



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: Notarassessor Stefan Künkele,
Notarassessorin Anja Schaller
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

Bestellung eines Ergänzungspflegers für Minderjährige im Genehmigungsverfahren der Erbausschlagung

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 12.2.2014, XII ZB 592/12 ¹ –

Notarvertreter *Sebastian Mensch*, LL.M., Diplom Finanzwirt (FH), Stuttgart

Der BGH hat Anfang 2014 einen seit der Einführung des FamFG schwelenden Streit zu der Frage, wer den verfahrensunfähigen Minderjährigen bei der Bekanntgabe der familiengerichtlichen Genehmigungserklärung im Falle einer Erbausschlagung vertreten kann, entschieden. Diese Entscheidung wirft teilweise mehr Fragen auf als sie geeignet ist Antworten zu geben. Nicht zuletzt wegen dieser Entscheidung, gegen die vermutlich herrschende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung, besteht die Notwendigkeit zur Auseinandersetzung mit den Argumenten des BGH.

I. Ausgangslage

Spätestens seit dem Inkrafttreten des FamFG am 1.9.2009² ist umstritten, ob für einen nicht verfahrensfähigen Minderjährigen im Rahmen des familiengerichtlichen Genehmigungsverfahrens einer Erbausschlagung ein Ergänzungspfleger³ für die Entgegennahme der gerichtlichen Entscheidung zu bestellen ist.⁴ Aufgaben dieses sogenannten Verfahrensergänzungspflegers⁵ sind die Entgegennahme der gerichtlichen Entscheidung und die Entscheidung über die Erklärung eines Rechtsmittelverzichts bzw. die Einlegung eines Rechtsmittels.

Die Verfahrensfähigkeit des Minderjährigen bestimmt sich nach § 9 Abs. 1 FamFG. Demnach sind grundsätzlich nur voll geschäftsfähige Personen verfahrensfähig.⁶ Nach § 41 Abs. 3 FamFG ist der Beschluss über die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts auch dem Minderjährigen gegenüber be-

kannt zu geben. Die Bekanntgabe an den Minderjährigen ist Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit des Genehmigungsbeschlusses. Die Begründung hierfür liegt in § 40 Abs. 2 FamFG, wonach der Beschluss über die familiengerichtliche Genehmigung erst mit Rechtskraft wirksam wird, die nach § 45 Satz 1 FamFG den Ablauf der Rechtsmittelfrist voraussetzt.⁷

Innerhalb der Minderjährigen ist nach dem Alter zu differenzieren. Nach § 164 FamFG ist dem Kind, welches das 14. Lebensjahr vollendet hat, eine Entscheidung selbst bekannt zu geben. Voraussetzung ist, dass der Minderjährige nicht geschäftsunfähig ist. Daraus wird geschlussfolgert, dass der Minderjährige, welcher das 14. Lebensjahr vollendet hat, eigenständig über die Einlegung eines Rechtsmittels oder die Erklärung eines Rechtsmittelverzichts entscheiden kann.⁸ Dies folgt § 60 Satz 2 FamFG, wonach der Minderjährige, welcher unter elterlich er Sorge steht, in Angelegenheiten, in denen er persönlich gehört werden muss, sein Beschwerde-recht eigenständig ausüben kann. Die Pflicht zur persönlichen Anhörung von Minderjährigen, die das 14. Lebensjahr vollendet haben folgt aus § 159 FamFG.

¹ BGH, Beschluss vom 12.2.2014, MittBayNot 2015, 321 (in diesem Heft).

² Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vom 17.12.2008 BGBl 2008 I, S. 2586.

³ Ggf. nach einer Mindermeinung auch ein Verfahrensbeistand.

⁴ Zorn, FamRZ 2014, 641.

⁵ Weissinger, RpfLStud 2014, 83.

⁶ Kölmel, MittBayNot 2011, 190.

⁷ Kölmel, MittBayNot 2012, 108 m. w. N.

⁸ DNotI-Report 2009, 145, 148.

Diese Vertretungsproblematik in Genehmigungsverfahren ist in ihrem Ursprung Ausfluss einer Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2000.⁹ Das BVerfG hatte damals entschieden, dass in Verfahren, die die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand haben, rechtliches Gehör nicht durch denjenigen Vertreter gewahrt sein kann, dessen Handeln im Genehmigungsverfahren gerichtlich überprüft worden ist.¹⁰ Mit der Einführung des FamFG hat dieser Grundsatz des BVerfG Eingang in das Verfahrensrecht gefunden. Ausweislich der Gesetzesbegründung dient § 41 Abs. 3 FamFG der Wahrung eines fairen Verfahrens durch Gewährung des rechtlichen Gehörs mittels Bestellung eines Ergänzungspflegers.¹¹

In der Rechtspraxis der Familiengerichte war teilweise eine Tendenz erkennbar in den Fällen der Erbausschlagung für ein minderjähriges Kind, sofern eine familiengerichtliche Genehmigung für erforderlich erachtet wurde,¹² generell einen Verfahrensergänzungspfleger zu bestellen. Diese Ansicht stütze sich auf obergerichtliche Entscheidungen und entsprechende Literaturfundstellen.¹³ Die Begründung für die Bestellung eines Ergänzungspflegers variierte. Die Notwendigkeit wurde entweder aus der Entscheidung des BVerfG direkt abgeleitet oder der verfahrensrechtlichen Regelung in § 41 Abs. 3 FamFG analog angelehnt.¹⁴

Eine in diesem Zusammenhang teilweise zur Bekräftigung der Notwendigkeit einer Bestellung eines Ergänzungspflegers herangezogene¹⁵ Entscheidung des KG vermag bei näherer Betrachtung indes nicht vollständig zur Begründung der Bestellung eines generellen Verfahrensergänzungspflegers in den Fällen der Genehmigung einer Erbausschlagung genügen. Das KG hatte in seiner Entscheidung die Bestellung eines Ergänzungspflegers ausschließlich mit § 1796 BGB und gerade nicht mit verfahrensrechtlichen Erwägungen nach § 41 Abs. 3 FamFG begründet.¹⁶ Dies wurde seinerzeit von den Vertretern einer generellen Bestellung eines Verfahrenspflegers kritisiert.¹⁷ Allerdings hat das KG in der Vertreterstellung der Eltern im Genehmigungsverfahren grundsätzlich einen erheblichen Interessensgegensatz erkannt und damit den Ausnahmecharakter von § 1796 Abs. 2 BGB in ein Regelverhältnis verkehrt.

Gegen dieses Verfahren der generellen Bestellung eines Verfahrensergänzungspflegers wurde die Auffassung vertreten, dass ein Ergänzungspfleger im Falle der Genehmigung einer Erbausschlagung für ein minderjähriges Kind nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 1796 BGB bestellt

werden kann.¹⁸ Diese Ansicht konnte als Mindermeinung deklariert werden.¹⁹

II. Entscheidung des BGH

Der BGH hat in 2014 eine Entscheidung getroffen,²⁰ die aus verschiedentlichen Gründen nicht geeignet erscheint, die bestehenden Unsicherheiten abschließend zu beenden.²¹

Der Leitsatz des BGH lautet:

„Anlässlich eines Verfahrens auf Genehmigung einer Erbausschlagung für ein minderjähriges Kind ist diesem zur Entgegennahme des Genehmigungsbeschlusses im Sinne von § 41 Abs. 3 FamFG nur dann ein Ergänzungspfleger zu bestellen, wenn die Voraussetzungen für eine Entziehung der Vertretungsmacht nach § 1796 BGB festgestellt sind.“

Zur Begründung führt der BGH aus, dass sich aus der verfahrensrechtlichen Vorschrift in § 41 Abs. 3 FamFG keine Einschränkung des Vertretungsrechts des Vormunds für das Mündel nach § 1793 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt.²² Allein maßgebend für eine Einschränkung des, über die Verweisung in § 1629 Abs. 2 Satz 1 und 3 BGB für Eltern anwendbaren, Vertretungsrechts des Vormunds sind die §§ 1795, 181 und insbesondere § 1796 BGB. Demnach sieht der BGH für eine generelle Entziehung des Vertretungsrechts, begründet im Verfahrensrecht, keinen Raum und kein Bedürfnis.

Es obliegt der tatrichterlichen Feststellung des Familiengerichts inwieweit die Voraussetzungen für die Entziehung des Vertretungsrechts im Genehmigungsverfahren einer Erbausschlagung vorliegen. Tatrichterlich bedeutet in diesem Zusammenhang gemäß § 3 Nr. 2a RpfLG, dass es der Entscheidung des funktionell zuständigen Rechtspflegers obliegt, ob § 1796 BGB einschlägig und damit ein erheblicher Interessensgegensatz zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem minderjährigen Kind offensichtlich ist.

Die Entscheidung des BVerfG erklärt der BGH für den Fall der Erbausschlagung für nicht einschlägig. Im Falle der Erbausschlagung handelt es sich nicht um die Genehmigung einer vertraglichen Gestaltung, wie im entscheidungserheblichen Sachverhalt beim BVerfG. Im entscheidungserheblichen Sachverhalt des BVerfG hatte ein Nachlasspfleger für bereits ermittelte und verfahrensfähige Erben einer Untererbengemeinschaft gehandelt.²³ Diese Andersartigkeit führt nach Ansicht des BGH dazu, dass die Grundsätze der Entscheidung nicht für den Fall einer Erbausschlagung übertragbar sind. Aus dieser Formulierung kann möglicherweise entnommen werden, dass der BGH eine Differenzierung zwischen einseitigen und mehrseitigen Rechtsakten vornimmt.²⁴ Dies kann und wird voraussichtlich zu Abgrenzungsschwierigkeiten bei weiteren einseitigen genehmigungsbedürftigen Rechtsakten, wie der Kündigung, führen.²⁵

⁹ BVerfG, Beschluss vom 18.1.2000, 1 BvR 321/96, FamRZ 2000, 731.

¹⁰ Müller, RpfStud 2010, 140.

¹¹ BT-Drucks. 16/6308, S. 197.

¹² Mensch, BWNNotZ 2013, 144 zur Notwendigkeit einer familiengerichtlichen Genehmigung bei Erbausschlagungen für Minderjährige.

¹³ OLG Celle, Beschluss vom 4.5.2011, 10 UF 78/11, Rpfleger 2011, 436; OLG Köln, Beschluss vom 4.7.2011, 21 UF 105/1, DNotZ 2012, 108; Bork/Jacoby/Schwab/Zorn, FamFG, 2. Aufl., vor § 151 Rdnr. 17 m. w. N.; Musielak/Borth, FamFG, 4. Aufl., § 41 Rdnr. 11; Abicht, RNotZ 2010, 493, 499; Litzemberger, RNotZ 2010, 32, 33; Zorn, Rpfleger 2009, 421; Sonnenfeld, NotBZ 2009, 295, 299.

¹⁴ Vgl. Müller, RpfStud 2010, 140, 141 betr. Vertretungsausschluss wegen der Entscheidung des BVerfG; Kölmel, MittBayNot 2012, 108, 109 betr. Vertretungsausschluss über Verfahrensrecht.

¹⁵ Weissinger, RpfStud 2014, 83.

¹⁶ KG, Beschluss vom 4.3.2010, 17 UF 5/10 FamRZ 2010, 1171.

¹⁷ Zorn, Rpfleger 2010, 424; Sonnenfeld, ZKJ 2010, Heft 8 (Anm.); Müller, RpfStud 2010, 140, 141.

¹⁸ OLG Brandenburg, Beschluss vom 6.12.2010, 9 UF 61/10, MittBayNot 2011, 240; MünchKomm/Ulrici, FamFG, 2. Aufl., § 41 Rdnr. 14 ff.; Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 18. Aufl., § 41 Rdnr. 4a.

¹⁹ Vgl. Kölmel, MittBayNot 2012, 108, 109.

²⁰ BGH, Beschluss vom 12.2.2014, XII ZB 592/12, FamRZ 2014, 640 m. abl. Anm. Zorn; BWNNotZ 2015, 16 m. zust. Anm. Becker.

²¹ Zorn, FamRZ 2014, 641.

²² A. A. OLG Celle, Beschluss vom 11.9.2012, 10 UF 56/12, FamRZ 2013, 651 (Vorinstanz); Kölmel, MittBayNot 2012, 108, 109; Zorn, Rpfleger 2010, 424 jeweils mit beachtlichen Argumenten.

²³ Becker, BWNNotZ 2015, 18.

²⁴ So im Ergebnis auch Bütte, FuR 2011, 361, 362.

²⁵ Vgl. Zorn, FamRZ 2014, 641, 642.

In der weiteren Argumentation führte der BGH aus, dass es über den Fall eines bestehenden und tatrichterlich erkannten erheblichen Interessensgegensatzes gemäß § 1796 BGB hinaus keiner generellen Bestellung eines Ergänzungspflegers bedürfe, da das Handeln und die Motivation des gesetzlichen Vertreters bereits Gegenstand der Prüfung im gerichtlichen Genehmigungsverfahren sind. Die Interessen des minderjährigen Betroffenen sind damit hinreichend gewahrt. Insoweit erfolgte eine Abgrenzung von der Entscheidung des KG, welche im Kern stets einen erheblichen Interessensgegensatz erkannte.²⁶

Daneben entspricht es, nach Ansicht des BGH, den Belangen der Praxis ein Vertretungshindernis auf die Fälle des § 1796 BGB zu beschränken und somit von einer regelmäßigen Bestellung zu einer ausnahmsweisen Bestellung eines Ergänzungspflegers im Genehmigungsverfahren einer Erbausschlagung zu kommen.

III. Konsequenzen und Auseinandersetzung

Unmittelbar sind zwei Konsequenzen aus der Entscheidung des BGH abzuleiten. Zum einen kommt es zu einer spürbaren Entlastung der Familiengerichte. Die Familiengerichte müssen nun mehr nur noch in Ausnahmefällen eines ermittelten erheblichen Interessensgegensatzes zwischen dem Minderjährigen und den Eltern bzw. dem Vormund ein Verfahren zur Entziehung der Vertretungsmacht wegen § 1796 BGB durchführen. Diese rein praktische Vereinfachung wird allseits als solche erkannt.²⁷

In der zweiten Konsequenz kann es bei Minderjährigen, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, unter elterlicher Sorge stehen und sofern kein erheblicher Interessensgegensatz zwischen Eltern und dem Minderjährigen erkannt wird, weiterhin das rechtliche Gehör im Genehmigungsverfahren durch die Eltern als gesetzliche Vertreter vermittelt werden. Damit entscheiden die Eltern nach Entgegennahme der Genehmigungsentscheidung des Familiengerichts über die Einlegung von Rechtsmitteln oder die Erklärung eines Rechtsmittelverzichts. Die gerichtliche Genehmigung kann somit in Rechtskraft erstarken, ohne dem Minderjährigen selbst oder einem „neutralen“ Vertreter rechtliches Gehör gewährt zu haben. Bezogen auf die Entscheidung des BVerfG bedeutet dies, dass weiterhin in Verfahren, die die Genehmigung einer Erbausschlagung zum Gegenstand haben, rechtliches Gehör durch denjenigen Vertreter gewährt wird, dessen Handeln im Genehmigungsverfahren gerichtlich überprüft worden ist. Der Intention des Gesetzgebers, ausgedrückt durch die Schaffung des § 41 Abs. 3 FamFG, wird damit möglicherweise nicht genüge getan.²⁸ Das BVerfG hatte seine Entscheidung für ein Verfahren zur Genehmigung eines Rechtsgeschäfts getroffen. Auch § 41 Abs. 3 FamFG zielt dem Wortlaut folgend auf Genehmigungsverfahren für Rechtsgeschäfte ab. Sofern beides zur Begründung einer quasi dauerhaften Bestellung eines Verfahrensergänzungspflegers herangeführt wird, erfolgt keine ausdrückliche Abgrenzung zu einseitigen Erklärungen, wie der Erbausschlagung.²⁹

Der BGH nimmt augenscheinlich in seiner Entscheidung eine solche Abgrenzung zwischen mehrseitigen und einseitigen

Rechtsgeschäften vor. Er führt zu dieser Problematik aus:

„Die Genehmigung einer Erbausschlagung unterscheidet sich von der vom BVerfG entschiedenen Fallgestaltung indes darin, dass dort der – zugleich als Vertreter tätige – Nachlasspfleger aktiv beteiligt war. Dagegen begehrt der Vormund³⁰ vorliegend allein die Genehmigung der Erbausschlagung für das minderjährige Kind; es geht also nicht um die Genehmigung einer vertraglichen Gestaltung, an der der gesetzliche Vertreter aktiv mitgewirkt hat, sondern lediglich um die Genehmigung einer einseitigen, gegenüber dem Nachlassgericht vorzunehmenden Erklärung.“

Vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich gesicherten Anspruchs auf ein faires Verfahren und daraus resultierend auf rechtliches Gehör des Betroffenen, vermag diese Erklärung zunächst nicht zu überzeugen. In den Fällen der Erbausschlagung unterliegt vergleichbar den Fällen einer genehmigungspflichtigen Vertragsgestaltung das Handeln des gesetzlichen Vertreters einer gerichtlichen Kontrolle.

Nach der hier vertretenen Ansicht wird der BGH so verstanden, dass er eine Unterscheidung zwischen der Mitwirkung eines gesetzlichen Vertreters bei der Erbausschlagung und bei Vertragsgestaltungen macht. Zur Begründung einer solchen Differenzierung kann herangeführt werden, dass im Falle einer Vertragsgestaltung durch den gesetzlichen Vertreter, diesem die Ausgestaltung der vertraglichen Bedingungen und Folgen obliegt. Ein solcher Handlungsspielraum, insbesondere hinsichtlich der Rechtsfolgen des Vertreterhandelns, kann im Falle einer Erbausschlagung nicht erkannt werden.

Die Wirkungen der Erbausschlagung richten sich unabänderlich im Wesentlichen nach § 1953 BGB. Demnach fällt die Erbschaft rückwirkend auf den Erbfall dem Nächstberufenen an und bei wirksamer Ausschlagung gilt der Anfall an den Ausschlagenden als von Anfang nicht erfolgt. Dem gesetzlichen Vertreter, sei es der Vormund oder die Eltern, fehlt im Falle der Erbausschlagung die aktive Beteiligung an dem später zu genehmigenden Rechtsgeschäft. Die Beteiligung begrenzt sich auf die form- und fristgebundene, amtsempfangsbedürftige Ausschlagungserklärung selbst. Diese gestaltet im nicht unwesentlichen Umfang Rechtsverhältnisse, ist indes in ihrer eigenen Gestaltung stark eingeschränkt. Das Potential für eine missbräuchliche Nutzung der Vertreterstellung ist insoweit deutlich geringer als in den Fällen eines zu genehmigenden Rechtsgeschäfts in der Form einer Vertragsgestaltung unter aktiver gestalterischer Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters.

Eine solche Abgrenzung zwischen einseitiger, amtsempfangsbedürftiger Ausschlagungserklärung einerseits und mehrseitigen Vertragsgestaltungen andererseits ist die Konsequenz aus der Entscheidung des BGH. Vor dem Hintergrund der Überlegung einer im Falle der Erbausschlagung fehlenden aktiven Mitwirkung kann diese Rechtsprechung als zutreffend angesehen werden. Es erscheint ausreichend, die Interessen des nicht verfahrensfähigen Minderjährigen durch das gerichtliche Genehmigungsverfahren und in den Ausnahmefällen eines tatrichterlich erkannten erheblichen Interessensgegensatzes gemäß § 1796 BGB durch die Bestellung eines Ergänzungspflegers zu wahren. In diesem Zusammenhang ist

²⁶ KG, Beschluss vom 4.3.2010, 17 UF 5/10, FamRZ 2010, 1171.

²⁷ Zorn, FamRZ 2014, 641.

²⁸ BT-Drucks. 16/6308, S. 197.

²⁹ Siehe Zorn, FamRZ 2014, 641, 642, die insoweit keinen Ansatzpunkt zur Differenzierung oder Abgrenzung erkennt.

³⁰ In der Entscheidung des BGH hat das Jugendamt als Vormund die Ausschlagung einer Erbschaft für den Minderjährigen erklärt, hierzu die gerichtliche Genehmigung begehrt und sich anschließend gegen die Bestellung eines Ergänzungspflegers für die Entgegennahme der Entscheidung gewandt.

zu bedenken, dass das Ergebnis eines Genehmigungsverfahrens für eine Erbausschlagung nur die Erteilung oder die Versagung der Genehmigung sein kann. Eine Genehmigung unter Auflagen oder nach Absprache mit dem Gericht und entsprechender Anpassung der Erklärung scheidet im Regelfall aus.

Eine allgemeine Abgrenzung zwischen zu genehmigenden einseitigen Erklärungen und mehrseitigen Rechtsgeschäften kann nach der hier vertretenen Ansicht der Entscheidung des BGH nicht entnommen werden. Es ist denkbar, dass der BGH im Falle einer Kündigungserklärung oder einer Mahnung zu einem anderen Ergebnis kommt. Zu beachten ist, dass in diesen Fällen, soweit die Kündigungs- oder Mahnungserklärung von dem gesetzlichen Vertreter selbst gegenüber dem Minderjährigen abgegeben werden, unter Umständen ein Vertretungsausschluss bereits für die Entgegennahme der Erklärung angenommen wird.³¹ Mangels einer ausdrücklichen und umfassenden Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BVerfG für das Vertreterhandeln bei Vertragsgestaltungen werden sich weitere Abgrenzungsschwierigkeiten für die Rechtspraxis ergeben.

Neben der Abgrenzung zur Rechtsprechung des BVerfG nimmt der BGH eine Abgrenzung zu der teilweise geäußerten Idee eines Vertretungsausschlusses nach Verfahrensrecht³² vor. Der Senat erkennt in der Norm des § 41 Abs. 3 FamFG keinen verfahrensrechtlichen Ausschluss des gesetzlichen Vertreters. In diesem Zusammenhang schließt der BGH indes nicht aus, dass sich bereits aus einer verfahrensrechtlichen Norm ein Vertretungsausschluss ergeben kann.³³ Er erkennt vielmehr zu Recht in den §§ 1795, 181 und 1796 BGB spezialgesetzliche Normen des materiellen Rechts, nach denen sich die Einschränkung des Vertretungsrechts für Vormünder und im Weiteren auch für die Eltern als gesetzliche Vertreter ergibt. Insoweit verweist der BGH richtigerweise auf den Ausnahmecharakter von § 1796 Abs. 2 BGB, der auf einen erheblichen Interessensgegensatz abstellt.

Über den Ausnahmecharakter von § 1796 BGB hinausgehend fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage für eine generell-abstrakte Entziehung der Vertretungsmacht.³⁴ Die §§ 1795 Abs. 1 und 2 und 181 BGB sind im Falle der Erbausschlagung nicht einschlägig.³⁵ Es handelt sich bei der Erbausschlagung um eine einseitige am Empfangsbedürftige Willenserklärung, die gegenüber dem Nachlassgericht abzugeben ist. Insoweit fehlt es grundsätzlich an der für § 181 BGB notwendigen Personenidentität.

In seiner weiteren Argumentation kann dem BGH nicht gefolgt werden. So erklärt der BGH zum einen, dass das Ergebnis der Vorinstanz, bestehend in der grundsätzlichen Bestellung eines Ergänzungspflegers, unabhängig vom erheblichen Interessenswiderstreit, für Fälle der Erbausschlagung bei nicht verfahrensfähigen Minderjährigen „... *den Belangen der Praxis nicht gerecht wird*“. Aus Sicht der Verfahrenserleichterung ist dies zutreffend. Im Hinblick auf die von der Vorinstanz erkannten Notwendigkeiten der Gewährung rechtlichen Gehörs, kann es nicht auf Fragen des Arbeitsumfangs bei den Familiengerichten ankommen. Nach der hier vertrete-

nen Ansicht ist der BGH-Entscheidung insgesamt zuzustimmen, indes vermag das Argument der Praxiserleichterung das gefundene Ergebnis nicht zu tragen.

Zum anderen erklärt der BGH die Kontrolle durch das Familiengericht im Rahmen des gerichtlichen Genehmigungsverfahrens zur Wahrung der Interessen des Minderjährigen für ausreichend. Dies mag für den Einzelfall der Erbausschlagung und unter Berücksichtigung der hier geteilten Differenzierung zwischen Erbausschlagung einerseits und Vertragserklärungen andererseits für die Mehrzahl der Fälle richtig sein. In seiner Absolutheit kann dieser Aussage nicht zugestimmt werden. Das BVerfG hat sehr klar festgestellt, dass gerichtliche Kontrolle im Rahmen des Genehmigungsverfahrens allein nicht ausreichend für die Gewährung eines fairen Verfahrens ist. Insoweit äußert sich der BGH zumindest missverständlich.

IV. Zukünftiges Verfahren

Bis zu einer möglicherweise anderslautenden Entscheidung des BGH bzw. einem Eingreifen von BVerfG oder Gesetzgeber hat das Familiengericht für Fälle der Erbausschlagung von nicht verfahrensfähigen Minderjährigen nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 1796 Abs. 2 BGB einen Ergänzungspfleger zu bestellen. In diesem Zusammenhang wird hier die Ansicht vertreten, dass ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist.³⁶ Nur dieser kann als gesetzlicher Vertreter gemäß § 9 Abs. 2 FamFG auftreten. Die teilweise geäußerte Ansicht, dass ein Verfahrensbeistand ausreichend ist,³⁷ wird insoweit nicht geteilt. Der Verfahrensbeistand ist ein verfahrensrechtliches Institut zur Wahrung der Kindesinteressen im Verfahren. Er agiert vergleichbar einem Verfahrenspfleger und ist seinerseits nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes. Er kommt gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG nicht für verfahrensunfähige Mündel zur Wahrung des rechtlichen Gehörs in Betracht. Eine Ersetzung des nach § 9 Abs. 2 FamFG notwendigen gesetzlichen Vertreters war mit der Schaffung des Verfahrensbeistands nach der hier vertretenen Ansicht nicht gewollt.³⁸ Aus der zuvor dargestellten Entscheidung des BGH lässt sich nicht ablesen, dass diese Ansicht vom BGH die Bestellung eines Verfahrensbeistands für geboten hält.

