnisgegenstand auch nach der Übertragung an den Vermächtnisnehmer verwaltet (sog. Verwaltungs- oder Dauer Vollstreckung, vgl. BGH, Urteil vom 29.4.1954, IV ZR 152/53, BGHZ 13, 203; *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2223 Rdnr. 2; MünchKommBGB/*Zimmermann*, 6. Aufl., § 2223 Rdnr. 6).

c) Die Pflicht des Testamentsvollstreckers zur Abgabe der Erbschaftsteuererklärung (§ 31 Abs. 5 Satz 1 ErbStG) knüpft an seine zivilrechtliche Stellung an. Aufgrund seiner bürgerlichrechtlichen Befugnisse ist der Testamentsvollstrecker in der Lage, die gemäß § 31 Abs. 2 ErbStG erforderlichen Angaben zum Gegenstand und zum Wert des Erwerbs zu machen sowie ein Verzeichnis über die zum Nachlass gehörenden Gegenstände (vgl. auch § 2215 BGB) zu erstellen. Die Pflicht zur Abgabe der Steuererklärung erstreckt sich auf Erwerbe von Todes wegen durch Erben bzw. Vermächtnisnehmer, wenn die Testamentsvollstreckung hinsichtlich des Nach-

lasses bzw. des Vermächtnisses angeordnet wurde (vgl. BFH, BFHE 162, 385, BStBl II 1991, S. 52, und BFH, Beschluss vom 9.6.1999, II B 101/98, BFHE 188, 440, BStBl II 1999, S. 529).

In Bezug auf einen Vermächtnisnehmer tritt eine Steuerklärungspflicht des Testamentsvollstreckers jedoch nur ein, wenn der Testamentsvollstrecker über die bloße Erfüllung des Vermächtnisses hinaus weitere Befugnisse hinsichtlich des vermachten Gegenstands hat. Das betrifft vor allem Fälle, in denen für das Vermächtnis eine Dauervollstreckung entsprechend den §§ 2209, 2210 BGB angeordnet wurde. Der Aufgabenkreis des Testamentsvollstreckers ist zivilrechtlich und damit auch erbschaftsteuerrechtlich begrenzt. Er umfasst grundsätzlich nicht die Regelung von (weiteren) Angelegenheiten der Personen, denen – wie einem Vermächtnisnehmer (vgl. § 2174 BGB) – infolge des Erbfalls lediglich schuldrechtliche Ansprüche erbrechtlicher Natur gegenüber den Erben zustehen (vgl. BFH, BFHE 162, 385, BStBl II 1991, S. 52, und BFH, BFHE 188, 440, BStBl II 1999, S. 529). Erstreckt sich jedoch der Aufgabenkreis des Testamentsvollstreckers auf die Verwaltung des vermachten Gegenstands nach Erfüllung des Vermächtnisses, kann der Testamentsvollstrecker auch zur Abgabe der Erbschaftsteuererklärung für den Vermächtnisnehmer aufgefordert werden.

d) Die Pflicht des Testamentsvollstreckers zur Abgabe der Steuererklärung entsteht – wie bei einem an einem Erbfall Beteiligten – erst mit der Aufforderung des Finanzamts, eine Steuererklärung abzugeben.

Nach § 31 Abs. 1 Satz 1 ErbStG kann das Finanzamt von jedem an einem Erbfall Beteiligten die Abgabe einer Erklärung ohne Rücksicht darauf verlangen, ob er selbst steuerpflichtig ist. Für den am Erbfall Beteiligten entsteht die Verpflichtung zur Abgabe der Erbschaftsteuererklärung, wenn das Finanzamt ihn zur Abgabe einer Erklärung auffordert (vgl. BFH, Urteil vom 18.10.2000, II R 50/98, BFHE 193, 48, BStBl II 2001, S. 14).