Die Norm des § 1796 BGB ermöglicht dem Familiengericht die Entziehung der Vertretungsmacht, sofern kein Fall von § 1795 BGB vorliegt. Für die Bestellung eines Ergänzungspflegers hat das Familiengericht die weiteren Voraussetzungen zu prüfen. Die Interessen des Minderjährigen müssen in einem erheblichen Interessensgegensatz zu den Interessen der Eltern,³⁹ zu einer von den Eltern des Weiteren vertretenen Person oder zu einer der in § 1795 Abs. 1 Nr. 1 genannten Personen stehen.

³⁶ KG, Beschluss vom 4.3.2010, 17 UF 5/10, FamRZ 2010, 1171; OLG Celle, Beschluss vom 11.9.2012, 10 UF 56/12, FamRZ 2013, 651; OLG Köln, Beschluss vom 4.7.2011, 21, UF 105/1, DNotZ 2012, 108; OLG Celle, Beschluss vom 4.5.2011, 10 UF 78/11, Rpfleger 2011, 436; *Bork/Jacoby/Schwab/Zorn*, FamFG, 2. Aufl., § 158 Rdnr. 21; *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, § 17. Aufl., § 41 Rdnr. 4a; *Zorn*, Rpfleger 2009, 421, 431; *ders.*, Rpfleger 2010, 422, 425; *Abicht*, RNotZ 2010, 493, 500; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 635, 647; *Sonnenfeld*, NotBZ 2009, 295 (299).

³⁷ *Kölmel*, MittBayNot 2012, 108, 110; *ders.*, MittBayNot 2011, 190, 194; *ders.*, RNotZ 2010, 463, 468; *Litzenburger*, RNotZ 2009, 380, 381; *ders.*, RNotZ 2010, 32, 33; *Weber*, RpfStud 2009, 129, 132; *Bolkart*, MittBayNot 2009, 268, 272.

³⁸ *Becker*, BWNotZ 2015, 18, 20.

³⁹ Gleichbedeutend auch der Vormund.

³¹ Vgl. BayObLG, Beschluss vom 17.5.1976, 1 Z 37/76, FamRZ 1977, 141 zur Frage, ob die Entgegennahme einer Erklärung ein Rechtsgeschäft ist bzw. einschränkend zur Anwendbarkeit von § 1795 BGB auf die Entgegennahme einseitiger Erklärungen.

³² *Kölmel*, MittBayNot 2012, 108, 110; *Zorn*, Rpfleger 2010, 424.

³³ Verkannt von *Weissing*, RpfStud 2014, 83, 84.

³⁴ *Becker*, BWNotZ 2015, 18.

³⁵ A. A. *Buchholz*, NJW 1993, 1161.

Ein erheblicher Interessensgegensatz kann erkannt werden, wenn die Eltern das Wohl des minderjährigen nicht verfahrensfähigen Kindes nicht mehr mit der nötigen Objektivität und Konsequenz verfolgen.⁴⁰ Die Beurteilung obliegt allein der tatrichterlichen Feststellung durch das Familiengericht und erfolgt in einem zweistufigen Verfahren. Zunächst ist festzustellen, ob die Interessen der Eltern oder anderer von ihnen vertretener Personen nur gegen bzw. auf Kosten der Interessen des Minderjährigen durchgesetzt werden können. Im zweiten Schritt ist die persönliche Objektivität und Unbeeinflussbarkeit des gesetzlichen Vertreters zu beurteilen. Es muss sich eine konkrete Gefahr oder Gefährdung für das Wohl des Minderjährigen ergeben.⁴¹

Auf den Sachverhalt der Erbausschlagung angewandt bedeutet dies beispielhaft, dass die Eltern eine Erbschaft für den nicht verfahrensfähigen Minderjährigen ausschlagen, um selbst Erbe zu werden. Unabhängig davon, dass diese Vorgehensweise regelmäßig nicht genehmigungsfähig ist, wäre hier durch das Familiengericht ein Ergänzungspfleger im Genehmigungsverfahren zu bestellen. Ein weiteres Beispiel wäre die offenkundige Interessenskollision bei der Nachlasslenkung in Form der Ausschlagung für einige, indes nicht alle Abkömmlinge.⁴²

Für den Notar ändert sich durch die Entscheidung des BGH zunächst nichts. In den Fällen eines genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfts hat der Notar die Rechtskraft der familiengerichtlichen Genehmigung abzuwarten. Mit der Rechtskraft wird das zugrundeliegende Rechtsgeschäft wirksam. Insoweit kann sich der Notar auf den Rechtskraftvermerk der Genehmigung verlassen und ist seinerseits nicht gehalten, Recherchen über das Verfahren zum Erlass einer ordnungsgemäßen Genehmigung anzustellen.⁴³ Ebenfalls nicht von Interesse für den Notar ist die Frage, ob ein Ergänzungspfleger oder ein Verfahrensbeistand zu bestellen ist. Hierbei kann er die Bestellung einer nach Ansicht des Gerichts geeigneten Vertretungsperson anregen.

Im Falle der Beglaubigung einer Erbausschlagung durch den Notar, hat dieser auf eventuell notwendige familiengerichtliche Genehmigungen hinzuweisen. Ggf. hat er einen Antrag auf Erteilung der familiengerichtlichen Genehmigung aufzunehmen. Zu beachten ist, dass es teilweise nicht eindeutig erkennbar ist, ob eine familiengerichtliche Genehmigung für Eltern erforderlich ist. Dies betrifft insbesondere Fälle der Nachlasslenkung oder Fälle der Ausschlagung gegen Abfindung.⁴⁴ Das Verfahren vor dem Familiengericht tangiert den Notar in seiner Amtsführung nicht.

V. Fazit

Mit seiner Entscheidung schafft der BGH für den Fall der Erbausschlagung einen Zustand, der geeignet ist, die gericht-

liche Genehmigung rechtskräftig und unanfechtbar werden zu lassen, obwohl der betroffene verfahrensunfähige Minderjährige im Verfahren selbst und auch nicht vermittelt durch einen „neutralen“ Vertreter gehört wurde. Dem Minderjährigen sind damit die Beschwerdemöglichkeiten gegen die Entscheidung des Familiengerichts verwehrt. Dies betrifft die Konstellation, in denen das Familiengericht nicht ausnahmsweise zu dem Ergebnis gekommen ist, dass ein erheblicher Interessenswiderstreit zwischen dem Minderjährigen und seinem gesetzlichen Vertreter vorliegt, welcher die Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1796 BGB rechtfertigen würde.

Ein solches Ergebnis gebietet es, ausführlich begründet und in genauer Auseinandersetzung mit den bestehenden Sachargumenten diskutiert und abgewogen zu werden. Dies hat der BGH mit seiner recht kurzen Entscheidung verabsäumt. Er lässt eine detaillierte Auseinandersetzung mit der Entscheidung des BVerfG ebenso vermissen, wie mit den Argumenten zugunsten eines verfahrensrechtlichen Vertretungsausschlusses über § 41 Abs. 3 FamFG.

Im Ergebnis kann dem BGH dennoch zugestimmt werden. Das BVerfG hat für den Fall der aktiven Vertragsgestaltung durch den gesetzlichen Vertreter eine Entscheidung getroffen, die ohne gesetzliche Grundlage nicht über den Fall hinaus auch auf einseitige, amtsempfangsbedürftige Willenserklärungen, ohne aktiven Gestaltungsspielraum des gesetzlichen Vertreters erweitert werden kann. Rechtsdogmatisch richtig hat der BGH erkannt, dass das Vertretungsrecht des Vormunds bzw. der Eltern als gesetzlicher Vertreter nicht ohne gesetzliche Grundlage allgemein für alle Fälle der Genehmigung der Erbausschlagung entzogen werden kann. Die hierfür herangezogene verfahrensrechtliche Argumentation über § 41 Abs. 3 FamFG vermag unabhängig vom auf Erbausschlagungen nicht zutreffenden Wortlaut auch nicht analog zu überzeugen. Sollte § 41 Abs. 3 FamFG das Vertretungsrecht des gesetzlichen Vertreters einschränken, besteht ein offensichtlicher Gegensatz zu den materiellrechtlichen Bestimmungen in den §§ 1793 ff. BGB. Dieser Gegensatz könnte unter Umständen im Wege des Richterrechts vom BGH gemindert, aber nicht aufgelöst werden. Der BGH hat sich entschieden, dem materiellen Recht, in diesem Fall dem BGB, den Vorzug zu gewähren. Dies kann kritisiert, muss aber nicht zwingend abgelehnt werden. Ergänzend kann herangezogen werden, dass es den Eltern, bedingt durch ihre grundgesetzlich in Art. 6 Abs. 2 GG geschützte Verbundenheit zum Kind möglich sein muss, für das Kind rechtliches Gehör zu vermitteln.⁴⁵ Ein generell-abstrakter Vertretungsausschluss scheidet daher aus.

Innerhalb des FamFG bestehen gesetzgeberische Ungenauigkeiten, wie auch die Diskussion zum Einsatz des Verfahrensbeistands zeigt. Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber die Gelegenheit nutzen würde, um klarzustellen, ob er mit § 41 Abs. 3 FamFG ausdrücklich auch die Erbausschlagung erfassen und ggf. einen Vertretungsausschluss in Anlehnung an die Entscheidung des BVerfG gewollt hat. Solange dies nicht geschieht, wird das Familiengericht vom Instrument des Verfahrensergänzungspflegers für die Genehmigungsentscheidungen von Erbausschlagungen Abstand nehmen.

⁴⁰ NK-BGB/*Fritsche*, § 1796 Rdnr. 2; MünchKommBGB/*Wagenitz*, § 1796 Rdnr. 5.

⁴¹ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.3.2003, 16 UF 25/03, FamRZ 2004, 51.

⁴² MünchKommBGB/*Huber*, § 1643 Rdnr. 25; *Staudinger/Otte*, § 1945 Rdnr. 10; *Palandt/Diederichsen*, § 1643 Rdnr. 1; DNotI-Report 2005, 115; *Ivo*, ZEV 2002, 309; *Egler*, FamRZ 1972, 7.

⁴³ *Kölmel*, MittBayNot 2012, 108, 111.

⁴⁴ Vgl. zu den Einzelheiten *Mensch*, BWNNotZ 2013, 144.

⁴⁵ So vor allem *Becker*, BWNNotZ 2015, 18, 19.

Verwahrung zugunsten Dritter

– Möglichkeiten und Grenzen der notariellen Verwahrung in Bezug auf am Verwahrungsverhältnis nicht beteiligte Dritte – zugleich ein Beitrag zur näheren Bestimmung der Reichweite notarieller Amtspflichten im Bereich der Verwahrung –

Von Notarassessor Dr. *Benedikt Schreindorfer*, München

Die notarielle Verwahrung bildet einen wichtigen Bereich der notariellen Tätigkeit. Verhältnismäßig unerforscht ist bisher die Frage, inwieweit auch Dritte, also nicht direkt am Verwahrungsverhältnis beteiligte Personen in dieses einbezogen werden können.

I. Einführung

Aktualität erlangt diese Fragestellung durch einen Beschluss des OLG Karlsruhe¹ im Rahmen einer Stiefkindadoption, wonach das Recht des durch eine anonyme Samenspende gezeugten Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung dadurch gewährleistet zu werden vermag, dass beim Notar ein verschlossener Umschlag mit Angaben zur Klinik und zum behandelnden Arzt hinterlegt wird, den das Kind ab einem bestimmten Alter herausverlangen und so seinen biologischen Vater ermitteln kann.² Ist eine solche unwiderrufliche Verwahrung zugunsten Dritter nach geltendem Recht möglich oder können die Verwahrungsbeteiligten – wie in der Praxis zum Teil befürchtet wird – dies nachträglich durch einen Widerruf der Verwahrungsanweisung zunichtemachen? Aber auch unabhängig von diesem aktuellen Fall lassen sich zahlreiche Beispiele nennen, in welchen die notarielle Verwahrung auch und/oder gerade dazu dienen soll, am eigentlichen Vertragsverhältnis nicht unmittelbar beteiligte Personen in dessen Abwicklung miteinzubeziehen oder deren insoweit bestehende Rechte zu berücksichtigen, zum Beispiel bei der Ablösung von Grundpfandrechtsgläubigern, der Bezahlung der Maklerprovision aus einem hinterlegten Kaufpreis, der Rückzahlung von Geldern eines Finanzierungsgläubigers im Rahmen der Rückabwicklung eines Kaufvertrages sowie schließlich bei der urheberrechtlichen Prioritätsverhandlung oder der Quellcodehinterlegung. Während sich die Diskussion bisher im Wesentlichen um die Reichweite des mehr oder minder reflexartigen Schutzes am Verwahrungsverhältnis unbeteiligter Dritter drehte, ist Ziel dieses Aufsatzes insbesondere herauszuarbeiten, inwieweit das Rechtsinstitut der notariellen Verwahrung aktiv dazu genutzt werden kann, Dritte zu privilegieren. Dies bietet gleichzeitig Anlass, die bisherigen Grundsätze zur Reichweite der notariellen Amtspflichten gegenüber Dritten, sowohl allgemein als auch speziell auf den Bereich der Verwahrung bezogen, zu überprüfen und zu präzisieren.

Im Folgenden soll die Rechtslage zunächst für den – gesetzlich im Rahmen des §§ 54a ff. BeurkG geregelten – Bereich der Verwahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten untersucht werden (II), bevor anknüpfend hieran auf die nicht näher geregelte Verwahrung sonstiger Gegenstände eingegangen wird (III). In Bezug auf das eingangs zitierte Urteil

wird zu klären sein, ob eine solche Verwahrungsvereinbarung tatsächlich die Rechte des Kindes hinreichend wahren kann. Nach der Zusammenfassung (IV) folgen schließlich noch einige praktische Hinweise (V) sowie ein Formulierungsmuster (VI).

II. Verwahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten

1. Gesetzliche Regelungen

Die Zuständigkeit der Notare zur Verwahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten folgt nach herrschender Meinung stets aus § 23 BNotO.³ Verfahrensvorschriften für die Durchführung der Verwahrung finden sich in den §§ 54a ff. BeurkG. Diese waren zuvor lediglich durch Verwaltungsvorschriften (§§ 11-13 DONot a. F.) geregelt, wurden aber 1998⁴ in das BeurkG überführt. Die DONot enthält seither nur noch Regelungen über die „bürotechnische“ Abwicklung der Verwahrung.⁵

2. Rechtsbeziehungen im Rahmen der Verwahrung

Bei der notariellen Verwahrung ist zwischen der hoheitlichen Verwahrungstätigkeit des Notars und dessen Beziehung zu den Beteiligten einerseits sowie dem Verhältnis der Verwahrungsbeteiligten untereinander andererseits zu unterscheiden.⁶ Ersteres unterliegt dem öffentlichen Recht, also insbesondere den §§ 54a ff. BeurkG, und wird durch die öffentlich-rechtliche Verwahrungsanweisung näher ausgestaltet.⁷ Der

³ Vgl. *Franken*, RNotZ 2010, 597, 598; *Hertel* in *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 1541 f.; *Hertel* in *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 23 BNotO Rdnr. 6, 8. Hingegen differenziert *Reithmann* in *Schippel/Bracker*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 23 Rdnr. 1, 5: § 23 BNotO betreffe die Verwahrung „zur Aufbewahrung oder zur Ablieferung an Dritte“, also die sog. „isolierte Verwahrung“, während die treuhänderische Verwahrung und nachfolgende Auszahlung von Geldern zur Durchführung eines notariellen Vertrages, insbesondere von Grundstückskaufverträgen, dem Bereich der sonstigen Betreuung der Beteiligten im Rahmen der vorsorgenden Rechtspflege unterfalle, für die der Notar nach § 24 BNotO zuständig ist. Für die hier interessierenden Fragen bedarf diese Einordnungsfrage keiner abschließenden Klärung, da auch nach der a. A. die §§ 54a ff. BeurkG für beide Fallgruppen gelten, siehe *Reithmann* in *Schippel/Bracker*, BNotO, § 23 Rdnr. 4, 9.

⁴ Drittes Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze vom 31.8.1998 (BGBl I, S. 2585).

⁵ Vgl. *Hertel* in *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1536.

⁶ OLG Hamm, Beschluss vom 18.11.1999, 15 W 309/99, DNotZ 2000, 379, 381; *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, Vor § 54a Rdnr. 7.

⁷ Zur Geltung der §§ 54a ff. BeurkG nur für das hoheitliche Verwahrungsverfahren *Winkler*, BeurkG, Vor § 54a Rdnr. 6.

¹ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7.2.2014, 16 U 274/13, FamRZ 2014, 674.

² Zur Auskunftspflicht des Arztes gegenüber dem Kind OLG Hamm, Urteil vom 6.2.2013, I-14 U 7/12, NJW 2013, 1167. Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auch auf ein aktuelles Urteil des BGH vom 28.1.2015, XII ZR 201/13, NJW 2015, 1098, wonach der Anspruch des durch eine künstliche heterologe Insemination gezeugten Kindes auf Auskunft über die Identität des anonymen Samenspenders nicht an ein bestimmtes Mindestalter gebunden ist.

Notar ist hier ausschließlich hoheitlich tätig.⁸ Nur Letzteres wird durch die zivilrechtlichen Abreden der Beteiligten – insbesondere die sog. Verwahrungsvereinbarung – bestimmt.⁹ Dritte kommen in dieser Systematik zunächst nicht vor.

3. Vereinbarungen zugunsten Dritter

Die gesetzlichen Vorschriften über die notarielle Verwahrung betreffen hauptsächlich das Verhältnis der Verwahrungsbeteiligten zum Notar. Anknüpfungspunkte für die Einbeziehung Dritter, also am Verwahrungsgeschäft nicht unmittelbar beteiligter Personen, finden sich nur an einzelnen Stellen. Diese sollen im Folgenden daraufhin untersucht werden, inwieweit sie dazu dienen können, im Falle expliziter oder impliziter Vereinbarungen zugunsten Dritter diesen Rechte im Rahmen des Verwahrungsverfahrens zuzuwenden.

a) § 54a Abs. 6 BeurkG

§ 54a Abs. 6 BeurkG ordnet an, dass die Absätze 3 bis 5, in welchen insbesondere bestimmte formale Anforderungen an die Verwahrungsanweisung aufgestellt werden, auch für Treuhandaufträge gelten, die dem Notar im Zusammenhang mit dem Vollzug des der Verwahrung zugrundeliegenden Geschäfts von Personen erteilt werden, die an diesem nicht beteiligt sind – zum Beispiel von abzulösenden Gläubigern und Finanzierungsgläubigern. Nach herrschender Meinung wird der Dritte hierdurch zwar nicht Partei des der Verwahrung zugrundeliegenden Geschäfts, aber Beteiligter des (öffentlich-rechtlichen) Verwahrungsverfahrens.¹⁰ Aus § 54a Abs. 6 BeurkG ergibt sich somit zwar, dass auch Dritte Treuhandaufträge in Bezug auf Gelder erteilen können, an deren Verwahrung sie zunächst nicht beteiligt waren, also aktiv auf ein durch andere Personen begründetes Verwahrungsverhältnis einwirken können. Die Vorschrift besagt aber nichts über den hier interessierenden Schutz „passiver“ Dritter.

b) § 54c Abs. 1 BeurkG

Verwertbarer für die hiesige Problematik erscheint die Regelung des § 54c Abs. 1 BeurkG, die besagt, dass der schriftliche Widerruf einer (einseitigen) Verwahrungsanweisung für den Notar grundsätzlich beachtlich ist, soweit er dadurch Dritten gegenüber bestehende Amtspflichten nicht verletzt. Die Norm stellt mithin ausdrücklich klar, dass die Interessen Dritter im Rahmen eines Verwahrungsverhältnisses beachtlich sein können.

⁸ BGH, Urteil vom 3.6.1993, IX ZR 119/92, NJW 1993, 2317; BGH, Beschluss vom 28.7.2005, III ZR 416/04, DNotZ 2006, 56; *Reithmann in Schippel/Bracker*, BNotO, § 23 Rdnr. 3, 6.

⁹ Näher zum Ganzen *Winkler*, BeurkG, Vor § 54a Rdnr. 6 f.; *Weingärtner*, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, 2. Aufl. 2004, Rdnr. 25 ff.; *Bräu*, Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rdnr. 87 ff.; *Hertel in Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, § 23 BNotO Rdnr. 11.

¹⁰ KG, Beschluss vom 14.10.1997, 1 W 5741/97, MittRhNotK 1998, 99; *Reithmann in Schippel/Bracker*, BNotO, § 24 Rdnr. 39 f.; *ders.*, DNotZ 2002, 247 ff.; *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, 1995, S. 111; tendenziell auch BGH, Urteil vom 25.10.2001, IX ZR 427/98, DNotZ 2002, 269, 270 ff.; a. A. *Hertel*, MittBayNot 2002, 181, 182; wohl auch *Weingärtner*, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, Rdnr. 191a f. Richtigerweise ist davon auszugehen, dass der Dritte durch den eigenen Treuhandauftrag Teil des Verwahrungsverhältnisses wird, da es als künstliche Aufspaltung erschiene, die Beziehung der Beteiligten zum Notar vollständig getrennt voneinander zu betrachten, obwohl eine einheitliche Verwahrungsmasse existiert, an der sämtliche Beteiligten bestimmte – wenn auch nicht zwingend gleichgerichtete – Interessen haben. Gleichzeitig ist es jedoch möglich, dass im Rahmen dieses einheitlichen Verwahrungsverhältnisses einzelne Beteiligte einseitige Treuhandaufträge an den Notar erteilen.

Die Auslegung dieser Vorschrift, insbesondere hinsichtlich der Frage, wann genau die Interessen Dritter zur Unbeachtlichkeit der Widerrufsanweisung führen, ist in entscheidenden Punkten nach wie vor nicht hinreichend geklärt. Der Gesetzgeber hat die von der Generalklausel umfassten Fallgruppen bewusst nicht selbst näher geregelt, sondern deren Herausarbeitung Rechtsprechung und Literatur überlassen.¹¹

Wo versucht wird, dieser vom Gesetzgeber übertragenen Aufgabe nachzukommen, wird nahezu einhellig – und meist sogar nur – die Formulierung aus dem Regierungsentwurf¹² wiedergegeben, wonach ein Fall des § 54c Abs. 1 BeurkG gegeben sei, wenn Sicherungsinteressen anderer bestehen, deren Beachtung sich zu einer Amtspflicht des Notars verdichtet hat.¹³ Diese tautologisch anmutende Formel hilft allerdings für die Anwendung des § 54c Abs. 1 BeurkG nicht viel weiter, da sie die entscheidende Frage, wann den Notar eine Amtspflicht im Sinne dieser Vorschrift trifft, nicht beantwortet.¹⁴ In der Literatur werden demgemäß bisher auch nur einzelne Beispiele genannt, in welchen eine Amtspflichtverletzung im Sinne des § 54c Abs. 1 BeurkG in Betracht kommen kann, ohne jedoch dogmatisch zu begründen, worin jeweils die Amtspflichtverletzung bestehen soll.¹⁵ Aus dieser fallgruppenartigen Betrachtung wird sodann teilweise ein „Mindesttatbestand“ abgeleitet, wonach ein Widerruf nach § 54c Abs. 1 BeurkG unbeachtlich sein soll, wenn erstens die Einzahlung zur Verwahrung bei einem Dritten einen berechtigten Vertrauensstatbestand in die Durchführung des Verwahrungsgeschäftes geschaffen hat, zweitens der Dritte nach der Einzahlung im Vertrauen auf die Durchführung des notariellen Verwahrungsgeschäftes Dispositionen getroffen hat und drittens dem Dritten durch die Rückgängigmachung der Verwahrung ein Schaden entstünde.¹⁶ So sehr sich ein solcher „Mindesttatbestand“ unter Umständen für die praktische Rechtsanwendung eignen würde, so wenig ist er doch im Wortlaut des § 54c Abs. 1 BeurkG angelegt, weswegen allein hierdurch das Bestehen einer drittschützenden Amtspflicht nicht begründet werden kann. Eine solche muss sich folglich aus allgemeinen Erwägungen herleiten lassen.

Bei der Interpretation der Vorschrift empfiehlt es sich zwischen den unterschiedlichen Voraussetzungen des § 54c Abs. 1 Hs. 2 BeurkG zu unterscheiden, nämlich erstens der Person des „Dritten“, zweitens der abstrakten Möglichkeit des Bestehens einer „Amtspflicht“ diesem gegenüber und drittens der Frage, ob diese Amtspflicht durch die Befolgung der Widerrufsanweisung „verletzt“ würde, weil sich die Amtspflicht im konkreten Fall zu einer Pflicht zur Nichtbeachtung des Widerrufs der Verwahrungsanweisung konkretisiert hat.

¹¹ Regierungsbegründung BT-Drucks. 13/4184, S. 38; KG, Beschluss vom 23.11.2010, 9 W 165/09, RNotZ 2011, 372, 375; *Hertel in Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, § 54c BeurkG Rdnr. 7.

¹² BT-Drucks. 13/4184, S. 38.

¹³ KG, Beschluss vom 23.11.2010, 9 W 165/09, RNotZ 2011, 372, 375; *Winkler*, BeurkG, § 54c Rdnr. 14; *Hertel in Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, § 54c BeurkG Rdnr. 6; *Renner in Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, 6. Aufl. 2013, § 54c Rdnr. 16.

¹⁴ Ähnlich KG, Beschluss vom 23.11.2010, 9 W 165/09, RNotZ 2011, 372, 375.

¹⁵ Vgl. nur die Auflistung bei *Renner in Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, § 54c Rdnr. 17 m. w. N.