Im Zusammenhang mit dieser Vorschrift ist § 31 Abs. 5 Satz 1 ErbStG dahin auszulegen, dass auch die Steuerklärungspflicht des Testamentsvollstreckers eine Aufforderung des Finanzamts zur Abgabe der Steuererklärung voraussetzt (vgl. *Schuck in Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 4. Aufl., § 31 ErbStG Rdnr. 13; *Jochum in Wilms/Jochum*, ErbStG § 31 Rdnr. 35; *Meincke*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 16. Aufl., § 31 Rdnr. 12; *Pahlke in Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter*, ErbStG, 4. Aufl., § 31 Rdnr. 41; *Kien-Hümbert in Moench/Weinmann*, § 31 ErbStG Rdnr. 12; *Jülicher in Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 31 Rdnr. 28; *Viskorf*, FR 1999, 1256; *Gohlisch*, ZErB 2011, 133, 136; *Billig*, Umsatzsteuer- und Verkehrssteuer-Recht 2012, 178; offen gelassen BFH, BFHE 188, 440, BStBl II 1999, S. 529, und BFH, Beschluss vom 7.12.1999, II B 79/99, BFHE 190, 220, BStBl II 2000, S. 233).

Die dem Testamentsvollstrecker obliegende öffentlichrechtliche Verpflichtung zur Abgabe der Erbschaftsteuererklärung kann nach dem Sinn und Zweck des § 31 ErbStG nicht stärker ausgeprägt sein als die dem Beteiligten selbst obliegende Verpflichtung. Bei einem Erbfall, einer Schenkung oder einer Zweckzuwendung wird es nach § 31 Abs. 1 Satz 1 ErbStG dem Finanzamt überlassen, zu entscheiden, ob und ggf. von wem es die Abgabe einer Steuererklärung verlangen will. Die Regelung zielt erkennbar darauf ab, dass nur in den Fällen, in denen auch eine Steuerfestsetzung erwartet werden kann, zur Abgabe der Steuererklärung aufgefordert werden soll. Damit soll zugleich in steuerlich nicht relevanten Fällen jeder weitere

Verwaltungsaufwand und jede unnötige Belastung der Steuerpflichtigen vermieden werden. Dem widerspräche es, den Testamentsvollstrecker in jedem Fall, unabhängig davon, ob mit der Festsetzung einer Steuer gerechnet werden kann, als zur Abgabe einer Erklärung verpflichtet anzusehen (*Viskopf*, FR 1999, 1256).

3. Nach diesen Grundsätzen ist der Erbschaftsteuerbescheid vom 30.4.1999 der Klägerin als Nachvermächtnisnehmerin

wirksam bekannt gegeben worden. In Bezug auf das Nachvermächtnis war zwar eine Dauervollstreckung angeordnet worden. Eine Bekanntgabe des für die Klägerin bestimmten Erbschaftsteuerbescheids an den Testamentsvollstrecker war aber nicht erforderlich, weil das Finanzamt diesen nicht zur Abgabe einer Erbschaftsteuererklärung für die Klägerin wegen deren Erwerb durch das Vermächtnis aufgefordert hatte.

STÄNDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Wolfgang Jorden, Dillingen,
verstorben am 6.1.2014

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.1.2014:

Notar JR Klaus-Peter Seiberth, Frankenthal/Pf.

Mit Wirkung zum 1.3.2014:

Notar Herbert Oberseider, München

Mit Wirkung zum 1.4.2014:

Notar Wolfgang Zahnbrecher, Traunstein

Mit Wirkung zum 1.5.2014:

Notar Joachim Küper, Pirmasens

Notar Dr. Dieter Liedel, Bamberg

Notar Dieter Müller-Dohle, Kempten

Notar Erwin Richter, Bad Staffelstein

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.1.2014:

Frankenthal/Pf. (in Sozietät mit Notar Dr. Schmidt)	dem Notar Michael Weinsheimer (bisher in Waldfischbach- Burgalben)
---	---

Mit Wirkung zum 1.2.2014:

Miesbach (in Sozietät mit Notar Schmitt)	dem Notar Philipp Hruschka (bisher in Oberviechtach)
--	--

Pappenheim	dem Notarassessor Boris Pulyer (bisher in München Landesnotarkammer Bayern)
------------	--