¹⁶ KG, Beschluss vom 23.11.2010, 9 W 165/09, RNotZ 2011, 372, 377; ähnlich *Hertel in Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1899; *ders. in Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, § 54c BeurkG Rdnr. 8.

aa) „Dritter“ im Sinne des § 54c Abs. 1 Hs. 2 BeurkG

Dritter im Sinne des § 54c Abs. 1 Hs. 2 BeurkG ist jeder, der nicht Anweisender in Ansehung der im konkreten Fall zu widerrufenden Verwahrungsanweisung ist,¹⁷ kann also auch ein anderer unmittelbar am Verwahrungsverhältnis Beteiligten sein.¹⁸ Während der Wortlaut insoweit nicht eindeutig ist, aber immerhin ohne Weiteres Spielraum lässt für eine dahingehende Auslegung, streitet der Normzweck eindeutig für diese Interpretation. Die Norm will primär den Widerstreit der Interessen des Anweisenden und der sonstigen von der Verwahrung Betroffenen regeln. Hierbei kommt es in erster Linie auf den Unterschied zwischen einseitigen und mehrseitigen Verwahrungsanweisungen (vgl. § 54c Abs. 1 BeurkG im Vergleich zu § 54c Abs. 2 und 3 BeurkG) an, nicht aber auf die Frage, in welcher Art der „Dritte“ im Übrigen mit dem Rechtsgeschäft in Verbindung steht – wenn Letzteres auch bei der nachfolgenden Frage, inwieweit dem Notar dieser Person gegenüber Amtspflichten obliegen können, Bedeutung erlangen wird.

bb) Personelle Reichweite notarieller Amtspflichten

Zweitens ist zu prüfen, ob dem Notar der Person gegenüber, deren Interessen für die Nichtbeachtung des Widerrufs der Verwahrungsanweisung streiten, abstrakt betrachtet überhaupt Amtspflichten obliegen können. Der entsprechende Personenkreis lässt sich nach allgemeiner – nicht verwahrungsspezifischer – Dogmatik in drei Gruppen einteilen: Erstens sind dies ohne Weiteres die unmittelbar Beteiligten, also diejenigen Personen, die an den Notar in eigener Sache herantreten und formal an dem notariellen Rechtsgeschäft beteiligt sind.¹⁹ Diesen gegenüber bestehen grundsätzlich ohne Weiteres die allgemeinen Belehrungs- und Betreuungspflichten insbesondere aus § 17 BeurkG und § 24 BNotO sowie – im Bereich der notariellen Verwahrung – auch § 54a Abs. 3 BeurkG; Gleiches gilt für eine etwaige im Einzelfall anzunehmende, aus der Betreuungspflicht abgeleitete besondere Belehrungspflicht bei offensichtlich drohenden besonderen wirtschaftlichen Gefahren.²⁰ Darüber hinaus sind zweitens auch die sog. mittelbar Beteiligten geschützt, die zwar nicht selbst das Amtsgeschäft veranlassen haben, die aber im eigenen Interesse anlässlich des Geschäfts eines anderen vor, während oder nach der Beurkundung mit dem Notar Verbindung aufgenommen haben.²¹ In Ausnahmefällen können indes drittens nach ständiger Rechtsprechung und allgemeiner Auffassung in der Literatur auch Amtspflichten des Notars gegenüber Dritten bestehen, die nicht mit dem Notar in Kontakt getreten sind.²²

¹⁷ So explizit auch KG, Beschluss vom 23.11.2010, 9 W 165/09, RNotZ 2011, 372, 2. Leitsatz (Dritter „im Sinne einer vom bzw. von den Anweisenden verschiedenen Person“).

¹⁸ So auch im Fall KG, Beschluss vom 23.11.2010, 9 W 165/09, RNotZ 2011, 372 (Käufer bzgl. einer Verwahrungsanweisung des Verkäufers).

¹⁹ *Haug/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, Rdnr. 18 ff.; *Bräu*, Verwahrungstätigkeit des Notars, Rdnr. 123.

²⁰ Vgl. hierzu nur *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 242 m. w. N.

²¹ BGH, Urteil vom 25.2.1969, VI ZR 225/67, DNotZ 1969, 507 (Auskunft gegenüber Kreditgeber bzgl. Belastungen eines Grundstücks); BGH, Urteil vom 7.11.1978, VI ZR 171/77, DNotZ 1979, 311 (Pflicht zur Einreichung einer Hypothekeneintragung gegenüber Hypothekengläubiger); BGH, Beschluss vom 22.10.2009, III ZR 250/08, DNotZ 2010, 710 (Grundschuldläubiger); *Haug/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, Rdnr. 18, 31 ff. m. w. N. aus der Rspr.; *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 14 m. w. N. aus der Rspr.; speziell zur Verwahrung *Bräu*, Verwahrungstätigkeit des Notars, Rdnr. 123.

²² Vgl. die Nachweise in den nachfolgenden Fn.; a. A. – offenbar in Verkenning dieses Umstandes – KG, Beschluss vom 23.11.2010, 9 W 165/09, RNotZ 2011, 372, 374 ff.

Der Umfang dieses Personenkreises ergibt sich – im Gegensatz zu den ersten beiden Fallgruppen – nicht schon ohne Weiteres aus klar identifizierbaren objektiven Kriterien, jedoch kommt es gerade auf diese Dritten im Rahmen der vorliegenden Problematik maßgeblich an. Entgegen der zu weiten „Vertrauenseheorie“ des RG, die hierunter alle Personen einordnete, die im Vertrauen auf die Rechtsgültigkeit der Beurkundung tätig geworden sind,²³ fassen die heutige Rechtsprechung und die herrschende Literatur diese Kategorie zutreffend deutlich enger. Hiernach ist nicht jeder Dritte geschützt, der durch die Amtshandlung beeinträchtigt wird oder dessen Belange berührt werden, „sondern nur derjenige, dessen Interessen nach der besonderen Natur des Amtsgeschäftes gerade durch die statuierte Amtspflicht gegen Beeinträchtigungen geschützt werden sollen“²⁴, wenn also Zweck des Amtsgeschäftes gerade – zumindest auch – der Schutz der Interessen des Dritten ist (sog. „Funktions-“ oder „Zwecktheorie“).²⁵ Zweck eines jeden Amtsgeschäftes ist jedenfalls die Umsetzung und/oder Förderung der Ziele des notariellen Rechtsgeschäftes, so dass Personen, die durch dieses privilegiert werden sollen, nach dem Sinn und Zweck des Amtsgeschäftes auch in den Schutzbereich notarieller Amtspflichten fallen können. Keine Amtspflichten obliegen dem Notar hingegen gegenüber Personen, die nur „zufällig“ oder „nebenbei“ durch das notarielle Rechtsgeschäft betroffen sind.²⁶

Paradebeispiel für einen solchen in den Schutzbereich der notariellen Amtspflichten einbezogenen Dritten ist der in Aussicht genommene, aber aufgrund fehlerhafter Testamenterrichtung leer ausgehende Testamentserbe, gegenüber welchem der Notar daher grundsätzlich haftet.²⁷ Gleiches gilt bei Tatsachenbeurkundungen, Notarbestätigungen, notarielle Bescheinigungen und Vollmachten, die zur Vorlage gegenüber Dritten bestimmt sind.²⁸ Sogar einer GmbH gegenüber sollen bei der Beurkundung und dem Vollzug einer Satzungsänderung durch die Alleingeschäftsführer und -gesellschafter der Gesellschaft nach der Rechtsprechung Amtspflichten obliegen, wenn „ihre Interessen durch das Urkundsgeschäft nach dessen Art und Zweck berührt“ werden, obwohl die GmbH an dem Rechtsgeschäft formal betrachtet weder unmittelbar noch mittelbar beteiligt ist.²⁹

Der drittbezogene Zweck des notariellen Rechtsgeschäftes kann sowohl explizit in diesem verankert sein oder sich auch nur implizit aus dessen Umständen ergeben. Nicht nur, aber gerade in letzterem Fall ist besonders offensichtlich, dass eine

²³ RGZ 78, 241, 245 f.

²⁴ BGH, Urteil vom 28.9.1959, III ZR 92/58, DNotZ 1960, 157; vgl. auch BGH, Urteil vom 2.5.1972, VI ZR 193/70, NJW 1972, 1422, 1426; BGH, Urteil vom 21.1.1988, IX ZR 252/86, NJW-RR 1988, 1206, 1207; BGH, Urteil vom 26.6.1997, IX ZR 163/96, NJW-RR 1998, 133, 134.

²⁵ Vgl. Beck'sches Notar-Handbuch/*Bernhard*, 6. Aufl. 2015, Rdnr. G 136; *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 14 f.; *Haug/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, Rdnr. 18, 41 ff. (s. dort auch zu den vereinzelt vertretenen abw. Meinungen); im Zusammenhang mit der notariellen Verwahrung *Bräu*, Verwahrungstätigkeit des Notars, Rdnr. 123; *Haug*, DNotZ 1982, 475, 476 ff.

²⁶ Vgl. *Haug/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, Rdnr. 17.

²⁷ Vgl. nur BGH, Urteil vom 13.5.1997, IX ZR 123/96, DNotZ 1997, 791, 792 m. w. N.; *Haug/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, Rdnr. 46.

²⁸ BGH, Urteil vom 30.5.1972, VI ZR 11/71, DNotZ 1973, 245 (Ausstellung einer Bescheinigung); OLG Koblenz, DNotZ 1974, 764 (irreführender Beglaubigungsvermerk auf Grundbuchauszug); *Haug/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, Rdnr. 50 ff.

²⁹ BGH, Urteil vom 18.11.1999, IX ZR 402/97, NJW 2000, 664, 666.

Amtspflicht in Ansehung formal unbeteiligter Dritter nur angenommen werden kann, wenn sowohl der drittbezogene Zweck des notariellen Rechtsgeschäfts dem Notar bekannt oder für diesen zumindest unzweideutig aus den Umständen erkennbar als auch die Identität des Dritten dem Notar bekannt oder für diesen zumindest mit vertretbarem Aufwand ermittelbar ist, da der Notar andernfalls etwaigen Beratungs-, Belehrungs- und Betreuungspflichten gar nicht nachkommen könnte – *impossibilium nulla est obligatio*.

Somit lässt sich als Zwischenergebnis insoweit festhalten, dass dem Notar sowohl unmittelbar als auch mittelbar Beteiligten als auch – unter bestimmten Voraussetzungen – formal unbeteiligten Personen gegenüber Amtspflichten obliegen können, Letzteren gegenüber allerdings nur unter besonderen Voraussetzungen.

cc) Amtspflichten gegenüber Dritten im Bereich der notariellen Verwahrung – Amtspflicht zur Nichtbeachtung eines Widerrufs der Verwahrungsanweisung

Aufbauend auf diese allgemeinen Grundsätze kann nunmehr ermittelt werden, inwieweit den Notar auch im hier interessierenden Bereich der notariellen Verwahrung Amtspflichten gegenüber Dritten obliegen können und insbesondere, wann eine Amtspflicht zur Nichtbeachtung des Widerrufs einer Verwahrungsanweisung besteht. Die folgenden Ausführungen beanspruchen nicht nur für die Gruppe der weder unmittelbar noch mittelbar Beteiligten Geltung, sondern auch soweit es um den Schutz der am Verwahrungsverhältnis Beteiligten als „Dritte“ im Sinne des § 54c Abs. 1 BeurkG geht, also derjenigen Beteiligten, die nicht Anweisender der zu widerrufenden Verwahrungsanweisung sind. Die zu den nicht beteiligten Dritten entwickelten Grundsätze eignen sich auch insoweit zur Bestimmung der Reichweite der notariellen Amtspflichten im Rahmen des § 54c Abs. 1 BeurkG, da die jeweilige Interessenlage vergleichbar ist – nämlich das tatsächliche Betroffensein von einem durch einen anderen initiierten und gesteuerten Rechtsgeschäft, ohne selbst unmittelbar steuernd auf dieses einwirken zu können. Die Einordnung als unmittelbar, mittelbar oder nicht Beteiligter verliert allerdings ihre Bedeutung nicht, sie wird vielmehr an anderer Stelle noch wichtig werden.

Dass es Fälle im Bereich der notariellen Verwahrung geben kann, bei denen der Notar Interessen Dritter zu berücksichtigen hat, ist gleichsam in der Natur der notariellen Verwahrung begründet: Deren Zweck ist es in vielen Fällen gerade, Dritte im Vertrauen auf die „Sicherheit“ der Verwahrungsmasse durch den Notar als zwischengeschaltete neutrale Amtsperson zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. Dann müssen diese aber auch darauf vertrauen können, dass der Notar ihre durch das Verwahrungsverhältnis berührten Interessen berücksichtigt. Damit liegt es auf der Hand, dass notarielle Amtspflichten auch im Bereich der notariellen Verwahrung nicht nur gegenüber den unmittelbar Verwahrungsbeteiligten, sondern auch gegenüber mittelbar Beteiligten und sogar am Verwahrungsverhältnis formal unbeteiligten Personen gegenüber bestehen können, wenn Zweck des Amtsgeschäfts im konkreten Fall gerade – zumindest auch – der Schutz der Interessen des Dritten ist. Zweck eines jeden Verwahrungsverfahrens ist zuvorderst die Sicherung der Interessen der von dem Verwahrungsgeschäft betroffenen Personen³⁰ – dies ergibt sich schon daraus, dass die wichtigste materielle Voraussetzung für die Zulässigkeit der Verwahrung von Geld nach

³⁰ Vgl. zu den Zwecken der notariellen Verwahrung zum Beispiel *Bräu*, Verwahrungstätigkeit des Notars, Rdnr. 21 f.

§ 54a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG das Bestehen eines „berechtigten Sicherungsinteresses“ der Beteiligten ist.

Das Bestehen von Sicherungsinteressen des Dritten allein kann hingegen ohne Hinzutreten weiterer Umstände keine weitergehenden Amtspflichten des Notars begründen,³¹ da der Ausweitung ansonsten kaum Grenzen gesetzt wären. Vielmehr kommt es nach der Funktions-/Zwecktheorie primär auf den von den Beteiligten mit dem konkreten Geschäft verfolgten Zweck an und darf außerdem wie bereits erörtert auch die Erkennbarkeit der Drittinteressen und der Person des Dritten nicht unbeachtet bleiben. Somit kommt es für die Frage des Bestehens einer Amtspflicht im Rahmen des Verwahrungsverfahrens entscheidend darauf an, ob das Verwahrungsgeschäft im konkreten Fall für den Notar erkennbar auch und gerade der Sicherung der Interessen des Dritten dienen oder dessen Einbeziehung lediglich die Abwicklung im Interesse der Verwahrungsbeteiligten bzw. des Anweisenden vereinfachen soll.³² Mit anderen Worten: Ist der Dritte nach dem Sinn und Zweck des konkreten Verwahrungsverfahrens explizit (im Folgenden als „Verwahrung zugunsten Dritter“ bezeichnet) oder implizit („Verwahrung mit Schutzwirkung für Dritte“) in den Schutzbereich des Verwahrungsverhältnisses mit einbezogen, weil er – für den Notar erkennbar – ein entsprechendes dem Inhalt der Verwahrungsanweisung schützenswertes Interesse an der Verwahrungsmasse/dem verwahrten Gegenstand hat?

Bei der Ermittlung der hierfür relevanten Umstände darf der Blick indes nicht isoliert auf den Wortlaut der Verwahrungsanweisung beschränkt bleiben. Vielmehr sind auch die weiteren Umstände – insbesondere die Verwahrungsvereinbarung – zu berücksichtigen, soweit diese für den Notar erkennbar sind.

Eine starke indizielle Rolle für die Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Verwahrungsverhältnisses spielt ferner die Nähe des Dritten zu dem Verwahrungsgeschäft: Während man bei unmittelbar am konkreten Verwahrungsgeschäft Beteiligten (die aber nicht Anweisende der zu widerrufenden Anweisung und damit im Rahmen des § 54c Abs. 1 BeurkG Dritte sind) meist davon ausgehen können wird, dass deren Sicherung zumindest auch mitbezweckt ist, bedarf es bei lediglich mittelbar und erst recht bei formal am Verwahrungsverhältnis unbeteiligten Dritten eines höheren Begründungsaufwandes.

Hingegen erscheint es – entgegen der wohl herrschenden Meinung, die einen entsprechenden „Mindesttatbestand“ konstruiert hat³³ – nicht zwingend erforderlich, dass der Dritte nach der Einzahlung im Vertrauen auf die Durchführung des notariellen Verwahrungsgeschäftes bereits Dispositionen getroffen hat. Dies kann selbstverständlich das Sicherheitsbedürfnis des Dritten erhöhen und im Einzelfall auch entscheidend sein, es ist jedoch – wie anhand konkreter Fälle noch zu zeigen sein wird – durchaus auch denkbar, dass Interessen Dritte auch ohne entsprechende Dispositionen für den Notar erkennbar schutzbedürftig sind.

Bejaht man im konkreten Fall die Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Verwahrungsgeschäfts – also das Bestehen einer entsprechenden Amtspflicht – und würde die

³¹ So explizit auch KG, Beschluss vom 23.11.2010, 9 W 165/09, RNotZ 2011, 372, 375.

³² Ähnlich OLG Schleswig, Urteil vom 20.6.2014, 11 U 73/12, NJOZ 2014, 666: Widerruf unbeachtlich, „wenn der Dritte [...] nach dem Sinn und Zweck des Verwahrungsgeschäfts für den Notar erkennbar sicherungsbedürftig ist“.

³³ KG, Beschluss vom 23.11.2010, 9 W 165/09, RNotZ 2011, 372, 377; ähnlich *Hertel* in *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1899; *ders.* in *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, § 54c BeurkG Rdnr. 8.

Beachtung des Widerrufs der Verwahrungsanweisung dessen Interessen beeinträchtigen, wird man im Regelfall – als Ausformung der allgemeinen notariellen Betreuungspflicht – von einer Amtspflicht des Notars zur Nichtbeachtung des Widerrufs ausgehen können. Ist die strenge Rechtsfolge des § 54c Abs. 1 Hs. 2 BeurkG im Einzelfall nicht erforderlich, um die Interessen des Dritten zu wahren, kommen in teleologischer Reduktion der Norm auch weniger einschneidende Rechtsfolgen in Betracht wie zum Beispiel die bloße Information über den Widerruf, wenn der Dritte daraufhin selbst in der Lage ist, seine Interessen zu wahren, oder die Beachtung des Widerrufs nur gegen eine Zug-um-Zug zu erbringende Gegenleistung des Widerrufenden.³⁴

c) § 54c Abs. 4 BeurkG

Während die Absätze 2 und 3 des § 54c BeurkG für die hiesige Problematik wenig fruchtbar sind – nach § 54c Abs. 2 BeurkG ist bei einer mehrseitigen Verwahrungsanweisung ein Widerruf nur beachtlich, wenn er durch alle Anweisenden erfolgt; § 54c Abs. 3 BeurkG enthält Regelungen darüber, wann abweichend hiervon der einseitige Widerruf einer mehrseitigen Verwahrungsanweisung ausnahmsweise beachtlich ist –, könnte wiederum Abs. 4 der Norm nutzbar gemacht werden, um Dritten Rechte im Rahmen des Verwahrungsverhältnisses zuzuwenden.

§ 54c Abs. 4 BeurkG bestimmt, dass die Verwahrungsanweisung von den Absätzen 2 und 3 abweichende oder ergänzende Regelungen enthalten kann. Diese Regelung lässt ihrem Wortlaut nach Spielraum für die Einbeziehung der Interessen dritter Personen in das Verwahrungsverhältnis, also zum Beispiel für eine Regelung dahingehend, dass die Wirksamkeit eines Widerrufs oder einer Änderung der Verwahrungsanweisung von der Zustimmung eines Dritten abhängig sein soll.

Allerdings könnte man argumentieren, dass eine solche abweichende Vereinbarung zugunsten eines Dritten, und zwar sowohl in der privatrechtlichen Verwahrungsvereinbarung als auch in der öffentlich-rechtlichen Verwahrungsanweisung, jederzeit wieder durch die Verwahrungsbeteiligten als „Herren“ des Verwaltungsverfahrens – auch zuungunsten des Dritten – geändert werden könnte und der Notar dann (nur) an diese neue Verwahrungsanweisung gebunden wäre. Hiermit würden allerdings die Reichweite der durch § 54c Abs. 4 BeurkG gewährten Parteiautonomie und zudem dessen Zusammenspiel mit § 54c Abs. 1 BeurkG verkannt.

§ 54c Abs. 4 BeurkG will die Beteiligten in die Lage versetzen, von den strikten Vorgaben der Absätze 2 und 3 des § 54c BeurkG zur Widerruflichkeit mehrseitiger Verwahrungsanweisungen abweichende Regelungen zu vereinbaren, die ihrer Interessenlage besser gerecht werden.³⁵ Da die Regelungen zum Verwaltungsverfahren grundsätzlich dispositiver Natur sind, lässt die Norm indes über ihren zu eng formulierten Wortlaut hinaus nicht nur Abweichungen von den Vorschriften zur Beachtlichkeit des Widerrufs zu, sondern insgesamt von den das Verwaltungsverfahren ordnenden Vorschriften.³⁶

Dass die Einbeziehung von Drittinteressen in ein Verwaltungsverhältnis nicht grundsätzlich unzulässig ist, zeigt sich schon an § 54a Abs. 6 und § 54c Abs. 1 BeurkG. Wenngleich auf das Verwaltungsverhältnis als öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis privatrechtliche Vorschriften keine unmittelbare Anwendung finden, spricht angesichts der gerade auch durch § 54c Abs. 4 BeurkG gewährten Parteiautonomie vieles

dafür, dass die Beteiligten das Verwaltungsverhältnis entsprechend des zivilrechtlichen Instituts des Vertrags zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB) ausgestalten können. Materiell-rechtlich ließe sich eine Vereinbarung, wonach einem Dritten ein Anspruch auf Auszahlung oder Herausgabe zustehen soll, unproblematisch konstruieren. Aus § 328 Abs. 2 BGB ersichtlich kann eine solche Vereinbarung auch so ausgestaltet werden, dass es den Vertragsschließenden verwehrt ist, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern. Angesichts der dienenden Funktion des Verfahrensrechts wäre es widersprüchlich, wenn eine materiell-rechtliche Regelung nicht auch verfahrensrechtlich abgebildet werden könnte. Schließlich entspricht es gerade der Funktion des Notars als unabhängigen Amtsträger, der zwar grundsätzlich nur auf Ersuchen der Beteiligten tätig wird, dann aber das von ihm zu beachtende Verfahren größtenteils an den einschlägigen – meist zwingenden – öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausrichten muss, bei der Beurkundung, insbesondere aber auch dem Vollzug von Rechtsgeschäften die Belange anderer Beteiligter und/oder übergeordnete Interessen zu beachten, auch wenn dies im Einzelfall mit dem Willen eines Beteiligten kollidiert.

Die für das Verwaltungsverfahren zentrale Verwaltungsanweisung ist keine Vereinbarung zwischen den Parteien, sondern begründet eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung zum Notar bzw. gestaltet eine solche näher aus. Ist ein solches öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis einmal entstanden, können die Beteiligten hierdurch entstandene hoheitliche Pflichten des Notars nicht mehr einseitig eliminieren, soweit diese nicht nur ihrem eigenen Schutz dienen. Die Anweisenden dürfen daher die Verwaltungsanweisung insoweit nicht mehr widerrufen als der Notar hierdurch die Beachtung von Drittinteressen übertragen bekommen hat.

§ 54c Abs. 4 BeurkG kommt vor diesem Hintergrund eine doppelte Bedeutung zu: Die Norm stellt erstens klar, dass eine parteiautonom begründete Bindung – beispielsweise ein unwiderruflicher Vertrag zugunsten Dritter – nicht nur materiell-rechtlich möglich ist, sondern auch ins Verfahrensrecht transformiert werden kann. Zweitens bindet sie auch den Notar an die entsprechende Verwaltungsregelung, da ihm hierdurch eine Amtspflicht zum Schutz der nach dem Willen der Beteiligten in den Schutzbereich des Verwaltungsverhältnisses einbezogenen Personen erwächst³⁷ und dies einen Widerruf der Verwaltungsanweisung auch aus seiner Perspektive nach § 54c Abs. 1 BeurkG unbeachtlich macht (siehe oben II. 3. b) cc)).

d) § 54d BeurkG

Fruchtbar machen lässt sich für die hiesigen Fragestellungen schließlich auch § 54d BeurkG, nach dessen Nr. 1 der Notar von der Auszahlung abzusehen hat, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er bei Befolgung der unwiderruflichen Weisung an der Erreichung unerlaubter oder unredlicher Zwecke mitwirken würde. Die Norm ist eine verwaltungsrechtliche Konkretisierung des sich aus § 14 Abs. 2 BNotO ergebenden allgemeinen Mitwirkungsverbots, welches verhindern soll, dass die Amtstätigkeit des Notars für unerlaubte oder unredliche Zwecke missbraucht wird.³⁸

Zwar handelt es sich hierbei um eine Regelung für absolute Ausnahmefälle; ein solcher könnte jedoch durchaus angenommen werden, wenn die Einschaltung des Notars als neu-

³⁴ Zu Letzterem LG Schwerin, Beschluss vom 3.4.2001, 4 T 36/00, NotBZ 2001, 231, 232; *Winkler*, BeurkG, § 54c Rdnr. 66 m. w. N.

³⁵ Vgl. BT-Drucks. 13/4184, S. 39; *Winkler*, BeurkG, § 54c Rdnr. 52.

³⁶ *Grziwotz* in *Grziwotz/Heinemann*, BeurkG, 2012, § 54c Rdnr. 24.

³⁷ Zum Einbezug Dritter in die notariellen Amtspflichten in Anlehnung an den Vertrag zugunsten Dritter auch BGH, Urteil vom 13.5.1997, IX ZR 123/96, DNotZ 1997, 791, 793.

³⁸ *Winkler*, BeurkG, § 54d Rdnr. 5.

trale Amtsperson im Zuge des Verwahrungsverfahrens gerade zu dem Zweck erfolgt, um Dritte in Ansehung der Verwahrungsmasse „in Sicherheit zu wiegen“, und der aufgrund der ursprünglichen Verwahrungsanweisung dem Dritten eigentlich zustehende Vorteil nach Vornahme der gewünschten Handlung durch einen Widerruf der Verwahrungsanweisung wieder zunichtegemacht wird. Hier wird man – abhängig von den Besonderheiten des konkreten Einzelfalls – oftmals einen entsprechenden vorgefassten unredlichen Gesamtplan vermuten dürfen. Hätte der Notar einen solchen Plan der Beteiligten von vornherein gekannt, hätte er seine Amtstätigkeit wohl nach § 14 Abs. 2 BNotO verweigern müssen; mithin darf er auch an dessen weiterer Verwirklichung nach § 54d Nr. 1 BeurkG nicht sehenden Auges mitwirken.

e) Zusammenfassung – Voraussetzungen und Reichweite des Schutzes Dritter im Rahmen von Verwahrungsverhältnissen

Die Frage des Schutzes Dritter im Rahmen eines notariellen Verwahrungsverhältnisses hängt sowohl von der Reichweite der notariellen Amtspflichten als auch von der Ausgestaltung des Verwahrungsverhältnisses durch die Beteiligten – und damit deren Willen – ab, wobei Ersteres, die Reichweite der notariellen Amtspflichten, in nicht unerheblicher Weise mittelbar auch durch den Inhalt des Rechtsgeschäfts bestimmt wird. Für die Widerruflichkeit der Verwahrungsanweisung kommt es daher darauf an, ob der Dritte nach dem Sinn und Zweck des konkreten Verwahrungsverfahrens explizit („Verwahrung zugunsten Dritter“) oder implizit („Verwahrung mit Schutzwirkung für Dritte“) in den Schutzbereich des Verwahrungsverhältnisses mit einbezogen ist, weil er – für den Notar erkennbar – ein entsprechend dem Inhalt der Verwahrungsanweisung schützenswertes Interesse an der Verwahrungsmasse/dem verwahrten Gegenstand hat, oder dessen Einbeziehung lediglich die Abwicklung im Interesse der Verwahrungsbeteiligten bzw. des Anweisenden vereinfachen soll.

Zwar wird man die Frage der Reichweite der notariellen Amtspflichten gegenüber Dritten – gerade in Grenzfällen – durchaus als noch nicht hinreichend geklärt betrachten können; will man indes ein Verwahrungsverhältnis aktiv dahingehend ausgestalten, dass Dritte geschützt werden, lässt sich dies auch de lege lata ohne Weiteres rechtssicher gestalten. Ist in der jeweiligen Verwahrungsanweisung nämlich ausdrücklich bestimmt, dass Dritte ein Recht an der Verwahrungsmasse oder Teilen daran zustehen soll, was nach § 54c Abs. 4 BeurkG zulässig ist, aktiviert dies die drittschützenden Amtspflichten des Notars und führt daher nach § 54c Abs. 1 BeurkG zur Unbeachtlichkeit eines Widerrufs der Verwahrungsanweisung, soweit hierdurch die zu schützenden Interessen des Dritten negativ berührt wären. Kautelarjuristisch ist es folglich empfehlenswert, in der Verwahrungsanweisung ausdrücklich klarzustellen, ob und welche Rechte dem Dritten zukommen sollen.

Schließlich kommt eine Unbeachtlichkeit des Widerrufs nach § 54d BeurkG in Betracht, wenn die Verwahrung zugunsten Dritter gerade deshalb initiiert worden ist, um den Dritten oder andere Personen im Vertrauen auf den Fortbestand der ursprünglichen Verwahrungsanweisung zu einem bestimmten Verhalten zu motivieren.

4. Einzelfälle aus dem Bereich der notariellen Verwahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten

Unter Berücksichtigung der vorstehend entwickelten Grundsätze können nunmehr die im Bereich der notariellen Verwahrung

insoweit bereits ergangene Rechtsprechung und die darüber hinaus in der Literatur aufgeführten Beispiele unter Berücksichtigung der vorstehend dargestellten Kategorisierungen daraufhin überprüft werden, ob jeweils eine Amtspflicht zur Nichtbeachtung des Widerrufs besteht. Zunächst ist die jeweilige Person einer der vorgenannten Gruppen (unmittelbar oder mittelbar Beteiligter, Unbeteiligter) zuzuordnen, sodann festzuhalten, ob und unter welchen Voraussetzungen dieser Person gegenüber daher abstrakt betrachtet überhaupt eine notarielle Amtspflicht bestehen kann, und schließlich zu untersuchen, ob im konkreten Fall tatsächlich eine Amtspflicht zur Nichtbeachtung des Widerrufs besteht.

a) Unmittelbar Beteiligte

Amtspflichten obliegen dem Notar unproblematisch allen unmittelbar am Rechtsgeschäft beteiligten Personen gegenüber, also im Bereich der notariellen Verwahrung gegenüber allen unmittelbar Verwahrungsbeteiligten, und zwar auch in Ansehung von einseitigen Verwahrungsanweisungen anderer Beteiligter. Hiermit ist zwar noch nicht gesagt, dass den Notar im konkreten Fall auch eine Amtspflicht zur Nichtbeachtung des Widerrufs einer Verwahrungsanweisung trifft; die enge Beziehung der unmittelbar Beteiligten zu dem Verwahrungsgeschäft bildet jedoch ein starkes Indiz dafür, dass der Zweck des Amtsgeschäfts im konkreten Fall gerade jedenfalls auch der Schutz der Interessen der (anderen) unmittelbar Beteiligten ist und daher deren Interessen im Rahmen des § 54c Abs. 1 BeurkG zu berücksichtigen sind.

- Für nach § 54a Abs. 1 BeurkG unbeachtlich erachtet wurde der Widerruf beispielsweise in einem Fall, in welchem der Käufer den Kaufpreis vor dem im Vertrag vereinbarten Einzahlungstermin eingezahlt hatte und der Käufer die Verwahrungsanweisung noch vor dem Einzahlungstermin widerrief, weil der Verkäufer im Vertrauen auf die Verwahrung bereits Vorleistungen erbracht hatte.³⁹ Da hier sowohl der Käufer als Einzahler als auch der Verkäufer als Auszahlungsgläubiger am Verwahrungsverhältnis beteiligt sind und der Zweck der Verwahrung nach den Vereinbarungen der Beteiligten für den Notar erkennbar auch die Abmilderung der Gefahren von Vorleistungen ist, obliegt dem Notar in einer derartigen Konstellation auch dem Verkäufer gegenüber die Amtspflicht, den Widerruf nicht zu beachten.
- Zumindest zweifelhaft erscheint eine Entscheidung des KG⁴⁰, wonach der Verkäufer eine einseitige Verwahrungsanweisung gegen den Willen des Käufers widerrufen konnte. Betroffen von der Verwahrungsanweisung war der noch auf dem Notaranderkonto liegende Restkaufpreis, der als Sicherheit für nach dem Verlangen der Gemeinde noch durchzuführende Restarbeiten zur Umstellung der Entwässerungsanlage des Grundstücks diente. Dass Sicherungsinteressen des Käufers hier nicht hinreichend betroffen sein sollen, erscheint schon deshalb fraglich, weil dieser als unmittelbar Beteiligter des Verwahrungsverhältnisses und Einzahler der Natur der Sache nach grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse an der Mitbestimmung des weiteren Schicksals der Verwahrungsmasse haben dürfte. Dies wird im konkreten

³⁹ LG Schwerin, Beschluss vom 3.4.2001, 4 T 36/00, NotBZ 2001, 231; Renner in *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, § 54c Rdnr. 17; Winkler, BeurkG, § 54c Rdnr. 12; Sandkühler in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 7. Aufl. 2012, § 23 Rdnr. 157; Weingärtner, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, Rdnr. 189; *Brambring*, ZfIR 1999, 333, 336.

⁴⁰ KG, Beschluss vom 23.11.2010, 9 W 165/09, RNotZ 2011, 372.

Fall dadurch bekräftigt, dass der betroffenen Verwahrungsanweisung nach der – insoweit leider sehr knappen – Sachverhaltsschilderung offenbar entsprechende Verhandlungen der Beteiligten vorangegangen sind. Die maßgebliche Argumentationslinie des KG, den Notar könnten hier gegenüber dem Käufer als insoweit „Drittem“ ohnehin keinerlei Amtspflichten treffen,⁴¹ widerspricht jedenfalls wie gezeigt der ständigen Rechtsprechung des BGH zur personellen Reichweite notarieller Amtspflichten.

b) Mittelbar Beteiligte

Den sog. mittelbar Beteiligten gegenüber können dem Notar zwar ebenfalls ohne Weiteres Amtspflichten obliegen, das Bestehen einer Amtspflicht zur Nichtbeachtung des Widerrufs einer Verwahrungsanweisung bedarf insoweit jedoch genauere Prüfung. Auch hier kommt es darauf an, ob die Verwahrung im konkreten Fall gerade – zumindest auch – den Schutz der Interessen des Dritten bezweckt und dies für den Notar erkennbar ist.

- Eindeutig zu bejahen ist eine solche Pflicht gegenüber dem Grundpfandrechtsgläubiger, wenn die Verwahrung zur Ablösung einer Grundschuld erfolgt ist und der Grundpfandrechtsgläubiger im Vertrauen auf die ihm vom Notar mitgeteilte Verwahrung die Löschung der Grundschuld bewilligt hat.⁴² Hier kann in der Mitteilung der Verwahrung und dem hierauf aufbauenden Handeln des Grundpfandrechtsgläubigers eine hinreichende Verbindungsaufnahme mit dem Notar gesehen werden, um die Stellung als mittelbar Beteiligter zu begründen.⁴³ Ferner ist die Verwahrung offensichtlich im Interesse des Grundpfandrechtsgläubigers erfolgt; dieser sollte durch die Zwischenschaltung des Notars nach dem Sinn und Zweck der Verwahrungsanweisung dazu bewegt werden, die Löschung des Grundpfandrechts vor Zahlung einer entsprechenden Ablösesumme zu bewirken, was für den Notar auch offensichtlich gewesen sein sollte.
- Gleiches soll gelten, wenn der Verkäufer den Auszahlungsanspruch an einen Dritten abgetreten hat und der Notar diesem sodann auf Nachfrage bestätigt hat, dass ihm diese Abtretung angezeigt worden ist.⁴⁴ Dies erscheint in dieser Pauschalität zwar zu weitgehend, da es hier bezüglich des Bestehens eines Sicherungsinteresses des Dritten und des Zwecks des Verwahrungsverhältnisses, dieses zu schützen, auf die Umstände des konkreten Falles ankommen dürfte. Regelmäßig wird man dies indes bejahen können, wenn der Dritte im Auftrag der Beteiligten durch die Mitteilung des Notars in den Vollzug einbezogen wird, zumal die Abtretung des Auszah-

lungsanspruch ohnehin ein starkes Indiz für einen durch das Verwahrungsverhältnis bezweckten Schutz des Dritten darstellt (siehe unten II. 4. c) bb)).

- Einzahlende Dritte, wie insbesondere finanzierende Kreditinstitute, dürften entweder schon als unmittelbar Beteiligte des Verwahrungsverfahrens einzuordnen sein, wenn sie eine eigene Verwahrungsanweisung erteilen, aufgrund der in der Einzahlung liegenden Kontaktaufnahme aber jedenfalls als mittelbar Beteiligte. Ihre (ggf. un-)mittelbare Beteiligung streitet zwar prima vista für das Bestehen einer notariellen Amtspflicht zur Einbeziehung ihrer Interessen in die Prüfung, ob der Widerruf der Verwahrungsanweisung beachtlich ist.⁴⁵ Indes dürfte es gerade bei finanzierenden Banken in vielen Fällen auch so sein, dass deren Interessen durch abweichende bilaterale Regelungen der Beteiligten zur Abwicklung des Geschäfts nicht oder nicht mehr berührt werden können. Eine Einzelfallprüfung ist daher auch hier nicht entbehrlich.

c) Sonstige (formal unbeteiligte) Dritte

Gegenüber sonstigen Personen, die weder unmittelbar noch mittelbar am Verwahrungsverhältnis und dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft beteiligt sind, können dem Notar in Ausnahmefällen ebenfalls Amtspflichten obliegen. Hier kann aufgrund der fehlenden formalen Nähebeziehung zu dem Verwahrungsgeschäft nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Dritte in den Schutzbereich der notariellen Amtspflichten einbezogen ist. Es ist vielmehr gesondert zu prüfen, ob das Verwahrungsgeschäft im konkreten Fall auch und gerade für den Notar erkennbar der Sicherung der Interessen des Dritten dienen oder dessen Einbeziehung lediglich die Abwicklung im Interesse der Verwahrungsbeteiligten bzw. des Anweisenden vereinfachen soll, wobei sich die entsprechende Drittbegünstigungsabsicht bzw. die Einbeziehung in den Schutzbereich des Verwahrungsverhältnisses explizit („Verwahrung zugunsten Dritter“) oder implizit („Verwahrung mit Schutzwirkung für Dritte“) aus der Verwahrungsanweisung ergeben kann.

aa) „Verwahrung zugunsten Dritter“

- Unmittelbar einschlägig für die hiesige Problemstellung ist eine Entscheidung des OLG Rostock⁴⁶, wonach der Widerruf einer einseitigen Verwahrungsanweisung vom Notar nicht zu beachten ist, wenn dieser von der Zustimmung eines nicht an der Beurkundung (und soweit aus den Entscheidungsgründen ersichtlich auch nicht in sonstiger Weise am Verwahrungsverhältnis oder dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft auch nur mittelbar) beteiligten Dritten – in concreto einem Gläubiger, dem der Auszahlungsanspruch teilweise abgetreten wurde – abhängig gemacht worden ist und dieser Dritte nicht zustimmt. Der Entscheidungsbegründung lässt sich allerdings nicht entnehmen, ob dies auf § 54c Abs. 1 BeurkG oder § 54c Abs. 4 BeurkG gestützt wird. Richtigerweise folgt die Unwiderruflichkeit der Verwahrungsanweisung aus einer Kombination beider

⁴¹ KG, Beschluss vom 23.11.2010, 9 W 165/09, RNotZ 2011, 372, 375. Widersprüchlich erscheinen in diesem Zusammenhang die Ausführungen des KG (RNotZ 2011, 372, 377), wonach – in Übereinstimmung mit der h. M. – dem Notar jedenfalls Amtspflichten gegenüber allen am Verwahrungsverhältnis und an dem zu vollziehenden Grundgeschäft Beteiligten obliegen.

⁴² Vgl. hierzu Renner in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, § 54c Rdnr. 17; Winkler, BeurkG, § 54c Rdnr. 14; Brambring ZfIR 1999, 333, 334.

⁴³ Zu einer möglichen Begründung der Amtspflichten durch die Mitteilung in einem solchen Fall auch KG, Urteil vom 9.7.1976, 9 U 19/76, DNotZ 1978, 182. Vertretbar erscheint es indes auch, in dieser Konstellation eine für die Einordnung in die zweite Gruppe hinreichende Kontaktaufnahme zu verneinen und diesen Fall der dritten Gruppe zuzuordnen.

⁴⁴ Brambring ZfIR 1999, 333, 336.

⁴⁵ Pauschal für eine Einbeziehung in den Schutzbereich daher Haug, DNotZ 1982, 475, 476 f.; Bräu, Verwahrungstätigkeit des Notars, Rdnr. 123.

⁴⁶ OLG Rostock, Beschluss vom 13.7.2005, 1 W 25/05, BeckRS 2010, 27067; zust. Renner in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, § 54c Rdnr. 17; Hertel in Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, § 54c BeurkG Rdnr. 29.

Vorschriften: Aus § 54c Abs. 4 BeurkG ergibt sich, dass die Beteiligten zulässigerweise den Widerruf der Verwahrungsanweisung von weiteren als den im Gesetz aufgestellten Voraussetzungen abhängig machen können. Die hiermit durch das Verfahrensrecht gebilligte ausdrückliche Rechteeinräumung zugunsten des Dritten bringt mehr als deutlich zum Ausdruck, dass das Verwahrungsverfahren im konkreten Fall jedenfalls auch der Sicherung der Interessen des Dritten dienen soll. Da dies für den Notar auch erkennbar ist, erstrecken sich die Amtspflichten des Notars im Sinne von § 54c Abs. 1 BeurkG auf die vom Verwahrungsverhältnis betroffene Interessen des Dritten. Der Widerruf der Verwahrungsanweisung ist daher zu dessen Schutz nach § 54c Abs. 1 BeurkG unzulässig. Zutreffend wird daher auch in der Kommentarliteratur – meist allerdings unter bloßer Berufung auf den zitierten Beschluss des OLG Rostock – übereinstimmend das Bestehen einer drittbezogenen Amtspflicht im Sinne des § 54c Abs. 1 BeurkG bejaht, wenn in der Verwahrungsanweisung ausdrücklich bestimmt wird, dass die Änderung oder Rücknahme der Verwahrungsanweisung von der Zustimmung eines nicht beteiligten Dritten abhängig ist.⁴⁷ Im Übrigen ließe sich das Bestehen einer Amtspflicht im Sinne des § 54c Abs. 1 BeurkG hier auch unter Berufung auf die Abtretung des Auszahlungsanspruchs begründen, die im Regelfall ein starkes Indiz für die beabsichtigte Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Verwahrungsverhältnisses begründet (siehe unten II. 4. c) bb)).

- Über den Fall der Einräumung ausdrücklicher „Vetorechte“ hinsichtlich des Widerrufs der Verwahrungsanweisung hinaus wird man in aller Regel auszahlungsberechtigte Dritte, also diejenigen Personen, denen nach der Verwahrungsanweisung der öffentlich-rechtliche Auskehrungsanspruch gegen den Notar selbst zustehen soll, als nach dem Sinn und Zweck des konkreten Verwahrungsgeschäfts geschützt ansehen können.⁴⁸ Die Einräumung des Auszahlungsanspruchs verdeutlicht fast ebenso deutlich wie ein Vetorecht, dass die Verwahrung auch eigene Interessen des Dritten schützen soll. Ausnahmen sind aber auch hier denkbar. So soll nach einer Entscheidung des OLG Hamm⁴⁹ (im Rahmen einer notariellen Prioritätsverhandlung, also aus dem Bereich der Verwahrung sonstiger Gegenstände) der Passus „Die Gegenstände können an den Hinterleger oder an einen Dritten ausgehändigt werden, wenn dem Notar die begl. Ablichtung dieser notariellen Niederschrift vorgelegt wird“ in der Verwahrungsanweisung dem einseitigen Widerrufsrecht des Anweisenden nicht entgegenstehen, weil die Verwahrung im konkreten Fall allein der Wahrung der Interessen des Urhebers als Verwährendem diene, indem diesem durch die Prioritätsverhandlung der Beweis des Zeitpunktes der Werkschöpfung als Voraussetzung der Entstehung des Urheberrechts gesichert werden sollte.

⁴⁷ Renner in *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, § 54c Rdnr. 17; Hertel in *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, § 54c BeurkG Rdnr. 29; wohl auch schon *Haug*, DNotZ 1982, 475, 476 f. („Personen, [...] für die ausdrücklich die Verwahrung erfolgen soll“).

⁴⁸ So *Haug*, DNotZ 1982, 475, 476 ff.; *Bräu*, Verwahrungstätigkeit des Notars, Rdnr. 123; implizit auch *Renner* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, § 54c Rdnr. 17 i. V. m. § 54b Rdnr. 87 ff.

⁴⁹ OLG Hamm, Beschluss vom 18.10.2005, 15 W 298/05, RNotZ 2006, 72.

bb) „Verwahrung mit Schutzwirkung für Dritte“

Nicht explizit durch die Verwahrungsanweisung begünstigt, aber in seinen Interessen von der Verwahrung dennoch betroffen wird der Dritte in den nachfolgend genannten Situationen, bei denen jeweils zu ermitteln ist, ob der Dritte nach dem Sinn und Zweck des Verwahrungsverhältnisses im konkreten Fall in dessen Schutzbereich einbezogen sein soll.

- Die Verwahrung mit der Anweisung, aus der Verwahrungsmasse die vom Käufer geschuldete Maklerprovision auszuzahlen, soll nach dem BGH⁵⁰ Amtspflichten gegenüber dem an der Verwahrung selbst nicht beteiligten Makler begründen, so dass eine diesbezügliche einseitige Änderung der Anweisung durch den Käufer nicht ohne Zustimmung des Maklers ausgeführt werden darf. Die bloße Stellung als Auszahlungsempfänger allein dürfte zwar regelmäßig noch nicht genügen, um eine hinreichend enge Betroffenheit des Dritten durch den Inhalt des Verwahrungsverhältnisses zu begründen (siehe dazu näher sogleich). Im konkreten Fall wurde dem Makler jedoch eine verfahrensrechtlich besonders starke Stellung eingeräumt, indem ihm – nach den Feststellungen des Berufungsgerichts – ein unmittelbarer, einredefreier Auszahlungsanspruch gegen den Notar lediglich gegen Vorlage der Maklerrechnung zustehen sollte. Hierdurch wurde der Makler – für den Notar ersichtlich – derart eng in das Verwahrungsverhältnis einbezogen, dass dem Notar auch ihm gegenüber Amtspflichten, in concreto auch eine Amtspflicht zur Nichtbeachtung des Widerrufs der Verwahrungsanweisung, oblagen. Unter Berücksichtigung dieser Besonderheit wäre dieser Fall mithin sogar in die Kategorie „Verwahrung zugunsten Dritter“ einzuordnen.
- Gleiches gilt im Ergebnis, wenn auch die Begründung der Entscheidung – weniger überzeugend – mehr auf § 54c Abs. 3 BeurkG (analog) als auf § 54c Abs. 1 BeurkG abstellt, für den Sachverhalt, der einem Urteil des OLG Schleswig⁵¹ zugrunde lag: Eine Projektgesellschaft zahlte Geld auf ein Notaranderkonto ein, um Forderungen eines Handwerkers abzusichern, deren Bestehen und Höhe zwischen den Parteien streitig war. Obwohl allein die Projektgesellschaft an dem Verwahrungsverhältnis beteiligt war und dem Notar eine einseitige Verwahrungsanweisung erteilt hatte, hielt das Gericht einen einseitigen Widerruf der Verwahrungsanweisung – insoweit überzeugend – für unzulässig, da „es dem erkennbaren Sinn und Zweck des Verwahrungsgeschäftes [entsprochen habe], auch die Interessen des unbeteiligten Dritten abzusichern und den Dritten in den Schutzbereich der notariellen Amtspflichten einzubeziehen mit der Folge, dass der Notar auch dem Dritten gegenüber Amtspflichten zu beachten hat“⁵².
- Im Übrigen kommt es bei Auszahlungsempfängern, denen kein eigener Auskehrungsanspruch gegen den Notar zusteht, auf die Umstände des Einzelfalles an. Im Ausgangspunkt ist davon auszugehen, dass es zunächst nur im eigenen Interesse der unmittelbar Beteiligten

⁵⁰ Nichtannahmebeschluss vom 9.3.1995, IX ZR 106/94 (Nichtannahme der Revision – ohne Begründung – gegen das Urteil des OLG Frankfurt a. M. vom 4.5.1994, 19 U 99/93); zust. *Ganter*, WM 1996, 701, 702; *Hertel* in *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, § 54c BeurkG Rdnr. 7; *Franken*, RNotZ 2010, 597, 603 f.

⁵¹ OLG Schleswig, Urteil vom 20.6.2013, 11 U 73/12, NJOZ 2014, 666.

⁵² OLG Schleswig, Urteil vom 20.6.2013, 11 U 73/12, NJOZ 2014, 666, 667.

liegt, wenn Dritte unmittelbar aus der Verwahrungsmasse befriedigt werden sollen, da dies oft entweder die Abwicklung erst ermöglicht oder jedenfalls eine Vereinfachung der Zahlungsabwicklung darstellt. Haben Auszahlungsempfänger aber für den Notar ersichtlich in Kenntnis und im Vertrauen auf die Durchführung der ursprünglichen Verwahrungsanweisung bestimmte Dispositionen erbracht oder drohen ihnen unmittelbar durch den Widerruf sonstige mit dem Rechtsgeschäft in engem Zusammenhang stehende Nachteile, kann dies eine Amtspflicht des Notars im Sinne des § 54c Abs. 1 BeurkG begründen, wenn die Einbeziehung der Interessen des Dritten durch die Beteiligten (mit-)bezweckt war. Hier von wird man insbesondere dann ausgehen können, wenn die Verwahrungsbeteiligten den Dritten mit dem Ziel in das Verwahrungsverhältnis einbezogen haben, ihn zu einer bestimmten Handlung, Duldung oder Unterlassung zu veranlassen. Paradebeispiel hierfür sind abzulösende Gläubiger, die sich aber in der Regel selbst durch einen eigenen Treuhandauftrag absichern. Denkbar ist dies darüber hinaus zum Beispiel für Gläubiger des Verkäufers, die – für den Notar erkennbar – im Hinblick auf die in Aussicht gestellte Auszahlung der Verwahrungsmasse an sie selbst von Vollstreckungsmaßnahmen abgehalten werden sollen.

- Ist dem Dritten der Anspruch aus dem dem Verwahrungsverhältnis zugrundeliegenden Geschäft abgetreten worden, geht nach ganz herrschender Meinung auch der öffentlich-rechtliche Auszahlungsanspruch gegenüber dem Notar auf den Zessionar über.⁵³ Dies hat nach den obigen Ausführungen unter II. 4. c) aa) wiederum zur Folge, dass Letzterer aufgrund seines eigenen verfahrensrechtlichen Anspruchs grundsätzlich als in den Schutzbereich des Verwahrungsverhältnisses einbezogen anzusehen ist. Hierbei handelt es sich jedoch erstens lediglich um ein – zwar starkes, aber im Einzelfall widerlegbares – Indiz. Zweitens kann dieses Indiz gerade in Abtretungskonstellationen widerlegt werden, wenn es sich um eine mehrseitige Verwahrungsanweisung handelt und ein Beteiligter seinen Auszahlungsanspruch eigenständig abgetreten hat, da dann im Einzelfall die Interessen des anderen Anweisenden gegen die Miteinbeziehung des Dritten streiten können.