Mit Wirkung zum 4.2.2014:

Ludwigshafen am Rhein (in Sozietät mit Notar Dr. Meyer)	dem Notarassessor Dr. Peter Wolf (bisher in Ludwigshafen am Rhein Notarstelle Dr. Wilke/ Dr. Pohl)
---	---

Mit Wirkung zum 1.3.2014:

Obergünzburg	dem Notarassessor Dr. Stefan Wohlrab (bisher in Berlin Bundesnotarkammer)
--------------	--

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 15.2.2014:

Stefan Schmitz, Pirmasens (Notarstelle Küper)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen

Notarassessorin Eva-Maria Bernauer, Prien (Notarstellen
Dr. Rieger/Koller), ab 1.1.2014 in München (Notarstellen
Dr. Vossius/Dr. Engel)

Notarassessor Florian Schlosser, Dingolfing (Notarstellen
Gleißner/Weiß), ab 1.3.2014 in Regensburg (Notarstellen
Dr. Albrecht/Franzmann)

Oberinspektorin i. N. Sandra Schmid, Passau (derzeit in
Elternzeit), ab 1.2.2014 in Wegscheid (Notarstelle Dr. Röhl)

6. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Siegfried Nickel, Neu-Ulm (Notarstellen
Dr. Reul/Dr. Lutz), ab 1.9.2011 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Anton Ehrl, Friedberg (Notarstellen
Deutrich/Dr. Ihrig), ab 1.3.2014 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Max Wagner, Furth im Wald (Notarstelle
vormals Knerr), ab 1.3.2014 im Ruhestand

Amtsrätin i. N. Anna Schmidbauer, Pfarrkirchen (Notarstelle
Dr. Fahr), ab 1.4.2014 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Haßloch, Notarstelle Dr. Sefrin
Industriestraße 1 A, 67454 Haßloch

Ludwigshafen am Rhein, Notarstelle Dr. Daubermann
Im Zollhof 1, 67061 Ludwigshafen am Rhein (ab 10.3.2014)

Pappenheim, Notarstelle Pulyer
E-Mail: info@notariat-pappenheim.de
Homepage: www.notariat-pappenheim.de
weitere Geschäftsstelle in Treuchtlingen
Hauptstraße 14, 91757 Treuchtlingen
Telefon: 09142 203150, Telefax: 09142 203150

SONSTIGES

Kofinanziert von
der Europäischen Union



JUST/2011-2012/
JCIV/AG/4000003392

Europa für Notare, Notare für Europa

Fortbildungsseminar zur EU-Erbrechtsverordnung

Freitag, 13. Juni 2014, 9.00–17.30 Uhr (Registrierung ab 8.30 Uhr)
Tagungsort: Melia Hotel, Inselstraße 2, 40479 Düsseldorf

Die Entwicklung der ErbrVO – eine rechtspolitische Einführung

Kurt Lechner, MdEP a. D.

Einführung in die Erbrechtsverordnung

Dr. *Jan-Ger Knot*, Universität Groningen

Testamente und Erbverträge unter besonderer Berücksichtigung der Rechtswahl sowie von Gestaltungen im Bereich des Pflichtteilsrechts

Notar Dr. *Christoph Döbereiner*, München, und
Notarin *Jutta Wolf*, Zoetermeer

Zusammenspiel der Erbrechtsverordnung mit dem Güterrecht unter Berücksichtigung der Kommissionsvorschläge zur Vereinheitlichung des Güterkollisionsrechts

Notar *Christian Hertel*, Weilheim, und
Sabine Hejning, KNB

Europäisches Nachlasszeugnis und Erbauseinandersetzung

Notar Dr. *Christoph Dorsel*, Bonn, und
Notarin Prof. Dr. *Tea Mellema-Kranenburg*, Rotteram

Dolmetschung: Deutsch und Polnisch

Moderation: Notar Dr. *Norbert Frenz*, Kempen

Die Teilnahme steht deutschen und niederländischen Notaren und Notarassessoren offen. Sie ist kostenlos. Die Teilnehmerzahl ist auf 100 Personen begrenzt. Anmeldungen werden nach ihrem Eingang berücksichtigt.