III. Verwahrung sonstiger Gegenstände

Die Verwahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten ist der gesetzlich geregelte „Normalfall“ der notariellen Verwahrung. Wie sich an dem eingangs aufgeführten Beispiel – der Verwahrung von Unterlagen über die künstliche Befruchtung – zeigt, wünschen die Beteiligten indes nicht selten auch die Inverwahrungnahme anderer Gegenstände durch den Notar. Im hiesigen Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die für die Verwahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten gefundenen Ergebnisse auch auf die Verwahrung anderer Gegenstände übertragbar sind.

1. Zulässigkeit und gesetzlicher Hintergrund der Verwahrung sonstiger Gegenstände

Die grundsätzliche Zulässigkeit der notariellen Verwahrung sonstiger Gegenstände steht nach allgemeiner Ansicht außer Frage. Zwar nennt § 23 BNotO nur die Verwahrung von Geld,

Wertpapieren und Kostbarkeiten, schließt jedoch die Verwahrung anderer Gegenstände nicht aus.⁵⁴ Im Rahmen seiner Aufgabe zur sonstigen Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege (§ 24 BNotO) ist der Notar auch in anderen Fällen für die Verwahrung ihm übergebener Gegenstände zuständig.⁵⁵ So können zum Beispiel Tonbandkassetten, CDs, Lichtbilder oder andere Beweisstücke,⁵⁶ Gegenstände im Rahmen einer urheberrechtlichen Prioritätsverhandlung⁵⁷ sowie – eine immer größere Bedeutung erlangend – elektronische Datenträger⁵⁸ beim Notar hinterlegt werden. Gleiches muss folgerichtig auch für Schriftstücke gelten, die keine Wertpapiere oder Kostbarkeiten im Sinne des § 23 BNotO sind,⁵⁹ also auch für das im Ausgangsfall interessierende Schriftstück mit den Informationen über die künstliche Befruchtung.

2. Anwendbarkeit der §§ 54a ff. BeurkG

Bei der Verwahrung sonstiger Gegenstände handelt es sich indes um keine Verwahrung im Sinne des § 23 BNotO. Daher sind auch die Verfahrensvorschriften der §§ 54a ff. BeurkG, die ausdrücklich nur für die Verwahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten gelten, hierauf nicht unmittelbar anwendbar.⁶⁰ Dementsprechend ist der Notar in der Art und Weise der Verwahrung anderer Gegenstände grundsätzlich frei und hat nur die allgemeinen Amtspflichten zu beachten. Da die Grundgedanken der §§ 54a ff. BeurkG allerdings auch für die Verwahrung sonstiger Gegenstände Platz greifen, können die Vorschriften als eine Art Konkretisierung der bei Verwahrungen aller Art grundsätzlich bestehenden Amtspflichten angesehen werden.⁶¹ Es wird daher nicht nur zutreffend als zweckmäßig angesehen, die Art und Weise der Verwahrung sonstiger Gegenstände in Anlehnung an die §§ 54a ff. BeurkG vorzunehmen,⁶² für den Regelfall dürfte sogar von einer analogen Geltung der §§ 54a ff. BeurkG – soweit sie für

⁵⁴ *Reithmann* in *Schippel/Bracker*, BNotO, § 23 Rdnr. 7; DNotI-Report 1996, 45, 48; DNotI-Report 1997, 55.

⁵⁵ OLG Hamm, Beschluss vom 18.10.2005, 15 W 298/05, RNotZ 2006, 72; *Bräu*, Verwahrungstätigkeit des Notars, S. 37 Rdnr. 3; *Weingärtner*, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, Rdnr. 242; *Winkler*, BeurkG, § 54e Rdnr. 6; *Hertel* in *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, § 54e BeurkG Rdnr. 18; DNotI-Report 1996, 45, 48; DNotI-Report 1997, 55.

⁵⁶ *Bräu*, Verwahrungstätigkeit des Notars, S. 37 Rdnr. 3.

⁵⁷ Vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 18.10.2005, 15 W 298/05, RNotZ 2006, 72; DNotI-Report 1996, 45, 48; *Heyn*, DNotZ 1998, 177 ff.; *Leistner*, MittBayNot 2003, 3 ff.; *Hertel*, Liber amicorum Mock, 2009, S. 91; *Meyer*, RNotZ 2011, 385, 396 ff.

⁵⁸ *Hertel* in *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, § 54e BeurkG Rdnr. 22; ausführlich zur Quellcode-Verwahrung *ders.*, Liber amicorum Mock, S. 91, 97 ff.; *Milzer*, ZNotP 2004, 348 ff.; *Meyer*, RNotZ 2011, 385, 396 ff.

⁵⁹ Vgl. *Bräu*, Verwahrungstätigkeit des Notars, S. 37 Rdnr. 3: alte Hausrezepte, Dissertationen, Konstruktionsunterlagen. Reine Beweisurkunden, also Schriftstücke, die objektiv keinen Marktwert haben, aber für die Beteiligten von Bedeutung sind, können nach h. M. nicht als Wertpapiere i. S. d. § 23 BNotO, § 54e BeurkG qualifiziert werden, siehe zum Beispiel *Winkler*, BeurkG, § 54e Rdnr. 2; *Sandkühler* in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, § 23 Rdnr. 37; *Hertel* in *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, § 54e BeurkG Rdnr. 3; a. A. *Renner* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, § 54e Rdnr. 3.

⁶⁰ OLG Hamm, Beschluss vom 18.10.2005, 15 W 298/05, RNotZ 2006, 72; DNotI-Report 1997, 55 zu den in der DONot enthaltenen Vorgängerregelungen der §§ 54a ff. BeurkG.

⁶¹ OLG Hamm, Beschluss vom 18.10.2005, 15 W 298/05, RNotZ 2006, 72, 73 („gesetzliche Kodifikation allgemeiner Rechtsgrundsätze bzw. allgemeiner Amtspflichten“); ähnlich *Renner* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, § 54e Rdnr. 14.

⁶² *Renner* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, § 54e Rdnr. 14; DNotI-Report 1997, 55.

⁵³ *Winkler*, BeurkG, § 54b Rdnr. 35; *Hertel* in *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, § 23 BNotO Rdnr. 33; *Renner* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, § 54b Rdnr. 89.

die Anwendung im konkreten Fall geeignet sind – auszugehen sein.⁶³

Etwa verbleibende Restzweifel an der Anwendbarkeit der §§ 54a ff. BeurkG können in der Praxis dadurch ausgeräumt werden, dass der Normkomplex – oder ggf. auch nur einzelne passende Vorschriften hieraus – in der Verwahrungsanweisung für entsprechend anwendbar erklärt werden. Das dadurch in Gang gesetzte öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis können die Beteiligten dann nur noch in dem Umfang steuern, in welchem es die anwendbaren Rechtsvorschriften gestatten. Sind insoweit dem Notar bereits bestimmte Amtspflichten erwachsen, können die Beteiligten diese hoheitlichen Pflichten grundsätzlich nicht mehr einseitig eliminieren.

3. Vereinbarungen zugunsten Dritter

Will man im Rahmen der Verwahrung sonstiger Gegenstände an der Verwahrung nicht beteiligten Dritten bestimmte Rechte zuwenden, erscheint es daher aus vertragsgestalterischer Sicht nicht nur geboten, die Drittbezogenheit der Verwahrung und die Rechte des Dritten konkret zu beschreiben – wie bei der Verwahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten –, sondern zudem die entsprechende Anwendung der §§ 54a ff. BeurkG auf das Verwahrungsverhältnis oder jedenfalls derjenigen Regelungen, aus welchen sich der Drittschutz ergibt (insbesondere § 54c Abs. 1 und 4 sowie § 54d Nr. 1 BeurkG), anzuordnen. Dann dürfte mit hinreichender Sicherheit davon auszugehen sein, dass den Notar die vergleichbaren Amtspflichten wie im Rahmen der gesetzlich geregelten Verwahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten obliegen und der Schutz des Dritten daher über die – hier entsprechend anzuwendenden – gleichen Normen und Grundsätze gewährleistet ist.

Dieses Ergebnis überzeugt auch teleologisch: Die Verwahrung sonstiger Gegenstände gehört ebenfalls zu den gesetzlichen Aufgaben des Notars. Allein die Tatsache, dass es insoweit an einem vergleichbaren Regelungsregime betreffend die Ausgestaltung der Verwahrung fehlt, führt nicht dazu, dass es sich um ein „geringwertigeres“ Verwahrungsverfahren handelt. Vielmehr sind die hierbei bestehenden Interessen der Parteien grundsätzlich gleichgerichtet und gleichwertig, völlig unabhängig davon, ob Verwahrungsmasse einer der in § 23 BeurkG genannten Gegenstände oder ein sonstiger Gegenstand ist. Wie nicht nur der Ausgangsfall zeigt, kann auch hier das Bedürfnis bestehen, Dritte in das Verwahrungsverhältnis dergestalt einzubeziehen, dass sie an diesem zwar nicht formal beteiligt werden, ihnen aber dennoch bestimmte Rechte zugewendet werden sollen. Wäre dies im Bereich der Verwahrung sonstiger Gegenstände nicht möglich ohne den bezweckten Schutz des Dritten auch verfahrensrechtlich absichern zu können, würde das notarielle Verwahrungsverfahren seinen eigentlichen Zweck, dessentwegen es von den Beteiligten gewählt wurde – die Einschaltung einer neutralen Instanz zur Absicherung Dritter – nicht erreichen und wäre insoweit faktisch nutzlos.⁶⁴

⁶³ OLG Hamm, Beschluss vom 18.10.2005, 15 W 298/05, RNotZ 2006, 72, 73; *Hertel in Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, § 54e Rdnr. 18; *ders.*, Liber amicorum Mock, S. 91, 98 f.; *Renner in Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, § 54e Rdnr. 20; *Sandkühler in Arndt/Lersch/Sandkühler*, BNotO, § 23 Rdnr. 37 (jedenfalls für die Verwahrung von Urkunden zwecks Aufbewahrung oder Ablieferung an Dritte).

⁶⁴ So explizit auch OLG Hamm, Beschluss vom 18.10.2005, 15 W 298/05, RNotZ 2006, 72, 73 zur Widerruflichkeit einer Verwahrungsanweisung nach § 54c Abs. 1 BeurkG (analog): „Es besteht kein Grund, im Rahmen einer untechnischen Verwahrung andere Maßstäbe für die Beachtlichkeit eines Widerrufs des Hinterlegers heranzuziehen“.

Wird dem Dritten also in der Verwahrungsanweisung ausdrücklich ein Anspruch gegen den Notar auf Herausgabe des verwahrten Gegenstandes und/oder ein Vetorecht im Falle eines etwaigen Widerrufs der Verwahrungsanweisung zugesprochen, kann man – wie bei der Verwahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten – davon ausgehen, dass den Notar analog § 54c Abs. 1 BeurkG i. V. m. § 54c Abs. 4 BeurkG und ggf. auch analog § 54d Nr. 1 BeurkG eine Amtspflicht gegenüber dem Dritten obliegt, den Widerruf nicht zu beachten bzw. – in geeigneten Fällen – mildere Maßnahmen zum Schutz des Dritten zu ergreifen (zum Beispiel eine Information oder die Veranlassung einer Zug-um-Zug-Abwicklung).

Dies gilt allerdings auch hier nicht, wenn trotz der formalen Rechteeinräumung zugunsten eines Dritten die Verwahrung im konkreten Fall allein der Wahrung der Interessen des Verwährenden, nicht aber von Dritten diene.⁶⁵ Dann scheidet auch bei der Verwahrung sonstiger Gegenstände der Widerruf der Verwahrungsanweisung nicht an einer Amtspflicht des Notars zum Schutz des Dritten.

4. Lösung des Ausgangsfall

Im Ausgangsfall – der Verwahrung von Unterlagen über die künstliche Befruchtung – handelt es sich um einen Fall der Verwahrung sonstiger Gegenstände. Hier soll dem Kind als einem am Verwahrungsverhältnis nicht beteiligten Dritten das Recht zugewendet werden, die Unterlagen, mit deren Hilfe sich seine Abstammung ermitteln lässt, vom Notar herauszuverlangen.

Unabhängig davon, ob dem Verwahrungsverhältnis materiell ein echter Vertrag zugunsten Dritter – etwa zwischen den Eltern des Kindes und/oder dem Arzt – zugrunde liegt, dient das notarielle Verwahrungsverfahren hier primär dazu, dem Kind einen Vorteil zu verschaffen, selbst wenn die Tatsache, dass dem Kind hieraus ein eigenes Recht erwachsen soll, in der Verwahrungsanweisung nicht ausdrücklich festgehalten wird – was vertragsgestalterisch indes dringend zu empfehlen ist. Hieraus erwächst dem Notar entsprechend der Funktions-/Zwecktheorie die Amtspflicht, auch die Interessen des Kindes im Rahmen des Verwahrungsverhältnisses zu berücksichtigen und erforderlichenfalls zu schützen. Unterstellt man ferner, dass die Regelungen der §§ 54a ff. BeurkG entweder aufgrund einer – ebenfalls empfehlenswerten – Bezugnahme in der Verwahrungsanweisung oder schlicht aufgrund der auch sonst gebotenen Analogie Anwendung finden, ergibt sich schon aus § 54c Abs. 1 BeurkG (analog), dass der Notar einen Widerruf der Verwahrungsanweisung nicht beachten darf, wenn dieser dazu führt, dass das Kind seinen Herausgabeananspruch verliert.

Schließlich kann in dieser konkreten Konstellation die Unbeachtlichkeit des Widerrufs auch über § 54d Nr. 1 BeurkG gerechtfertigt werden: Der unredliche Zweck wäre darin zu sehen, dass die Beteiligten die unwiderrufliche Verwahrungsanweisung erteilen, um die für sie positive Gerichtsentscheidung im Adoptionsverfahren zu erreichen. Würden sie die Verwahrungsanweisung nun nachträglich – offensichtlich aufgrund eines vorgefassten Planes – zulasten des Kindes aufheben oder ändern, würde der Gerichtsentscheidung faktisch die Geschäftsgrundlage entzogen, woran der Notar durch die Herausgabe des Schriftstücks sehenden Auges mitwirken würde. Hätte der Notar einen solchen Plan der Beteiligten von vornherein gekannt, hätte er seine Amtstätigkeit

⁶⁵ OLG Hamm, Beschluss vom 18.10.2005, 15 W 298/05, RNotZ 2006, 72 (Anweisung i. R. e. urheberrechtlichen Prioritätsfeststellung).

malige Abrechnung nach tatsächlichem Aufwand – unter Orientierung an den vorstehend als Stundensatz vorgeschlagenen Beträgen – oder die einmalige Erhebung eines Pauschalsatzes – je nach Aufwand im Einzelfall – etwa zwischen 500 € und 800 € angemessen sein.

3. Notarielle Verwahrung im Zusammenhang mit einer künstlichen Befruchtung

a) Formulierung der Verwahrungsanweisung bei der Verwahrungslösung

Wählt man die Verwahrungslösung, um im Rahmen einer heterologen Insemination das Recht des Kindes zu wahren, die Identität seines leiblichen Vaters ermitteln zu können, sind bei der Formulierung der Verwahrungsanweisung die hier herausgearbeiteten Aspekte zu berücksichtigen. Insbesondere muss klargestellt werden, dass die Verwahrung primär im Interesse des Kindes erfolgt, diesem ein eigener Herausgabeanspruch gegen den Notar zustehen soll und ein Widerruf oder eine Änderung der Verwahrungsanweisung nur mit Zustimmung des Kindes möglich ist. Wird kein Zeitpunkt⁷⁰ für die frühestmögliche Herausgabe an das Kind festgelegt oder liegt dieser vor der Vollendung des 18. Lebensjahres, sollte in der Verwahrungsanweisung geregelt werden, dass der Herausgabeanspruch des Kindes nur durch dieses höchstpersönlich oder jedenfalls nicht durch die Eltern in ihrer Eigenschaft als dessen gesetzliche Vertreter geltend gemacht werden kann, damit die verwahrungsverfahrensrechtlichen Schutzmechanismen nicht faktisch unterlaufen werden können.

Das Kind als Herausgabeberechtigter sollte so weit wie möglich individualisiert bezeichnet werden (soweit bereits möglich: Name, Geburtsdatum, persönliche Daten der Eltern), damit der Notar die Person, an die er später die in Verwahrung gegebenen Unterlagen herausgeben muss, hinreichend sicher identifizieren kann. Im Übrigen ist es wie bei allen Fällen der Verwahrung, insbesondere, wenn es sich nicht um Bargeld handelt, empfehlenswert, ein Protokoll aufzunehmen, aus dem sich die tatsächlichen Umstände wie die genaue Bezeichnung des Gegenstandes, dessen Inverwahrunggabe sowie je nach Art des Gegenstandes Vorgaben für dessen sichere Lagerung ergeben.⁷¹

Anweisende im Rahmen dieser Verwahrung können die Eltern, aber auch Dritte (zum Beispiel der die Befruchtung betreuende Arzt, die Klinik oder die Samenbank) sein. Sofern Letztere die Verwahrung selbst – ohne Beteiligung der Eltern – vornehmen, können sogar die persönlichen Daten des Spenders selbst in Verwahrung gegeben werden, so dass das Kind diese später unmittelbar den in Verwahrung gegebenen Unterlagen entnehmen kann und nicht noch zusätzlich die Unterlagen beim Arzt, in der Klinik oder der Samenbank – mit dem Risiko, dass diese dort nicht mehr vorhanden sind – einsehen muss.

⁷⁰ Nach dem Urteil des BGH vom 28.1.2015, XII ZR 201/13, BeckRS 2015, 01802, ist der Anspruch des durch eine künstliche heterologe Insemination gezeugten Kindes auf Auskunft über die Identität des anonymen Samenspenders nicht an ein bestimmtes Mindestalter gebunden. Dies dürfte zwar der Wirksamkeit einer Verwahrungsanweisung, wonach der verfahrensrechtliche Herausgabeanspruch erst ab einem bestimmten Zeitpunkt besteht, nicht entgegenstehen. Das Kind könnte dann aber ggf. einen weitergehenden Auskunftsanspruch gegen die Eltern und/oder den Arzt geltend machen, die dann unter Umständen verpflichtet wären, die Verwahrungsanweisung – zugunsten des Kindes – entsprechend abzuändern.

⁷¹ Vgl. DNotI-Report 1996, 45, 48.

b) Alternativen zur Verwahrungslösung, sonstige notarielle Tätigkeiten im Zusammenhang mit einer künstlichen Befruchtung

Als Alternative zur Verwahrungslösung sei an dieser Stelle auch auf das in der Praxis teilweise praktizierte „Erlanger Notarmodell“ hingewiesen.⁷² Bei diesem werden nicht Unterlagen verwahrt, sondern die Daten, aus denen sich der Name des Spenders ermitteln lässt, in zwei getrennte notarielle Urkunden aufgenommen (erste Urkunde: Name des Kindes, Geburtsdatum, persönliche Daten der Eltern, sog. „Donornummer“; zweite Urkunde: persönliche Daten der Samenspender mit jeweiliger Donornummer), in welche das Kind ab dem Erreichen der Volljährigkeit Einsicht nehmen und so die Identität seines biologischen Vaters erfahren kann.⁷³ Die Vorteile dieses Modells liegen darin, dass Urkunden nach § 5 Abs. 4 DNotO zwingend 100 Jahre aufbewahrt werden, die Verwahrung der Urkunden und der Zugang zu diesen nach der Regelung des § 51 BNotO auch über die Amtszeit des die Urkunde errichtenden Notar hinaus gewährleistet ist sowie keine separate Verwahrungsmasse existiert.⁷⁴

Im Übrigen existieren bereits eine Reihe von Abhandlungen zu möglichen notariellen Vereinbarungen im Rahmen einer künstlichen Befruchtung (zum Beispiel betreffend Vaterschaftsanerkennung, Unterhalt, Erbrecht).⁷⁵ Hierauf sei verwiesen.

VI. Formulierungsmuster

Die Verwahrungsanweisung im Rahmen einer Verwahrung sonstiger Gegenstände, die ausdrücklich im Interesse eines Dritten erfolgen soll, könnte beispielsweise wie folgt formuliert werden:⁷⁶

[...]

1. Gegenstand und Zweck der Verwahrung

1.1 Die Beteiligten übergeben dem amtierenden Notar folgenden Gegenstand zur Verwahrung: [genaue Bezeichnung des Gegenstandes]

⁷² Für die Hintergrundinformationen hierzu sei Herrn Notar Dr. Alexander Martini, Erlangen, herzlich gedankt.

⁷³ Näher zu diesem Modell Martini in Hammel/Thorn, Spendersamenbehandlung in Deutschland 2013 – Alles was Recht ist?!, S. 75 ff.; aus rechtspolitischer Perspektive hierzu Zypries/Zeeb, ZRP 2014, 54, 57.

⁷⁴ Diese Punkte sprechen indes bei Lichte betrachtet auch nicht gegen die Verwahrungslösung: Dort kann die Dauer der Verwahrung völlig flexibel – auch, sofern gewünscht aber auch deutlich kürzer als 100 Jahre – bestimmt werden. Die Fortdauer der Verwahrung über die Amtszeit des jeweiligen Notars hinaus ist dort ebenso gesichert (vgl. Bracker in Schippel/Bracker, BNotO, § 51 Rdnr. 52 f.). Schließlich lässt sich die Vermeidung einer separaten Verwahrungsmasse bei der Verwahrungslösung ebenfalls realisieren, indem die zu verwahrenden Schriftstücke mit der die Verwahrungsvereinbarung enthaltenden Urkunde in der Urkundesammlung aufbewahrt werden, ggf. auch mitsamt den Spenderdaten, wenn die Eltern selbst – wie beim „Erlanger Notarmodell“ stets der Fall – nicht an der Verwahrung mitwirken (siehe oben V. 3. a)).

⁷⁵ Volmer, BWNotZ 1998, 156 ff.; Wehrstedt, RNotZ 2005, 109 ff.; Wilms, RNotZ 2012, 141 ff.; Beck'sches Notar-Handbuch/Grziwotz Rdnr. B. V 81 ff.; vgl. i. Ü. Rundschreiben Nr. 40/97 der Bundesnotarkammer, abgedruckt in DNotZ 1998, 241 ff.

⁷⁶ Andere Formulierungsvorschläge für die Verwahrung von sonstigen Gegenständen finden sich u. a. bei Heyn, DNotZ 1998, 177, 193 f. (Prioritätsverhandlung); Milzer, ZNotP 2004, 348, 353 (Softwarehinterlegung).

1.2 Die Verwahrung erfolgt im Interesse von [Bezeichnung des Dritten] (im Folgenden „Drittberechtigter“ genannt). Diesem soll hierdurch ermöglicht werden, [wenn möglich nähere Erläuterung des Zwecks der Verwahrung].

2. Verwahrungsanweisung

Für die Verwahrung des Gegenstandes erteilen die Beteiligten dem Notar folgende Anweisung:

2.1 Der Notar soll sich bei der Durchführung der Verwahrung an den §§ 54a ff. BeurkG orientieren, soweit nachfolgend nicht anders geregelt.

2.2 [Bei mehreren Beteiligten, wenn Widerruf nicht ohne Mitwirken des/der anderen möglich sein soll:] Die Anweisung erfolgt in Form einer mehrseitigen, also nicht einseitig abänderbaren oder widerrufbaren Verwahrungsanweisung.

2.3 Eine Abänderung oder ein Widerruf der Verwahrungsanweisung ist [ferner] nur mit Zustimmung des Drittberechtigten möglich.

2.4 Der Notar wird angewiesen, den Verwahrungsgegenstand an den Drittberechtigten herauszugeben, wenn [Beschreibung der Voraussetzungen]. Eine Herausgabe des Gegenstandes an die Beteiligten ist nicht zulässig.

2.5 Das Herausgabeverlangen bedarf der Schriftform. Hierbei sind die Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs – soweit möglich – in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form nachzuweisen.

2.6 Der Notar kann den Gegenstand nach dem [Datum] vernichten, soweit er vor Ablauf der Frist von den Beteiligten [ggf.: und/oder dem Drittberechtigten] nicht anderweitig angewiesen wird.

2.7 Bei Beschädigung, Diebstahl oder anderweitigem Untergang informiert der Notar die Beteiligten. [Sofern denkbar, wohl nur bei Schriftstücken möglich:] Die Beteiligten sind in diesem Fall verpflichtet, eine identische Kopie des Schriftstücks dem Notar als Ersatz zur Verwahrung zu übergeben, soweit eine solche vorhanden oder mit vertretbarem Aufwand zu beschaffen ist.

3. Kosten

3.1 Die durch die Verwahrung veranlassten Notarkosten trägt/tragen [zum Beispiel: die Beteiligten je zur Hälfte].

3.2 [Im Fall der isolierten Verwahrung:] Im Wege des öffentlichrechtlichen Vertrages gemäß § 126 GNotKG vereinbaren die Beteiligten und der Notar hiermit, dass die Verwahrung Notarkosten in Höhe von einmalig € [...] zzgl. Auslagen und MwSt. nach Maßgabe des GNotKG auslöst.

[...]

Schreiben analog, Schreiben digital – Wandel und Konstanz im Notarberuf durch IT

Von Notar Jens Kirchner, München

Bei dem Beitrag handelt es sich um die nur leicht überarbeitete Redefassung des Festvortrags des Verfassers im Rahmen des Pfälzisch-Bayerischen Notartags 2014 in Landshut.

I. Einleitung

1. Beständigkeit und Wandel

„Nichts ist beständiger als der Wandel“. ‚Beständigkeit‘ hat etwas Beruhigendes, ja Gemächliches und nimmt dem darauf folgenden ‚Wandel‘ das Unbehagen, das dieser vielleicht in uns auslöst. Unter der Überschrift ‚Schreiben analog, Schreiben Digital‘ will ich den Wandel, den die Informationstechnologie in unsere Arbeit getragen hat, beleuchten und einen Blick in die Zukunft wagen. Aber auch die Beständigkeit, das Festhalten an bewährten Prinzipien unseres Berufes und des notariellen Verfahrens, soll in diesem Vortrag Raum haben.

2. Historie der Beschäftigung des Notariats mit der EDV

Wie der lateinische Ursprung seines Namens belegt, schreibt der Notar Rechtsakte und Vereinbarungen der Bürger auf. Er

war schon in seinen Ursprüngen ein Datenspeicherer und ist es bis heute geblieben. Das notarielle Verfahren, das Berufsrecht und die Aufgaben haben sich in den Jahrhunderten entwickelt und gewandelt. Dass sich das Notariat dabei immer den Erfordernissen seiner Zeit angepasst hat, ohne die Grundaufgabe – Rechtssicherheit durch Aufzeichnung sachgerechter Vereinbarungen – aus dem Auge zu lassen, das ist die Basis seines Fortbestandes.

Ob Konrad Zuse, der Erfinder des Computers, ahnte, wie sehr seine Erfindung unser Zusammenleben umwälzte und umwälzt, ob er Facebook mit dem Kommentar „gefällt mir“ versehen hätte, bleibt Spekulation. Sicher hatte er nicht das Notariat im Blick. Wir aber haben schon früh begriffen, dass wir uns der Umwälzung nicht entziehen können. Der EDV-Ausschuss der BNotK wurde schon 1969 eingerichtet. Er hat diesen etwas ‚altertümlichen‘ Namen behalten, auch wenn heute niemand mehr von EDV, sondern nur noch von IT spricht.

Schnell wurde uns auch bewusst, dass EDV keine bürointerne Angelegenheit ist, sondern einer der Schwerpunkte im ‚elektronischen Sprechen mit Partnern‘ im Datenaustausch liegt. *Sigrun Erber-Faller* hat bereits in ihrem Vortrag anlässlich des bayerisch-pfälzischen Notartages 1994 in Bamberg zutreffend darauf hingewiesen, dass wir die elektronische Sprache mit unseren Partnern abstimmen müssen. Diese Abstimmung mit der Justiz, deren Teil wir sind, war von Anfang an sehr fruchtbar. Das elektronische Handelsregister ist als erster echter elektronischer Rechtsverkehr ein Beweis dieser fruchtbaren Zusammenarbeit, auf die wir alle stolz sein können.

Vielleicht ist dieser Erfolg auch einer der Gründe dafür, dass die Länder als Träger der Justizverwaltungen über den Bundesrat ein Gesetzgebungsverfahren angestoßen haben, das 2013 mit dem ‚Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten‘ seinen Abschluss gefunden hat – das e-Justice Gesetz. Entsprechendes gilt für die Verwaltung mit dem e-Government Gesetz aus demselben Jahr. Diese Gesetze verpflichten nicht nur die Justiz und Verwaltung zu einem rein elektronischen Verfahren. Auch Notare und Rechtsanwälte müssen spätestens 2022 das Papier durch Elektronik ersetzen.

Anhand des Arbeitsablaufs im Notariat werde ich Ihnen den Wandel der Arbeitsweise durch die IT aufzeigen, die Möglichkeiten und Probleme erörtern und meine persönliche Einschätzung zur weiteren Entwicklung darlegen.

3. Begriffe

Bevor ich diesem Fahrplan folge, möchte ich denjenigen, die in der Welt unseres elektronischen Rechtsverkehrs nicht zu Hause sind, zwei wichtige Begriffe erklären.

Unter qualifizierter elektronischer Signatur verstehen wir das Verfahren, das die Unterschrift und das Siegel in elektronischer Form abbildet. Durch die elektronische Signatur mit dem geheimen Schlüssel wird das signierte Dokument fixiert. Nachträgliche Veränderungen sind für den Empfänger als Fälschungen erkennbar und zwar durch eine Signaturprüfung mit dem öffentlichen Signaturschlüssel.

Ein öffentliches Register, im Fachjargon Trust-Center, gibt Auskunft, wem der Signaturschlüssel gehört, mit dem signiert wurde. Dieses öffentliche Register führt die Zertifizierungsstelle, die auch unsere Signaturkarten erstellt, nämlich die Bundesnotarkammer. Sie bescheinigt also, welche Person elektronisch unterzeichnet hat und dass diese Person Notar ist. Daher muss auch gesichert werden, dass nur der Inhaber des Signaturschlüssels diesen Schlüssel hat und verwendet. Deshalb befindet sich der geheime Signaturschlüssel, mit dem signiert wird, gesichert, nicht auslesbar und nicht kopierbar auf einer Signaturkarte. Die Signaturkarte kann nur unter Eingabe der PIN verwendet werden. Signaturkarte und PIN darf der Notar nicht weitergeben, sondern beides nur höchstpersönlich verwenden.

Wir Notare erstellen damit die beglaubigten elektronischen Abschriften unserer Urkunden, im Schwerpunkt für das Handelsregister, aber teilweise auch schon für das Grundbuch.

Zur Klarstellung: Auch wenn wir beim Signieren Schlüssel verwenden, hat das nichts mit Verschlüsseln zu tun.

XML, der zweite Begriff, ist die Sprache, mit der sich Datenbanken gegenseitig verstehen können, wenn beide dieselbe Sprache (X-Justiz) und denselben Dialekt (X-Handelsregister) gelernt haben. Daten können so direkt zwischen Datenbanken ausgetauscht werden, stehen also ohne Neueingabe in der Empfängerdatenbank an der richtigen Stelle zur Verfü-

gung.¹ Dem Empfänger wird also die Tipp-Arbeit erspart. Er kann die Daten per ‚Maus-Click‘ übernehmen. Das tun wir täglich bei jeder Handelsregisteranmeldung. Das Registergericht erhält einen fertigen Eintragungsvorschlag als XML-Datensatz, der noch überprüft und dann freigegeben wird.

Nachdem wir das Wichtigste bereits geklärt haben, ist der Rest eine Kleinigkeit.

II. Vorbereitung

Wir beginnen nun mit der Vorbereitung einer Urkunde:

1. ‚Auf Ansuchen‘

Der Notar wird ‚auf Ansuchen‘ tätig, er erhält also einen Auftrag. Der Auftrag in Briefform ist in meiner Praxis eine aussterbende Gattung, das Telefon dient dem Mandanten überwiegend dazu, nachzufragen, ob man die vor fünf Minuten erhaltene E-Mail schon gesehen, gelesen oder gar schon bearbeitet habe.

Der Notar, der per E-Mail antwortet, kann sich bereits Gedanken machen zu § 18 BNotO – Pflicht zur Verschwiegenheit –, der Mutter des notariellen Datenschutzes, die es schon gab, lange bevor der Begriff Datenschutz in aller Munde war. Wir alle wissen, E-Mails sind so vertraulich wie eine Postkarte und können mitgelesen werden und werden es auch. Dank *Edward Snowden* haben wir nun die Gewissheit.

Der erste Versuch des Notarstandes zu Beginn des neuen Jahrtausends, ein Web-Mail-System aufzubauen, das eine vertrauliche Kommunikation mit den Mandanten ermöglicht, ist an der Bequemlichkeit gescheitert. Der Aufwand, ein eigenes Postfach in diesem vertraulichen System zu unterhalten und abzurufen, war den an Geschwindigkeit gewöhnten ‚Usern‘ zu hoch. So verwenden wir weiterhin unverschlüsselte E-Mails und behelfen uns mit der vermuteten konkludenten Einwilligung der Mandanten in den E-Mail-Verkehr, wenn der Mandant uns seinerseits E-Mails zusendet. Dabei ist uns bewusst, dass das auf Dauer keine befriedigende Lösung ist. Alle Berufsgruppen mit Verschwiegenheitspflicht haben dieselbe Baustelle, die nun dringlich nach einer Lösung sucht. DE-Mail ist die Lösung wohl nicht, wegen fehlender Verschlüsselung des gesamten Kommunikationsweges.

Das Notarnetz unserer Notar GmbH bietet derzeit bereits folgende zwei Lösungen für Dauermandanten:

- Der Mandant erhält einen eigenen Mailaccount im Notarnetz. Zu dessen Nutzung kann er sein Standard-E-Mail-Programm verwenden, zum Beispiel Outlook.
- S-MIME (= Secure/Multipurpose Internet Mail Extensions) ermöglicht Verschlüsselung, wenn die Schlüssel vorab zwischen den Partnern ausgetauscht wurden. Zusätzlich müssen diese Schlüssel in die E-Mail-Programme eingebaut werden.
- Eine dritte Lösung, die auch für Einzelmandanten geeignet ist, wird von der Notar GmbH gerade unter dem Schlagwort ‚Sichere Notarbox‘ vorbereitet. In ihr können Nachrichten samt Anhänge bis zur Größe von 500 MB für den Mandanten verschlüsselt abgelegt werden. Der Mandant erhält vom Notar per Mail einen Link zum Zugriff via Internet, der allerdings dann verschlüsselt (getunnelt) erfolgt. Das Zugriffspasswort wird der Notar

¹ *Kirchner/Eberle*, Automatisierte elektronische Registrierung im Zentralen Register für Vorsorgeurkunden der Bundesnotarkammer, MittBayNot 2004, 242.

dem Mandanten gesondert zukommen lassen. Letztlich funktioniert es so ähnlich wie eine Dropbox. Die Notarbox ist im Gegensatz zur Dropbox sicher, weil die Notar-GmbH gewährleistet, dass keine Zugriffe Dritter auf den Inhalt erfolgen. Auch der Versand von Bauträgerverträgen mit umfangreichen Verweisungsurkunden ist mit der Notarbox in einem Paket möglich. Das Stückeln in mehrere Mails entfällt.

2. Registerinformationen

Nachdem der Notar den Auftrag erhalten hat, benötigt er zur weiteren Bearbeitung Informationen, häufig aus Grundbuch und Handelsregister. Die Zeit, zu der wir Mitarbeiter für die Grundbucheinsichten an das Grundbuchamt und für die Registerinsichten zum Handelsregister schicken mussten, ist vorbei. Die Daten lassen sich bereits seit Langem „online“ und damit auch aktuell einsehen.

Das Handelsregister bietet derzeit gegenüber dem Grundbuch zwei große Vorteile für den Notar: Es kann bundesweit über ein einheitliches Portal eingesehen werden. Und neben der Registereintragung stellt es auch die in der Regel erforderlichen aktuellen sonstigen Dokumente online zur Verfügung, wie zum Beispiel Satzung, Gesellschafterliste oder Aufsichtsratsliste.

Für das Grundbuch ist dies ebenso geplant und zum Teil in der Umsetzung:

Durch das Projekt SAFE (secured Access to federal E-Justice) wird dem Notar und seinen Mitarbeitern ein einheitlicher Grundbuch- und Registerzugang bundesweit eröffnet². Ermöglicht wird dies – vereinfacht ausgedrückt – durch eine Koppelung des Notarverzeichnisses mit dem Justizverzeichnis³. Bis dieses Projekt umgesetzt ist, wird es für die bundesweite einheitliche Grundbucheinsicht eine Zwischenlösung geben, mit deren Pilotierung schon bald begonnen wird. Wir freuen uns, dass hierbei die bayerische Justiz die Federführung hat, bietet das doch die Gewähr für eine erfolgreiche Umsetzung.

Das Grundbuch verzeichnet nur die eingetragenen Rechte. Der Inhalt des Rechts ergibt sich aus den zum Grundbuch eingereichten Urkunden. Derzeit kann man nur das Verzeichnis der Rechte, also das Grundbuchblatt, elektronisch einsehen, die Urkunden selbst aber noch nicht. Sobald die Urkunden elektronisch zum Grundbuch eingereicht werden, können sie auch elektronisch eingesehen werden. Sachsen hat damit bereits in Dresden begonnen, Baden-Württemberg auch in ausgewählten Grundbuchämtern. Im Gegensatz zum Handelsregister wird also die elektronische Urkundeneinsicht mit der schrittweisen Einführung des elektronischen Grundbuchantrages nur schrittweise aufgebaut.

Im Grundbuch gibt es jedoch etwas, was das Handelsregister nicht kennt: Großformatige Pläne. Dass diese auch im elektronischen Grundbuchverfahren nach wie vor in Papierform⁴ eingereicht werden dürfen, ist zu begrüßen.

Allerdings wäre gerade die elektronische Verfügbarkeit der großformatigen Aufteilungspläne, die den Umfang einer

Eigentumswohnung wiedergeben, ein erheblicher Gewinn an Rechtssicherheit. Die Abstimmung zwischen Justiz, Notariat und der öffentlichen Bauverwaltung zur Gestaltung der Aufteilungspläne, die eine elektronische Verfügbarkeit ermöglicht, hatte ich bereits angeregt. Ich freue mich, dass dies im Zuge der Umsetzung des elektronischen Grundbuchantrages in Bayern aufgegriffen wird.

Das Datenbankgrundbuch, dessen gesetzliche Grundlage mit dem Gesetz vom 1.10.2013 geschaffen wurde, wird nach seiner Umsetzung neben anderen Vorteilen auch verschiedene Ansichten des Grundbuchblattes ermöglichen, so wie Sie das aus dem Handelsregister schon kennen. Im Grundbuch wird der Gewinn bei großen unübersichtlichen Blättern enorm sein, wenn wir zum Beispiel die Belastungen flurstücksbezogen rangrichtig ansehen und übernehmen können. Durch die Projektträgerschaft der bayerischen Justiz und die Projektleitung durch das OLG München sind wir nahe am Geschehen und freuen uns auf den Austausch in den regelmäßigen Jour fixe zur IT im Justizministerium.⁵

3. Weitere Register

Weitere Register außerhalb der Justiz kann der Notar nutzen, um sich weitere Informationen zu beschaffen.

Ich nutze sehr gerne den amtlichen Lageplan, den die Vermessungsverwaltung bereits seit Langem zum online-Abruf zur Verfügung stellt. Gerade bei Reihenhäuseranlagen lässt sich so zusammen mit den Mandanten überprüfen, ob auch alle Nebenflächen und Miteigentumsanteile an Wegen in der Urkunde vollständig erfasst sind.

Viele größere Kommunen stellen Verzeichnisse und Karten zu Sanierungsgebieten, Erhaltungssatzungen und Denkmalschutzobjekten zur Verfügung.

Im elektronischen Bundesanzeiger lassen sich die Einladungen zu den Hauptversammlungen überprüfen und weitere eventuell wichtige Unternehmensnachrichten finden.

Die Insolvenzbekanntmachungen im Internet können für den Notar ebenfalls hilfreiche Informationen enthalten.

III. Die Juristerei

Neben Informationen zum Vorgang benötigen wir auch juristische Literatur. Noch immer gelten Juristen als Büchermenschen, was sich in der Ausstattung unserer Beurkundungszimmer mit Regalen voller Kommentare und Fachliteratur widerspiegelt.

Nach meiner eigenen Erfahrung nimmt aber das Blättern in Kommentaren ab, die Recherche in Online-Datenbanken hingegen zu. Dabei denke ich nicht nur an Portale großer juristischer Verlage und an die hervorragende Gutachtendatenbank des DNotI, die ‚barrierefrei‘ aus dem Notarnetz zu erreichen ist: Ich möchte auch auf frei im Netz zugängliche Informationen hinweisen, die uns wichtige juristische Informationen zur Verfügung stellen. Die Internetseiten zum Güterrecht und zum Erbrecht in den einzelnen europäischen Ländern und das europäische Vorsorgeportal bieten einen hervorragenden mehrsprachigen Überblick.

IV. Die Entwurfserstellung

Die Informationen sind nun gesammelt, der Entwurf der Urkunde kann beginnen.

² Büttner, Digitales Vertrauen in den Notar – SAFE und die Trusted Domain „Notare“, DNotZ-Sonderheft, 2012, 104.

³ Büttner, a. a. O.

⁴ Das ergibt sich – auf Grundlage der Verordnungsermächtigung in § 135 Abs. 1 Nr. 4 GBO – aus der jeweiligen landesrechtlichen Verordnung, z. B. § 3 Abs. 2 Satz 3 ERGA-VO (BaWü), § 1 Abs. Satz 2 SächsEJustizVO, jeweils insbesondere für Pläne und Zeichnungen, die ein größeres Format als DIN A3 aufweisen.

⁵ <http://www.grundbuch.eu/>.

Formulare gehören dabei zum Handwerkszeug des Notars. Wer sie nicht verwendet, läuft Gefahr, Wichtiges zu vergessen.

1. Entwicklung der Entwurfserstellung

Früher wurden Formulare abgeschrieben und dabei an den konkreten Fall angepasst. Der Spiritusdrucker, bei dem man auf Matrizen tippte und dann umdruckte, erlaubte mechanische Vervielfältigung ohne eigene Druckereiwerkstatt. Ob die damit hergestellten Urschriften heute noch lesbar sind? Die Durchschläge waren da unter Archivierungsgesichtspunkten deutlich besser.

Die erste aber noch voll analoge Revolution schaffte der Kopierer: Mit einem kopierten Grundformular, Schreibmaschine, Schere, Kleber, Tipp-Ex entstanden die Urkunden, deren Änderungsvermerke am Rand häufig lauteten: ‚Ergänzung siehe am Schluss etc.‘. Sie waren nicht immer schön, hatten aber einen Vorzug: Aus diesen Urkunden ließen sich gut Rückschlüsse auf die Vertragsgenese ziehen.

Die Speicherschreibmaschine erlaubte, je nach Speichergröße, erstmals Textbausteine elektronisch, also digital abzuspeichern. Der Umfang war begrenzt, der Abrufkomfort aus heutiger Sicht mäßig. Aber auch da brachten es manche Notariate zu einer beachtlichen Perfektion, wie ich als Assessor noch erleben durfte.

Dann hielt der Computer mit den Textverarbeitungsprogrammen Einzug, zuerst als Einzelplatzrechner, man musste also wissen, auf welchem Rechner die Datei zu dieser Urkunde lag, später vernetzt, mit zentraler Dateiablage und Zugriff von jedem Rechner.

Die Textverarbeitungsprogramme erlaubten nun einen klaren und übersichtlichen Aufbau samt Gliederung mit Überschriften, Änderungen und Ergänzungen am sachlich richtigen Regelungsort, passende und ausdifferenzierte Bausteine, die auch schnell an neue Rechtsprechung angepasst werden können. Die Möglichkeit, Kommentare zu hinterlegen, die am Bildschirm farblich aufscheinen, können Checklisten ersetzen.

2. Datenbank und Textverarbeitung

Einen großen Fortschritt stellte das sich entwickelnde Zusammenspiel der Datenbank mit Textformularen dar. Man spickt dazu die in der EDV hinterlegten Formulartexte mit Datenfeldern, die dann für den konkreten Vorgang nicht händisch ausgefüllt, sondern aus der Datenbank befüllt werden. Die Arbeitersparnisformel ist einfach: Daten einmal vorgangsbezogen eingegeben sind an vielen Stellen ohne Neueingabe nutzbar, also einmal richtig, immer richtig (aber auch: einmal falsch, immer falsch).

Diese Entwicklung leistete der Markt nur im Schnecken-tempo. Wir mussten ihm etwas Beine machen durch Förderung des Wettbewerbs: Auf unseren Präsentationsveranstaltungen des EDV-Praxisforums des Bayerischen Notarvereins Ende des letzten Jahrtausends konnten sich Notare und Mitarbeiter einen Überblick über die Systeme und deren Funktionsweise verschaffen.

3. Strukturdatenaustausch und XML

Was wäre noch schöner, als die Daten nur einmal eintippen zu müssen? Gar nicht mehr eintippen zu müssen, also einen fertigen XML-Datensatz zu bekommen, der per Click übernommen werden kann.

Unser Wunsch nach einem entsprechenden Komfort wurde von der bayerischen Justiz erhört. Aus dem bayerischen Registerportal (<https://handelsregister.justizregister.bayern.de>) können die Registerdaten als XML-Datensatz heruntergeladen werden und für Unterschriftsbeglaubigungen und Vertretungsbescheinigungen aber auch für Urkunden verwendet werden. Die Landesnotarkammer Bayern hat dies zusammen mit dem Bayerischen Staatsministerium der Justiz auf dem ‚IT-Forum‘ in München am 5.12.2011 präsentiert.

Wir danken der bayerischen Justizverwaltung dafür, dass sie diese Funktion ‚XML-Zurück‘ eingerichtet hat und schätzen uns sehr glücklich, dass wir von der Justiz die Zusage haben, dass wir auch beim Grundbuch nicht nur den Grundbuchauszug und die Eintragungsbewilligungen als Bilddatei (tiff, PDF) zurück erhalten, sondern auch hier der Grundsatz ‚XML-Zurück‘ umgesetzt wird. Uns Notaren wird dadurch die automatisierte Übernahme der Strukturdaten aus dem Grundbuch ermöglicht. Auch der Grundbuchauszug muss also dann im Idealfall nicht mehr abgeschrieben werden, sondern kann ‚per Click‘ in die Urkunde übernommen werden.

Leider sind mir bisher keine Anwendungen auf dem Markt bekannt, die diesen XML-Download für die automatisierte Erstellung von Vertretungsbescheinigungen, Unterschriftsbeglaubigungen und Urkundenentwürfe nutzen können. Wir haben dies bei den Notarsoftwarehäusern bereits mehrfach angeregt. Doch selbst die Workshops der Notarnet-GmbH zeigten keinen Erfolg. Eine Alternative wäre, die Sache selbst in die Hand zu nehmen.

V. Verhandlung

Der Entwurf ist nun fertig, wenn auch noch mit viel Tipp-Arbeit, wir kommen zur Beurkundung.

1. In die Augen schauen

Die Beurkundung heißt auch – zu Recht – Verhandlung, geht also davon aus, dass über den Inhalt der Urkunde noch diskutiert und der Entwurf geändert oder verbessert wird, bis er als endgültige Urkunde den übereinstimmenden Willen der Parteien fixiert. Zu Recht steht das Standesrecht sogenannten Distanzgeschäften, zum Beispiel durch Angebot und Annahme kritisch gegenüber, (§ 17 Abs. 2a, Nr. 1 BeurkG, Richtlinie II,1 lit a9- d) RLBay) das GNotKG ‚bestraft‘ sie durch höhere Gebühren. Ein ‚gemeinsames Verständnis‘ des Vertragstextes entsteht am allerbesten durch das Vorlesen mit Erläuterungen und Rückfragen unter Leitung des Notars und unter persönlicher Anwesenheit der Vertragsparteien.

2. Videobeurkundung

Neue technische Möglichkeiten – Videokonferenzen – haben schon Eingang in das Recht der Hauptversammlung gefunden und werden auch für andere Gremien genutzt (Aufsichtsrat etc.). Wie ich auf dem diesjährigen EDV-Gerichtstag in Saarbrücken erfuhr, nutzt die französische Justiz Videokonferenzen für Gerichtsverhandlungen, zum Beispiel Zeugeneinvernahme in größerem Umfang.

Kann über diesen Weg auch die persönliche Teilnahme an der Beurkundung ersetzt werden? In einem Kreis von Kollegen haben wir diese Frage diskutiert.

Natürlich kann man Videozuschaltung im geltenden Beurkundungsrecht einsetzen, um dem ohne oder mit Vollmacht Vertretenen eine Beobachtung oder auch eingeschränkte Teilnahme zu ermöglichen. Juristisch handelt es sich um einen

normalen Vertretungsfall, die Videozuschaltung ist für die Wirksamkeit der Beurkundung ohne Bedeutung und könnte auch unterbleiben.

Nun aber die sich aufdrängende Frage: Sollte man eine echte Videobeurkundung zulassen, bei der der Videozugeschaltete seine Willenserklärung per Videoübermittlung aus der Ferne selbst abgibt, und nicht durch einen Vertreter vor Ort?

Technik und Verfahrensvorschriften müssten die freiwillige unbeeinflusste Teilnahme sicherstellen, zum Beispiel dadurch, dass auch der/die Zugeschaltete bei einem Notar sitzt und nicht in einem Keller mit Pistole am Kopf. Aber auch dann ist die Zuschaltung schon technisch nicht gleichwertig mit der persönlichen Teilnahme, denn die Kamera kann nur das einfangen, was man sie einfangen lässt. Ohne Psychologe zu sein, stelle ich aus Erfahrungen mit Skype fest: Eine Videozusammenkunft als virtuelles Treffen hat eine geringere Qualität als ein reales Treffen. Die Mandanten erhöhen eben ihre Aufmerksamkeit, wenn sie das Beurkundungszimmer des Notars betreten und können auch an nicht verbaler Kommunikation teilnehmen.

Daher breche ich hier eine Lanze für die Beständigkeit: Videobeurkundung nein, die persönliche Teilnahme beim Notar muss bleiben.

Das sollte uns aber nicht davon abhalten, die Entwicklung in der Praxis in anderen Bereichen aufmerksam zu beobachten und zu analysieren.

3. Elektronische Unterschriftsbeglaubigung – Fernbeglaubigung?

Muss der Mandant für die Beglaubigung seiner Unterschrift im e-Rechtsverkehr noch persönlich zum Notar, um seine Unterschrift vor ihm zu leisten? Wäre nicht auch eine Fernbeglaubigung denkbar, bei der der Mandant das mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur signierte Dokument übersendet?

Eine Unterschriftsbeglaubigung, reduzierte man sie auf eine reine Unterschriftenprüfung, schiene auf den ersten Blick als eine solche Fernbeglaubigung im elektronischen Verfahren denkbar. Denn dann könnte die Signatur technisch überprüft werden, und die signierte Erklärung dem Signaturkarteninhaber zugeordnet werden. Es ist allerdings auch dabei nicht gesichert, wer wirklich signiert, also die Signaturkarte tatsächlich benutzt hat, denn die Karte mit PIN kann weitergegeben werden oder ausgeforscht worden sein. Es wurde daher vorgeschlagen, die PIN durch biometrische Merkmale zu ersetzen.

Biometrische Merkmale versprechen aber nur auf den ersten Blick eine bessere Sicherheit. Ein Fingerabdruck lässt sich, wie der Chaos Computer Club bei Sektempfängen gerne durch Fingerabdruckabnahme vom Sektglas vorführt, auch ohne den lebenden Finger reproduzieren. Schon von der Beweissicherheit ist also die Fernbeglaubigung der derzeitigen Unterschriftsbeglaubigung selbst bei Verwendung der qualifizierten elektronischen Signatur nicht ebenbürtig.