Anmeldung bis zum 1. Juni 2014: Deutsches Anwaltsinstitut e.V., Frau *Lisa Schipper*, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de, Telefax: +49 234 970647218

Hinweis: Im Rahmen dieser Seminarreihe findet am 9. Mai 2014 ein weiteres Seminar in Riga, Lettland, statt. Hierzu lädt die lettische Notarkammer auch deutsche Notare ein. Es referieren Notar Dr. *Christoph Dorsel*, Bonn, und Notarin *Ilze Metuzale*, Riga. Die Anmeldung erfolgt bis spätestens 28. April 2014 über das DAI. Anmeldeformulare und weitere Informationen sind auf der Website des CNUE erhältlich.

Weitere Informationen: www.cnue.be/formation

**14. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht
an der Universität Würzburg
„Notarielle Vertragsgestaltung im Immobilienrecht“**

in der Neubaukirche der Julius-Maximilians-Universität,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg
am Freitag, 23. Mai 2014

09.30 Uhr	Begrüßung Prof. Dr. Dr. <i>Herbert Grziwotz</i> , Tagungsleiter Notar in Regen, Vorstandsmitglied des INotR Würzburg	Organisatorische Hinweise: Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend und forensisch tätigen Praktiker sowie an einschlägig interessierte Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. Die Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post.
09.45 Uhr	Die formularmäßige Bindung an Vertragsangebote – Probleme und Gestaltungsoptionen Prof. Dr. <i>Andreas Piekenbrock</i> Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Insolvenzrecht anschließend Diskussion	Tagungsbeitrag inkl. Verköstigung und Tagungsband: 205 € für Nichtmitglieder/150 € für NotRV-Mitglieder/85 € für Notare a. D., Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung/40 € für Notare a. D., die Mitglied der NotRV sind/frei für Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind.
10.45 Uhr	Kaffeepause im historischen Innenhof der Alten Universität	Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck: „Symposium Juni 2014“ bei der Bayerischen HypoVereinsbank AG Würzburg, IBAN: DE 29 7902 0076 0006 6715 94, BIC: HYVEDEMM 455 bzw. Konto-Nr.: 6671594, BLZ: 790 200 76, zu überweisen. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis sieben Tage vor der Veranstaltung. Für zurückzuzahlende Teilnahmegebühren wird eine Stornogebühr i. H. v. 10 € berechnet.
11.15 Uhr	Rechtsfragen der Notarhaftung und des Beurkundungsverfahrens <i>Wolfgang Schlick</i> Vizepräsident des BGH, Karlsruhe anschließend Diskussion	Anmeldung: Deutsches Notarinstitut, Gerberstr. 19, 97070 Würzburg, Tel. 0931/355760, Fax: 0931/53376225, www.dnoti.de E-Mail: notrv@dnoti.de; www.notrv.de
12.15 Uhr	Städtebauliche Verträge, Erschließungsrecht und Einheimischenmodelle – Vertragsinhalte nach der BauGB-Novelle und der aktuellen Rechtsprechung <i>Christian Hertel</i> Notar in Weilheim i. OB anschließend Diskussion	
13.15 Uhr	Mittagessen im historischen Innenhof der Alten Universität	
14.45 Uhr	Probleme bei Rechten in Abteilung II <i>Dr. Christian Kessler</i> Notar in Düren anschließend Diskussion	
15.45 Uhr	Blockheizkraftwerk und Gestaltung der Teilungserklärung <i>Dr. Martin Suilmann</i> Vorsitzender Richter am LG Berlin anschließend Diskussion	
ca. 17.00 Uhr	Ende	

– Anschließend 17. NotRV-Mitgliederversammlung –

Schriftleitung: Notarassessorin Anja Schaller
Notarassessorin Stefanie Tafelmeier

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.mediengruppe-universal.de/notarkammer.