Zudem würde eine Fernbeglaubigung nicht die tatsächlichen weiteren Funktionen der Unterschriftsbeglaubigung erfüllen, nämlich damit verbundene Beratung, Übereilungsschutz und Entschleunigung.

Zweite Lanze für die Beständigkeit: Für die Unterschriftsbeglaubigung gilt also ebenso wie auch für die Beurkundung: Der unmittelbare Kontakt zwischen Notar und Mandant muss bleiben.

VI. Die Verkörperung

Wo zeichnen wir das Ergebnis der Verhandlung auf?

1. Verkörperung auf Papier

Nach derzeit gültigem Recht, nämlich dem Beurkundungsgesetz, auf Papier. Allerdings: Beglaubigte Abschriften erstellen wir bereits in erheblichem Umfang elektronisch, nämlich für das Handelsregister und teilweise auch schon für das Grundbuch. Dies wird in § 39a BeurKG zu gelassen.

Auch die Mandanten wünschen verstärkt eine elektronische Abschrift. Daher werden auch wir uns der Frage stellen müssen, ob die rein elektronische Aufzeichnung unserer Urkunden durch Gesetz zugelassen werden soll.

Daraus ergeben sich zwei Problemfelder: dauerhafte Fälschungssicherheit und papierlose Unterschrift der Mandanten.

Die Fälschungssicherheit elektronischer Urkunden scheint gelöst, wir erinnern uns: durch die qualifizierte elektronische Signatur.⁶

Allerdings haben Signaturen einen begrenzten Sicherheitszeitraum. Mit höheren Rechnerleistungen können heute sichere Signaturen später möglicherweise geknackt werden.

Daher ist die elektronische Urkunde nur wirklich sicher, wenn sie von einer vertrauenswürdigen Stelle, also dem Notar, elektronisch verwahrt wird. Dann hat ohne seinen Willen keiner Zugriff auf die elektronische ‚Urschrift‘ der Urkunde und sie kann nicht gefälscht werden.⁷

Diese technischen Anforderungen wird nicht jeder Notar für sich in sicherer Weise erfüllen können. Daher sehe ich als Voraussetzung für rein elektronische notarielle Urkunden das elektronische Urkundenarchiv, das die technische sichere Verwahrung dem Notar abnimmt, allein aber dem Notar die Verwaltung und den Zugriff belässt.⁸

Nun zur Unterschrift: Ich stimme der Feststellung von Frau Prof. *Preuß* in ihrem Beitrag auf dem Notartag 2012 uneingeschränkt zu,⁹ dass die Beurkundung von Willenserklärungen als reine Zeugniskunde ohne Beteiligtenunterschrift auch de lege ferenda ein Irrweg wäre. Die Unterschrift der Beteiligten ist ein bewährter Teil des Beurkundungsverfahrens bzw. dessen Abschluss.

Aber wie unterschreiben die Beteiligten die elektronische Urkunde? Brauchen sie eine eigene Signaturkarte für eine qualifizierte elektronische Signatur – die im privaten Bereich fast keine Verbreitung gefunden hat – oder wäre auch eine Unterschrift auf dem Unterschriften-Pad ausreichend – Sie kennen das vielleicht von den Paketzustellern oder von Ihrer Gemeinde, wenn sie einen Personalausweis beantragen oder erhalten. *Preuß* positioniert sich in ihrem Beitrag nicht eindeutig, scheint aber die Signatur zu favorisieren.¹⁰ Im Hinblick auf das sichere Zeugnis des Notars über die Person des Unterzeichners verbunden mit seiner qualifizierten elektroni-

⁶ Zum System bereits *Erber-Faller*, Perspektiven des elektronischen Rechtsverkehrs, MittBayNot 1995, 182, 187.

⁷ *Sandkühler*, Das Elektronische Urkundenarchiv – nicht nur ein digitaler Keller, DNotZ-Sonderheft 2012, 139, 144.

⁸ Einzelheiten zu diesem Aspekt *Sandkühler*, Das Elektronische Urkundenarchiv – nicht nur ein digitaler Keller, DNotZ-Sonderheft 2012, 139, 144.

⁹ *Preuß*, Das digitale Notarsiegel und elektronische öffentliche Urkunden, DNotZ-Sonderheft 2012, 96, 101.

¹⁰ *Preuß*, a. a. O., 101.

schen Signatur hielte ich die Unterschriften-Pad-Lösung für die richtige gesetzgeberische Wahl.

Ein gutes Pilotprojekt für rein elektronische Urkunden wäre die Unterschriftsbeglaubigung bei Löschungsbewilligungen und Freigaben der Kreditinstitute. Banken sind gewohnt, rein elektronisch zu arbeiten, auch im Bereich hoher Summen. Sie verfügen über eigene IT-Abteilungen, mit denen wir uns professionell abstimmen könnten. Und elektronisches Grundbucheinreichungsverfahren vorausgesetzt, fiel nicht nur bei den Kreditinstituten, sondern auch bei uns der Medienbruch weg.

Hier breche ich eine Lanze für den Wandel: Das Pilotprojekt der rein elektronischen Unterschriftsbeglaubigung mit Banken sollten wir zügig angehen.

Allerdings gibt es noch ein kleines zusätzliches Problem zu lösen.

2. Keine elektronische Urschrift

Sicher ist Ihnen aufgefallen, dass ich von elektronischer Urkunde¹¹ und nicht von elektronischer ‚Urschrift‘ gesprochen habe. Denn in der elektronischen Welt gibt es keine Urschrift – kein e-Original – und auch keine Ausfertigung, der Datensatz kann und wird beliebig oft vervielfältigt.¹²

Wie setzen wir Urschrift und Ausfertigung in der elektronischen Welt um? Wir haben eine dem Grunde nach ganz einfache Lösung aus der Papierwelt, die schon Generationen vor uns entwickelt und perfektioniert haben: Das Register. Wir müssten also nur an das erfolgreiche Zentrale Vorsorgeregister und Zentrale Testamentsregister der Bundesnotarkammer ein notarielles Ausfertigungsregister anschließen, das darüber rechtsverbindlich unterrichtet, wem eine Ausfertigung erteilt ist und ob sie ihm noch ‚zusteht‘ oder wieder entzogen wurde. Optisch könnte man das über eine Ampel lösen. Mir ist bewusst, dass dabei viele Detailfragen zu klären und erhebliche technische Anforderungen zu meistern sind, zum Beispiel Zugriff nur durch den ‚erlaubten‘ Kreis. Aber diese Dinge sind lösbar, davon bin ich überzeugt. Hier liegt gesetzgeberische und praktische Entwicklungsarbeit vor uns.

VII. Vollzug Datenaustausch

1. Papier-Vollzug

Mit der Beurkundung ist es nicht geschehen. Der Notar muss zum Vollzug mit Dritten, also Behörden oder anderen Institutionen in Kontakt treten: Grundbuchamt, Handelsregister, Finanzamt, Gemeinde, Landratsamt, Banken, WEG-Verwalter und nicht zu vergessen, die Register, die die Bundesnotarkammer führt: ZVR, ZTR. Die Liste hat bei Weitem keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

Dieser Vollzug erfolgt – noch – überwiegend papiergebunden. Auch dabei bereiten wir Notare die Daten bereits unterschiedlich auf. Das Grundbuchamt bekommt ein Antragsschreiben mit wesentlichen Daten, zum Beispiel die Grundbuch-Blattstelle und die konkreten Anträge sowie die Urkunde in beglaubigter Abschrift oder Ausfertigung. Die Grunderwerbsteuerstelle erhält den Vertrag als einfache Kopie und die Anzeige auf einem vorgeschriebenen Formblatt mit Datenfeldern. Die Kommune erhält zum Vorkaufsrecht nur eine Anzeige mit einem Datenauszug, aus dem sich die Beteiligten, das betroffene Grundstück und die Urkundendaten ergeben, nicht aber die Urkunde selbst.

¹¹ Preuß, a. a. O., 103.

¹² Preuß, a. a. O., 100.

2. Elektronischer Vollzug – Handelsregister

Nur dem Handelsregister übermitteln wir ausschließlich digitale Daten. Das Verfahren dürfte in diesem Saale der überwiegenden Zahl der Hörer bekannt sein: Wir schicken Daten, die das Gericht liest und prüft, nämlich die elektronische beglaubigte Abschrift (Bilddatei) und Daten, die in die EDV des Gerichts eingespeist werden, den XML-Datensatz.

Schlagwortartig ausgedrückt: Tiff für den Kopf des Gerichts, XML für die IT des Gerichts.

Zu Beginn nutzten wir dafür zwei getrennte Programme, nämlich X-Notar und Sig-Notar. Diese sind nun zu X-Notar verschmolzen.

3. EGVP und beN

Das dritte Programm, das wir für den elektronischen Rechtsverkehr noch benötigen, ist EGVP, das elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach, mit dem wir sichere OSCI-Nachrichten mit der Justiz und der Verwaltung austauschen können. Wir sind uns mit der Justiz einig, dass wir an diesem sicheren Kommunikationsverfahren festhalten. DE-Mail, das vom Gesetzgeber auch eine Zulassung erhalten hat, überzeugt uns nicht wirklich. Mangels Ende zu Ende Verschlüsselung ist es weit vom Sicherheitsstandard des OSCI-Verfahrens entfernt.

Dass der sog. EGVP-Client, also das Programm, mit dem wir die EGVP-Nachrichten versenden und empfangen, künftig Teil von X-Notar sein wird, wurde bereits mehrfach angekündigt. Über die Verknüpfung mit dem Notarverzeichnis der Bundesnotarkammer wird sichergestellt werden, dass jeder Notar genau ein EGVP-Postfach hat. Damit haben wir das besondere elektronische Notarpostfach (beN) geschaffen. Der bisherige gesonderte EGVP-Client wird übrigens Ende 2015 abgeschaltet. Wer bis dahin nicht auf das neue X-Notar upgedated hat, kann dann gar nichts mehr elektronisch an das Gericht schicken.

Die elektronischen Vollzugsmitteilungen in Grundbuchsachen erhalten wir künftig ebenfalls per EGVP. Es würde mich freuen, wenn sich alle bayerischen Kollegen diesem Verfahren zur Zustellung der elektronischen Vollzugsmitteilung anschließen könnten und so die Justiz entlasten.

4. XML-Datenrundlauf

Der elektronische Rechtsverkehr kann auch unseren Arbeitsaufwand erheblich reduzieren. Wir brauchen dazu eine gute Notariats-EDV: Datenbank und Datenstruktur müssen dem richtigen XML-Format entsprechen, was ein Einspielen der Daten nicht nur in den Urkundentext und die Vollzugsbriefe erlaubt, sondern auch Ausgabe als XML-Datensatz für den Vollzugspartner, zum Beispiel elektronische Handelsregistervorlage ermöglicht. Dies würde die Tipp-Arbeit in die X-Notar-Eingabe-Masken überflüssig machen. Teil-Übernahmemöglichkeiten aus den Notarprogrammen hin zu X-Notar gibt es schon. Die Verbesserungsskala ist nach oben offen.

Richtig Spaß macht es, wenn der XML-Datenrundlauf funktioniert, also (1) Ziehen der XML-Daten aus dem Register, abspeichern in der eigenen Datenbank, (2) verwenden und bearbeiten für Urkundenerstellung, Urkundenrolle und Namensverzeichnis, und schließlich (3) ausgeben als XML-Datensatz und dann an die Vollzugspartner – derzeit Handelsregister und zum Teil Grundbuchämter – versenden.

5. Vollzugsdienst-Vollzugsclient

Allerdings bleibt dem Notariat dann noch die Last der Poststelle, also des Versendens mit dem richtigen Kommunikati-

onstool: EGVP für die Justiz, Elster für die Finanzverwaltung, verschlüsselte Mail für Mandanten etc.

Schön wäre es, diese Last noch los zu werden, an eine virtuelle Poststelle, auch elektronischer Vollzugsdienst genannt: Der bekommt die elektronisch beglaubigte Urkunde und den kompletten XML-Datensatz zu der Urkunde, der alle Strukturdaten umfasst, die überhaupt von irgend einem Kommunikationspartner im Rahmen des Vollzugs benötigt werden. Der XML-Datensatz enthält auch sog. Metadaten (Steuerdaten), aus denen automatisiert ausgelesen werden kann, wo der Vollzug spielt. Der Vollzugsdienst kennt das Behördenverzeichnis und weiß also, wo die zuständige Vorkaufsrechtsstelle ist, in welchem Format diese den Datensatz zu bekommen hat und welche Daten sie erhalten muss. Durch zentrale Pflege ist das System immer à Jour. Sie können sich also den Nachkauf des Behördenverzeichnisses sparen.

Den Vollzugsdienst kann sinnvoller Weise nur der Notarstand zentral, zum Beispiel durch die Notarnet GmbH betreiben. Denn bei der Abstimmung der Kommunikation spielen oft standesrechtliche Fragen eine Rolle.

Abgesehen davon kann man es den Behörden und Gerichten wohl schwer zumuten, sich für die Notarkommunikation mit verschiedenen IT-Häusern abzulagen.

Überlassen wir im elektronischen Rechtsverkehr mit solchen von mir gerade skizzierten Lösungen (XML-Datenrundlauf und Vollzugsdienst) der IT das, was sie besser und effektiver kann, dann haben die Zeit für das, was sie nicht kann: Zeit für maßgeschneiderte rechtliche Lösungen für unsere Mandanten.

VIII. ENA – elektronisches Notaranderkonto

Ein weiteres besonderes elektronisches Projekt wird gerade im Pilotbetrieb in Hamburg und im Rheinland getestet, nämlich das elektronische Notaranderkonto. Drei Sicherheitsbausteine heben es so vom normalen E-Banking ab, dass es unseren Ansprüchen an Sicherheit und Vertraulichkeit genügen kann:

- Betrieb im Notarnetz, also unserem geschlossenes Kommunikationsnetz (VPN) und nicht im offenen Internet
- Aufträge vom Notar nur mit seiner Notar-Signaturkarte
- Mitteilung der Bank über Kontobewegungen auch unmittelbar und sofort an die Mandanten, also die wirtschaftlich Berechtigten.

Der Austausch von XML-Daten führt zu einer erheblichen Reduzierung des Buchungsaufwandes sowohl bei Banken als auch beim Notar. Die bisherigen Erfahrungen im Pilotbetrieb, der mit der Deutschen Bank erfolgt, sind positiv. Natürlich wird das System im Endzustand bankenneutral sein.

IX. Die Archivierung

Die Urkunden müssen nicht nur vollzogen, sondern auch archiviert werden:

1. Zweck der Archivierung

Die Archivierung des Notars gewährleistet zweierlei:

- Die Nachvollziehbarkeit der von ihm beurkundeten oder beglaubigten Rechtsakte auch nach einem Zeitraum von 100 Jahren.
- Die Sicherung vor Verfälschung.

2. Ausgangssituation

Bereits jetzt gibt es zwei große Archivbereiche: Die Nebenaktensammlung und die Urkundensammlung. Das für die Papierwelt ausgeklügelte Metadatensystem, nämlich Urkundenrolle und Namensregister, ermöglicht es, die Urkunde und Nebenakte nach dem Urkundennummernprinzip (Metadaten), aber auch personenbezogen zu finden. Die Recherche in Urkundenrolle und Namensverzeichnis erfolgt allerdings heute nicht mehr blättern im Papierausdruck, sondern elektronisch. Die Urkunde selbst wird aber noch aus dem Archiv geholt, sie liegt in der Regel nicht als abrufbarer Scan vor.

Volle Staatsarchive und volle Aktenkeller der Amtsgerichte im Anwaltsnotariatsbereich haben zu dem Wunsch der Justizverwaltungen geführt, dass die Notare die Verwahrung der Urkundensammlung selbst übernehmen.

3. Elektronisches Urkundenarchiv

Nach kurzen Erwägungen, alles wie bisher in Papier in große Lager Räume zu packen, setzte sich die moderne Lösung einer elektronischen Archivierung durch. Dabei bleibt im Bereich des hauptberuflichen Notariats die Verwahrung unverändert: Es verwahrt der Notar, nur er und seine von ihm dazu berechtigten Mitarbeiter haben Zugriff auf seine Urkunden, danach sein Amtsnachfolger, dem die elektronische Urkundensammlung übergeben wird. Technisch errichtet und betreibt die Bundesnotarkammer nicht das eigentliche elektronische Urkundenarchiv, sondern sie baut nur ein sicheres Archivgebäude, in dem jeder Notar seinen eigenen nur ihm zugänglichen virtuellen Archivraum erhält. Für jede Urkunde gibt es darin ein eigenes Schließfach.

Dabei werden nicht nur die Scans der Urschriften, die der Notar signiert, über das sichere Notarnetz an das Archiv gesendet und dort gespeichert. Im elektronischen Urkundenarchiv werden auch Urkundenrolle und Namensverzeichnis mitgeführt, wobei diese in der elektronischen Welt eine Einheit darstellen. Es sind nur unterschiedliche Suchmöglichkeiten in derselben Datei. Diese sog. Metadaten für die Urkundenrolle und das Namensverzeichnis sowie Erbvertragsverzeichnis künftig ‚Urkundenverzeichnis‘¹³ schicken wir als XML-Datensatz mit.

Die technischen und organisatorischen Anforderungen an dieses Archivgebäude sind immens, erste technische Grundsatzüberlegungen zur Struktur sind vorhanden und auf Plausibilität geprüft.

Eine detaillierte Beschreibung aller Problemstellungen würde alleine einen Vortrag füllen.

Ohne gesetzliche Grundlage ist natürlich ein solches Projekt nicht zulässig. Hier ist die BNotK unter Einbeziehung der regionalen Kammern mit dem BMJV und den Landesjustizverwaltungen in Abstimmung. Anpassungen der BNotO und des Beurkundungsgesetzes sind erforderlich, technische Regelungen werden sinnvollerweise in flexibleren untergesetzlichen Normen geregelt, zum Beispiel Verordnungen. Denn die Technik ändert sich schnell und die Normen müssen

¹³ Das Urkundenverzeichnis tritt an die Stelle der bisherigen Urkundenrolle, des Namensverzeichnisses und des Erbvertragsverzeichnisses. Des Weiteren gibt es auch in Zukunft das Verwahrungsverzeichnis sowie (im Bereich der Notarkasse München sowie der Ländernotarkasse Leipzig) das Kostenregister. Darüber hinaus soll es nach derzeitigem Stand – statt dem ursprünglich vorgeschlagenen Nebenaktenverzeichnis – ein „Verzeichnis der Verfügungen des Notars, durch die der Notar die Aufbewahrungsfrist für Nebenakten verlängert hat“ geben. Das Ganze steht in § 1 Abs. 2 der RVO-E zu § 36 BNotO-E.

sich daran schnell anpassen können. Es besteht die berechnete Hoffnung, das Gesetzgebungsverfahren zur elektronischen Urkundenarchivierung in dieser Legislaturperiode abschließen zu können.

Nur ergänzend: Auch die Nebenakten können in diesem System in einem gesonderten Bereich, dem eNA (elektronischer Nebenaktenspeicher) gespeichert werden.

X. Datenschutz

1. Datenschutz in aller Kürze

Derzeit gelten für uns Notare die Landesdatenschutzgesetze, soweit nicht unser Berufsrecht speziellere berufsspezifische Datenschutzvorschriften enthält. Eine solche berufsspezifische Paradenorm ist § 18 BNotO, die Verschwiegenheitspflicht. Wir können aber auch andere Vorschriften zur Datenerhebung vorweisen, zum Beispiel §§ 9, 10, 40 Abs. 4 BeurkG (Identitätsfeststellung), § 17 BeurkG (Sachverhaltsforschung).¹⁴

Wesentliche Punkte des Datenschutzes sind durch bereichsspezifische Regelungen des Notarrechts erfasst. Sie verdrängen aber nicht das gesamte Landesdatenschutzrecht. Verfahrensverzeichnis, Datenschutzbeauftragter des Notars, Rechte des Landesdatenschutzbeauftragten bleiben, Abgrenzungsschwierigkeiten und ‚Kompetenzgerangel‘ sind nicht auszuschließen. Da Datenschutz ein zentraler Bereich der notariellen Tätigkeit ist und wir uns des bundeseinheitlich gebliebenen Berufsrechtes glücklich schätzen können, wäre auch eine vollständige bundeseinheitliche bereichsspezifische Regelung des Datenschutzrechtes für Notare erwägenswert. Sie muss dabei die europarechtliche Regelung, nämlich die angekündigte EU-Datenschutzgrundverordnung, im Blick behalten.

2. Datensicherheit

Wichtiger erscheint mir, dass wir dem §18 BNotO im Wandel der Technik in unserem Büroalltag weiter die erforderliche Aufmerksamkeit widmen. Jeder meiner Kolleginnen und Kollegen möge sich bei den folgenden Beispielen an die eigene Nase fassen: unverschlüsselte Datensicherungen, die mit nach Hause genommen werden, der Bürokalendar auf

dem Handy, die Festplatte des Kopierers bei dessen Entsorgung, der USB-Stick mit dem Kaufvertrag, der aus der Hose fällt. Wir können es uns nicht leisten, dass wir mit Sicherheitslücken in der Presse auftauchen oder unsere lesbaren Festplatten auf einem Flohmarkt.

Ein verlässliches System, das uns nach außen sichert und sichere Lösungen für Fernzugriff und elektronische Kommunikation maßgeschneidert für Notare anbietet, ist das Notar-netz der Notar-net GmbH. Sieben verschiedene Virens Scanner scannen da zum Beispiel ständig Ihre elektronische Post.

Aber auch die Büro-IT und deren Bedienung – Faktor Mensch – müssen sicher sein. Hier bietet der Bayerische Notarverein die Möglichkeit, das eigene System von einem IT-Prüfer auf Herz und Nieren untersuchen zu lassen.

XI. Schlusswort

Ich fasse zusammen:

Es kommen große Herausforderungen und Veränderungen auf uns zu, die der/die einzelne Kollege/Kollegin nicht alleine meistern können. Beim elektronischen Handelsregister sind wir gut damit gefahren, nicht auf den Markt zu vertrauen, sondern die Werkzeuge, also die Programme, die der einzelne Notar braucht, selbst herzustellen und zu liefern. Mit dem elektronischen Grundbuch und dem elektronischen Urkundenarchiv kommen andere Dimensionen auf uns zu, die sich mit der derzeitigen Programmstruktur nicht mit angemessenem Aufwand werden meistern lassen. E-Government, also elektronischer Rechtsverkehr mit den Verwaltungs- und Finanzbehörden, wird nochmals zu einem Quantensprung führen. Lösungen sind nicht nur angedacht, sondern schon konzipiert und auch teilweise angelegt und getestet. Ich habe Ihnen das vorgestellt, zum Beispiel den Vollzugsdienst oder den Datenrundlauf.

Nur alle Notare gemeinsam können wir diese Aufgabe bewältigen zusammen mit der Justiz, deren Teil wir sind. Das erfordert einen kritischen Diskurs und das Treffen von Entscheidungen. Deren Umsetzung wird uns Einsatz abverlangen, auch finanziellen. Aber nur wenn wir gemeinsam an einem Strang ziehen, haben wir den Datenstrang im Griff.

Nicht weil es schwer ist, wagen wir es nicht, sondern weil wir es nicht wagen ist es schwer, so Seneca.

Oder moderner: Yes, we can.“

¹⁴ Püls, DNotZ-Sonderheft 2012, 120.

BUCHBESPRECHUNGEN

Krauß: Immobilienkaufverträge in der Praxis. 7. Aufl., Carl Heymanns, 2014. 1940 S., 139 € + CD-ROM

1. Mitte des vergangenen Jahres – und damit nur gut zwei Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe – hat *Hans-Frieder Krauß* sein Werk „Immobilienkaufverträge in der Praxis“ erneut auf den aktuellen Stand gebracht.

Das Werk ist in fünf Kapitel untergliedert. Im ersten Kapitel beleuchtet *Krauß* das zivil- und berufsrechtliche Umfeld, in welches der Immobilienkauf eingebettet ist. Das zweite Kapitel ist der Gestaltung von Immobilienkaufverträgen gewidmet und stellt damit gewissermaßen die Herzkammer des Werkes dar. Es folgt im Gang der Darstellung dem typischen Vertragsaufbau und dürfte damit jedem Praktiker intuitiv zugänglich sein. Besonders hilfreich sind die unzähligen Formulierungsvorschläge zu nahezu allen erdenklichen Problemfällen, die *Krauß* dem Leser an die Hand gibt.

Im dritten Kapitel befasst sich der Autor unter der Überschrift „Querschnittsdarstellungen“ unter anderem mit den insolvenzrechtlichen und steuerrechtlichen Bezügen des Immobilienkaufs. Im vierten und fünften Kapitel folgen schließlich auf beinahe 400 Seiten ganz überwiegend unkommentierte Vollzugsmuster, Checklisten und Merkblätter (auch zum Bauträgervertrag, der im Übrigen aber aus der Darstellung ausgenommen ist) sowie Gesamtvertragsmuster zu allen wesentlichen Konstellationen des Immobilienkaufs, angefangen beim „Standardkaufvertrag, Eigenheim“ über einen Kaufvertrag deutsch/englisch bis hin zur Vertragsaufhebung.

2. In seinem Vorwort gibt der Autor an, Rechtsprechung und Gesetzesänderungen bis einschließlich Februar 2014 eingearbeitet zu haben. Tatsächlich ist er hierüber aber noch hinausgegangen. Um dies zu erkennen, braucht man nicht weit zu blättern. Spätestens bei Randnummer 21 bekommt man eine erste Ahnung davon, welche hohe Ansprüche der Autor an Aktualität und Vollständigkeit seines Werkes stellt. Hier nennt der Autor nach jedem Verweis auf eine Vorschrift des – aus heutiger Sicht – BGB „alter Fassung“ über Informationspflichten und Widerrufsrechte bei Verbraucherverträgen bereits deren Standort in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie „ab 13.6.2014“.

Dies lässt umso mehr aufmerken, als die betreffende Passage nicht Teil eines allgemeinen Überblickskapitels ist; hier wäre eine Berücksichtigung von – aus Sicht des Zeitpunktes des Erscheinens des Werkes – zukünftigen Gesetzesänderungen durchaus zu erwarten. Die betreffende Passage gehört vielmehr zu einem Abschnitt, der dem Mietkauf und der Stundung des Kaufpreises gewidmet ist, und damit zu einem Abschnitt, bei dessen Überarbeitung es alles andere als selbstverständlich ist, an die Einarbeitung einer zukünftigen Reform im Bereich des Verbrauchervertragsrechts zu denken.

Doch damit nicht genug. Blättert man ein wenig weiter, stößt man bei Randnummer 215 auf eine gründliche systematische Aufarbeitung des gesamten „Normkomplexes“ – selten dürfte dieser Ausdruck besser gepasst haben als hier – der neu gefassten §§ 312 ff. BGB. Hierbei gelingt es dem Autor, gleichsam vorgehend Stellung zu beziehen zu Aspekten der Neuregelung über Finanzdienstleistungen, die zwischenzeitlich – aber eben doch erst *nach* ihrem Inkrafttreten – für einiges Kopfzerbrechen gesorgt haben: „Sicherungsgeschäfte des Verbrauchers (...) sind nicht erfasst“! Es „fehlt an dem nach

§ 312c Abs. 1 BGB n. F. ebenfalls erforderlichen „für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystem“! Von der Abgabe einer Bestätigung des Notars gemäß § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 13 Hs. 2 i. V. m. § 312d Abs. 2 BGB n. F., dass die Rechte des Darlehensnehmers aus Art. 246b EGBGB n. F. gewahrt seien, „kann nur dringend abgeraten werden“!

3. Ergänzen ließen sich diese Ausführungen zu §§ 312 ff. BGB n. F. allenfalls um einen Hinweis auf die Auswirkungen der Neuregelung des allgemeinen Verbrauchervertragsrechts auf die Beurkundung von Maklerklauseln (siehe allgemein zu Maklerklauseln auch Rdnr. 2718 ff. des Buches). Hier ist in jüngster Zeit die Frage in das Blickfeld gerückt, ob bzw. in welchen Fällen der Notar die Beteiligten über die Unwideruflichkeit einer Maklerklausel belehren muss.

a) Der Widerruf notariell beurkundeter Verträge ist für den Bereich der außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge und der Fernabsatzverträge in §§ 312 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 312g Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 13 BGB geregelt. Danach dürfte ein Widerruf notariell beurkundeter Maklerklauseln generell ausscheiden. Nach dem Wortlaut des § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 13 BGB kommt ein Widerrufsrecht bei einem notariell beurkundeten Vertrag nämlich von vornherein allenfalls dann in Betracht, wenn es sich dabei um einen Fernabsatzvertrag über Finanzdienstleistungen handelt. Maklerklauseln fallen aber schon nicht unter den Begriff der „Finanzdienstleistung“ im Sinne von § 312 Abs. 5 Satz 1 BGB (im Ergebnis ebenso *Hertel*, in *Limmer/Hertel/Frenz/Mayer* (Hrsg.), Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 496; vgl. allgemein zur Reichweite des § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 13 BGB, insbesondere zu seinem „Vorrang“ vor § 312 Abs. 2 Nr. 1 BGB, auch die Stellungnahme des BT-Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/13951, S. 62).

b) Die Frage nach dem Bestehen einer diesbezüglichen Belehrungspflicht des Notars ist damit aber noch nicht beantwortet. Auf den ersten Blick mag zwar bereits der bloße Gedanke an eine Belehrungspflicht hinsichtlich der unwideruflichen Geltung notariell beurkundeter Abreden befremdlich wirken. Eine dahingehende Belehrungspflicht würde aber durchaus zu dem Verbraucherbild passen, welches der Neuregelung der §§ 312 ff. BGB zugrunde liegt. Und sie wäre auch vor dem Hintergrund der allgemeinen Ausdehnung des Widerrufsrechts jedenfalls *prima facie* nicht gänzlich unplausibel.

Als Rechtsgrundlage einer Belehrungspflicht des Notars hinsichtlich der Unwideruflichkeit notariell beurkundeter Maklerklauseln kommen § 312 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 lit. b Hs. 2 BGB und § 17 Abs. 1 BeurkG in Betracht.

aa) Das Bestehen einer Belehrungspflicht nach § 312 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 lit. b Hs. 2 BGB setzt nach dem Wortlaut der Vorschrift einen (1) nicht beurkundungspflichtigen, aber gleichwohl notariell beurkundeten (2) Verbrauchervertrag voraus, der (3) eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand hat, (4) außerhalb von Geschäftsräumen oder im Fernabsatz geschlossen wird und (5) kein Vertrag über Finanzdienstleistungen ist. Da nicht ersichtlich ist, worin bei einer typischen Maklerklausel die „entgeltliche Leistung des Unternehmers“ (§ 312 Abs. 1 BGB!) liegen soll – insbesondere dürfte der bloß mittelbare Bezug zum Maklervertrag nach allgemeinen Regeln kaum genügen –, dürfte eine Belehrung

rungspflicht aus § 312 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 lit. b Hs. 2 BGB ausscheiden.

bb) Die Vorschrift des § 17 Abs. 1 BeurkG verpflichtet den Notar unter anderem dazu, den „Willen der Parteien“ zu erforschen und die Beteiligten über die „rechtliche Tragweite“ des Geschäfts zu belehren. Hierbei handelt es sich, wie der BGH jüngst ganz konkret für den Fall einer Maklerklausel in Form eines Schuldanerkenntnisses zugunsten des Maklers klargestellt hat, um eine „Kernregelung des Beurkundungsgesetzes“ und der vorsorgenden Rechtspflege insgesamt (BGH, Urteil vom 24.11.2014, NotSt [Brfg] 1/14, Tz. 29, 31). Der Notar muss in jedem Einzelfall sicherstellen, dass die Aufnahme einer Maklerklausel überhaupt und in ihrer konkreten Ausgestaltung tatsächlich dem Willen der Beteiligten des Kaufvertrags entspricht und von diesen in ihren wesentlichen rechtlichen Wirkungen zutreffend eingeordnet wird, jedenfalls wenn sich die Maklerklausel nicht in bloßer Tatsachendokumentation erschöpft (deklaratorische Maklerklauseln ohne materiellrechtlichen Regelungsgehalt problematisiert der BGH in der vorgenannten Entscheidung nicht; näher *Rachlitz*, DNotZ 2015, Heft 6 [im Erscheinen]).

Speziell mit Blick auf die Unwiderruflichkeit notariell beurkundeter Maklerklauseln bedeutet dies, dass der Notar infolge der Erstreckung des gesetzlichen Widerrufsrechts des § 312g Abs. 1 BGB auf typische Situationen des Maklervertragschlusses gehalten sein kann, die Beteiligten über die gesetzliche Unwiderruflichkeit der notariell beurkundeten Makler-

klausel und die Möglichkeit, dass infolgedessen ein etwaiges Widerrufsrecht bzgl. des Maklervertrages im wirtschaftlichen Ergebnis leer laufen könnte, zu belehren, wenn diese „Gefahr“ in rechtlicher Hinsicht tatsächlich besteht und die Beteiligten diesbezüglich einer Fehlvorstellung unterliegen. Ob eine Maklerklausel ein etwaiges Widerrufsrecht bzgl. des Maklervertrages zu vereiteln vermag, hängt von ihrer konkreten Ausgestaltung ab und dürfte eher der Ausnahmefall sein. Insbesondere rein deklaratorische Maklerklauseln, die sich in bloßer Tatsachendokumentation erschöpfen, dürften von vornherein nicht geeignet sein, ein maklervertragsbezogenes Widerrufsrecht zu vereiteln. Im Übrigen kann die Belehrung im Zweifelsfall vorsorglich erfolgen.

4. Was bleibt als Fazit festzuhalten? Die vorstehenden Ausführungen zeigen, in welche Untiefen man sich begeben muss, wenn man auf ein hervorragendes Werk wie „den Krauß“ nicht nur die üblichen – vollkommen berechtigten! – Lobeshymnen anstimmen möchte, sondern ihm inhaltlich etwas hinzuzufügen versucht (zumal da *Krauß* in notar 2014, 289, 295 f., zwischenzeitlich selbst schon wieder nachgelegt hat). Aufgrund seiner Aktualität und seiner Vollständigkeit sowohl in der Darstellung als auch hinsichtlich der präsentierten Formulierungsvorschläge ist und bleibt das Buch eine unschätzbare und eigentlich unentbehrliche Hilfe für jeden, der mit Vorbereitung, Beurkundung und Vollzug von Immobilienkaufverträgen zu tun hat.

Notarassessor *Richard Rachlitz*, LL.M.
(Stellenbosch), Berlin

Frank/Wachter (Hrsg.): Handbuch Immobilienrecht in Europa. Zivil- und steuerrechtliche Aspekte des Erwerbs, der Veräußerung und der Vererbung von Immobilien. 2. Aufl., C. F. Müller, 2015. 1877 S., 179,99 €

Das Grundstücksrecht ist traditionell ein Rechtsgebiet, das in besonderer Weise durch nationalstaatliche Regelungen geprägt ist. Beim Immobilienerwerb im Ausland gilt es eine Vielzahl länderspezifischer Regelungen und Besonderheiten zu beachten, Probleme zu bewältigen und sich vor Gefahren abzusichern. Viele neuere Entwicklungen auf internationaler und europäischer Ebene wie zum Beispiel die Europäische Erbrechtsverordnung beeinflussen die Fragestellungen des internationalen Immobilienmarkts. Das vorliegende Werk zeigt die verschiedenen Rechtsvorschriften von 23 wichtigen europäischen Ländern auf; behandelt werden Belgien, Dänemark, England, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Kroatien, Luxemburg, die Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal Schweden, die Schweiz, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Türkei und Ungarn. Die Handhabung des Werkes ist einfach, da alle Beiträge einer einheitlichen Gliederung folgen und Auskunft geben über Fragen beim Erwerb, beim Halten sowie bei der Veräußerung und Vererbung von Grundbesitz.

Die Länderberichte gehen auf die grundlegenden Unterschiede im Verhältnis zum deutschen Grundstücksrecht ein, stellen die dinglichen Rechte, das Liegenschafts- und Grundstücksregister dar. Fragen bei einem Grundstückskaufvertrag wie zum Beispiel Inhalt, Verbraucherschutz, Beteiligte,

Makler und Erwerbs-/Veräußerungsbeschränkungen werden beantwortet, auf besondere Vertragstypen und die Immobilienfinanzierung eingegangen. Jeweils werden die Notariatsysteme und Fragen der Anerkennung ausländischer Notarurkunden sowie die Notargebühren behandelt. Angehängt sind jedem Länderteil Muster eines Grundbuchauszuges, eines Kaufvertrages, einer Hypothek, einer Grundstücksverkaufs- und Grundstückserwerbsvollmacht in der Landessprache sowie der deutschen Übersetzung. Hingewiesen wird auf weiterführende deutschsprachige und ausländische Literatur. Fundstellen von Gesetzen und Verordnungen sowie ein Verzeichnis von wichtigen Institutionen, Behörden und Organisationen runden die jeweiligen landesspezifischen Erläuterungen ab. Wohltuend ist, dass auch auf die bei Grundstücksgeschäften relevanten Aspekte des Erbrechts (gesetzliche und gewillkürte Erbfolge, Pflichtteils- und Noterbrechte, Nachlassverfahren und Nachlassabwicklung) sowie des Steuerrechts (Grunderwerbsteuer, Umsatzsteuer, Schenkung- und Erbschaftsteuer) eingegangen wird, auch wenn die Hinweise keineswegs die individuelle Beratung ersetzen können.

Das Werk bietet einen hervorragenden Überblick über das Grundstücksrecht im Ausland, weckt das Verständnis für etwaige Besonderheiten des ausländischen Rechts und ermöglicht eine Kommunikation mit Beteiligten im Ausland. Das gut gelungene Werk ist ein unentbehrlicher Ratgeber bei grenzüberschreitendem Grundstücksverkehr. Wer rund um den Immobilienerwerb im europäischen Ausland kompetent beraten will, kann auf dieses Handbuch nicht verzichten.

Notar a. D. Prof. *Walter Böhringer*, Heidenheim/Brenz

Kallmeyer: Umwandlungsgesetz – Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel bei Handelsgesellschaften. 5. Aufl., Dr. Otto Schmidt, 2013. 1807 S., 149 €

Anzuzeigen ist die neu bearbeitete und erweiterte Neuauflage eines Klassikers: Der „Kallmeyer“, Umwandlungsgesetz, ist im Jahr 2013 in mittlerweile 5. Auflage im Verlag Dr. Otto Schmidt in Köln erschienen. Dabei wurden Rechtsprechung und Gesetzgebung bis Oktober 2012 eingearbeitet, wobei es seither im Umwandlungsrecht keine bahnbrechenden Neuerungen zu vermelden gibt. Die Neuauflage berücksichtigt nicht nur die Änderungen durch das 3. UmwGÄndG und erste Praxiserfahrungen mit MoMiG, ARUG und BilMoG, sondern baut die Kommentierung im Vergleich zur Voraufgabe auch weiter aus.

Wie schon in den Voraufgaben legt die praxisnahe und gut lesbare Kommentierung besonderen Wert auf interdisziplinäre Zusammenhänge und insbesondere das Bilanzrecht, das Arbeitsrecht und das Notarrecht als Querschnittsmaterien. Letzteres zeigt sich in der Mitarbeit der Notarkollegen *Sebastian Blasche*, *Ingo Klöcker*, *Burkhardt W. Meister* und nicht zuletzt *Norbert Zimmermann*. Bestand hat ferner die Fokussierung auf Handelsgesellschaften und die drei praxisrelevanten Umwandlungsmaßnahmen, was sich in dem Untertitel „Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel bei Handelsgesellschaften“ manifestiert.

Die eigene Zielsetzung, die Benutzerfreundlichkeit in den Vordergrund zu stellen und den Leseaufwand in Grenzen zu halten, wird auch in der Neuauflage erreicht. Bei aller Kompaktheit des Werks haben die Autoren in praxisrelevanten Fragen dennoch großen Wert auf Vollständigkeit gelegt. Nicht leisten kann und will das Werk demgegenüber, mit der Tiefe und Breite der Großkommentare wie insbesondere dem *Widmann/Mayer* mitzuhalten. Anders als in dem kompakten Konkurrenzwerk von *Schmitt/Hörtnagel/Stratz* aus dem Verlag C.H. Beck wird auch kein besonderer Fokus auf steuer-

rechtliche Fragen gelegt. Alle wesentlichen zivilrechtlichen Themen sind jedoch mit entsprechenden Fundstellen hinterlegt, so dass man bei besonderen Problemstellungen ggf. weiterführend ausführlichere Kommentare zu Rate ziehen kann.

Inhaltlich wird die hohe Qualität der Voraufgabe gehalten. Darüber hinaus gilt es positiv festzuhalten, dass die zum Teil wesentlichen Neuerungen durch das 3. UmwGÄndG wie beispielsweise die Implementierung eines verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out in § 62 Abs. 5 UmwG mit dem zum Zeitpunkt des Erscheinens vorhandenen Stand der Literatur in hinreichender Ausführlichkeit und praxisgerecht abgebildet sind.

Darüber hinaus gilt auch für die Neuauflage, dass die Autoren in weiten Teilen „hart am Gesetz“ arbeiten, was in dem formalisierten Recht der Unternehmensumwandlung nach dem UmwG von erheblichem Vorteil ist. Nachdem die Wirksamkeit der Umwandlungsvorgänge regelmäßig von der Eintragung im entsprechenden Register abhängt, verbieten sich in der Praxis zu weitgehende Experimente. Dies führt zwar dazu, dass der „Kallmeyer“ in Teilbereichen eine im Vergleich zur herrschenden Ansicht striktere Auffassung vertritt, deren Beachtung aber jedenfalls eine Eintragung der Umwandlungsvorgänge garantiert. Paradebeispiel hierfür ist die strenge Auffassung der Autoren *Meister* und *Klöcker* zur Frage der Identität der Anteilseigner beim Formwechsel zwischen Kapitalgesellschaft und Kapitalgesellschaft & Co KG (Beitritt bzw. Austritt der Komplementärgesellschaft, vgl. § 191 Rdnr. 12, § 194 Rdnr. 25 und § 202 Rdnr. 29 ff.).

Insgesamt gesehen verdient der „Kallmeyer“ weiterhin großes Lob. Den Autoren gelingt es, das Umwandlungsrecht praxisnah und übersichtlich zu behandeln und damit einen schnellen Zugriff auf die wesentlichen Fragen des UmwG zu ermöglichen. Damit hat sich das Werk zu Recht zum festen Bestandteil der Bibliothek nicht nur der gesellschaftsrechtlich besonders aktiven Kollegen entwickelt.

Notar Dr. *Simon Weiler*, München

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 242, 903, 1004 Abs. 1; WEG § 21 Abs. 3, 4, 5 Nr. 2, § 22 Abs. 1 Satz 1 (*Störereigenschaft und Beseitigungspflicht eines Erwerbers einer Eigentumswohnung, der mit dem teilenden Eigentümer eine vom Teilungsplan abweichende bauliche Ausgestaltung vereinbart*)

1. **Der Erwerber einer Eigentumswohnung, der mit dem teilenden Eigentümer eine von dem Teilungsplan abweichende bauliche Ausgestaltung vereinbart, ist hinsichtlich der sich daraus ergebenden Veränderungen des Gemeinschaftseigentums nicht Störer und daher gegenüber anderen Wohnungseigentümern nicht zur Beseitigung des planwidrigen Zustands verpflichtet.**
2. **Grundsätzlich kann jeder Wohnungseigentümer von den übrigen Wohnungseigentümern verlangen, dass das Gemeinschaftseigentum plangerecht hergestellt wird. Der Anspruch wird durch den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) begrenzt und entfällt deshalb, wenn seine Erfüllung den übrigen Wohnungseigentümern nach den Umständen des Einzelfalls nicht zuzumuten ist.**
3. **Einem Gestaltungswünsche äussernden zukünftigen Erwerber eine Mitverantwortung als Störer aufzuerlegen in Abhängigkeit davon, ob dem teilenden Bauträger die planwidrige Fertigstellung des Gebäudes noch vor Entstehen der (werdenden) Wohnungseigentümergeinschaft gelingt – dann keine Zurechnung – oder aber – dann Zurechnung – erst nach deren Entstehen, erscheint wenig überzeugend.**

BGH, Urteil vom 14.11.2014, V ZR 118/13

Die Parteien sind Miteigentümer eines nach dem Wohnungseigentumsgesetz geteilten Grundstücks, auf dem eine Mehrhausanlage errichtet wurde. Die Eigentumswohnung Nr. 13 der Kläger und die Wohnung Nr. 14 der Beklagten befinden sich in demselben Gebäude, wobei sich das Sondereigentum der Beklagten auf einen im zweiten Dachgeschoss gelegenen Abstellraum erstreckt. Ihr Wohnungseigentum erwarben die Parteien aufgrund notarieller Kaufverträge, die unter Bezugnahme auf die Teilungserklärung mit dem – mittlerweile insolventen – Bauträger geschlossen worden waren. Der Kaufvertrag der Kläger wurde am 7.2.2005, derjenige der Beklagten am 12.11.2004 geschlossen. Die Wohnungsgrundbücher wurden am 7.12.2004 angelegt, die Gebäude von dem Bauträger in den Jahren 2005 und 2006 errichtet.

Die von den Beklagten genutzten Räume entsprechen in ihrer räumlichen Ausdehnung und Errichtung zwar dem mit dem Bauträger geschlossenen Kaufvertrag, weichen aber von der Teilungserklärung in Verbindung mit den in Bezug genommenen Aufteilungsplänen ab. Insbesondere wurden entgegen diesen Plänen eine für das Treppenhaus vorgesehene Freifläche und eine Aufzugstür in die Wohnung der Beklagten integriert sowie im verbliebenen Treppenhaus eine Treppe „aufgedoppelt“. Der Zugang zum Dachgeschossraum wurde nicht über die vorgesehene Auszugstreppe hergestellt, sondern an anderer Stelle über eine Spindelstreppe. Darüber hinaus wurde dieser Raum mit in den Plänen nicht vorgesehenen Fenstern sowie mit Heizkörpern und Heißwasserzuleitungen versehen.

Die Kläger verlangen die Herstellung eines der Teilungserklärung entsprechenden Zustands sowie die Unterlassung der behaupteten Nutzung des Dachgeschossraums als Wohnraum. Das AG hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben; lediglich hinsichtlich der „aufgedoppelten“ Treppe hat es die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten ist die Klage auch im Übrigen abgewiesen worden; die gegen die teilweise Klageabweisung gerichtete Anschlussberufung hat das LG zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfol-

gen die Kläger ihre Anträge weiter. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

II.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts scheidet ein gegen die Beklagten gerichteter „Rückbauanspruch“ gemäß § 1004 BGB i. V. m. § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG aus, weil die Wohnungseigentumsanlage von vornherein abweichend von dem Aufteilungsplan errichtet worden sei. § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG erfasse nur bauliche Veränderungen; die erstmalige plangerechte Herstellung falle nicht darunter. Das gelte unabhängig davon, ob Planabweichungen vom teilenden Bauträger ausgingen oder auf Wünschen des von der Abweichung Begünstigten beruhten. Auch ein Anspruch nach § 1004 BGB i. V. m. § 15 Abs. 3 WEG sei nicht gegeben. Zwar habe bereits zur Zeit der Bauausführung eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft bestanden. Da die erste Eigentumswohnung am 10.9.2005 bezogen worden und von einem Besitzübergang an einen durch eine Auflassungsvormerkung gesicherten Ersterwerber auszugehen sei, fänden ab diesem Zeitpunkt die §§ 10 bis 29 WEG entsprechende Anwendung. Gleichwohl sei zu berücksichtigen, dass die Beklagten selbst keine baulichen Veränderungen vorgenommen hätten, sondern der Bauträger die planwidrige Ausführung zu verantworten habe. Auch seien die Parteien bei der Bauausführung noch nicht Mitglieder der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft gewesen, weil sämtliche Miteigentümer des von den Parteien bewohnten Hauses erst Mitte 2006 und damit nach dem ganz überwiegenden Abschluss der Baumaßnahmen in den Besitz des Sonder- und Gemeinschaftseigentums gelangt seien. Ungeachtet dessen stehe den geltend gemachten Beseitigungsansprüchen jedenfalls der Grundsatz von Treu und Glauben entgegen.

Auch die auf Unterlassung einer Nutzung des Dachgeschossraumes zu Wohnzwecken gerichtete Klage sei unbegründet. Auf der Grundlage der von dem AG im Wege der Augenscheinseinnahme getroffenen Feststellungen sei eine Nutzung zu Wohnzwecken nicht erwiesen.

III.

Die Revision ist unbegründet.

1. Der Sache nach zutreffend bejaht das Berufungsgericht die Zulässigkeit der Klage. Insbesondere sind die Kläger jedenfalls solange befugt, die auf § 1004 Abs. 1 BGB gestützten Ansprüche alleine geltend zu machen, wie die Gemeinschaft die Rechtsausübung – woran es hier fehlt – nicht durch Vereinbarung oder Mehrheitsbeschluss nach § 10 Abs. 6 Satz 3 Hs. 2 WEG an sich gezogen hat (vgl. Senat, Urteil vom 7.2.2014, V ZR 25/13, NJW 2014, 1090 Rdnr. 6; *Timme/Elzer*, WEG, 2. Aufl., § 22 Rdnr. 293 f., § 43 Rdnr. 76 m. w. N.).

2. Im Ergebnis zu Recht geht das Berufungsgericht auch davon aus, dass den Klägern die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche nicht zustehen.

a) Das gilt zunächst für die in Rede stehenden Beseitigungsansprüche. Der Erwerber einer Eigentumswohnung, der mit dem teilenden Eigentümer eine von dem Teilungsplan abweichende bauliche Ausgestaltung vereinbart, ist hinsichtlich der sich daraus ergebenden Veränderungen des Gemein-

schaftseigentums nicht Störer und daher gegenüber den übrigen Wohnungseigentümern nicht zur Beseitigung des planwidrigen Zustands verpflichtet.

aa) Soweit planwidrige Baumaßnahmen vor dem Entstehen einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft (dazu und zu den Voraussetzungen vgl. nur Senat, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rdnr. 5 ff.) durchgeführt worden sein sollten, folgt dies schon daraus, dass es an der von § 1004 Abs. 1 BGB vorausgesetzten Eigentumsbeeinträchtigung fehlt. Zu dem genannten Zeitpunkt stand es dem teilenden Bauträger als Alleineigentümer frei, mit der Sache auch bei der Bauausführung nach Belieben zu verfahren (§ 903 BGB). Nach der Teilung (§ 8 WEG) änderte sich hieran bis zum Entstehen der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft nichts. Die Rechtslage ist nicht anders, als wenn ein Eigentümer ein ihm gehörendes Grundstück nach seinen Vorstellungen bebaut und dann Eigentum daran überträgt (BayObLG, NJW-RR 1987, 717, 718).

Der Erwerber hat auch nach der Eigentumsumschreibung keinen Anspruch aus § 1004 BGB gegen den früheren Eigentümer auf Beseitigung von baulichen Maßnahmen, mögen diese für sein Eigentum auch von Nachteil sein und den vertraglichen Ansprüchen widersprechen (vgl. auch BGH, Urteil vom 30.5.1963, VII ZR 236/61, BGHZ 39, 366, 367; BayObLG, NJW-RR 1988, 587, 588). Das Eigentum des Erwerbers ist durch die baulichen Maßnahmen nicht im Sinne des § 1004 BGB beeinträchtigt, der frühere Eigentümer schon deshalb nicht Störer (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 21.6.1993, 15 W 386/92, juris Rdnr. 22 und NJW-RR 1998, 371, 372). Umso weniger kann ein anderer Erwerber, der mit dem teilenden Eigentümer eine von den ursprünglichen Plänen abweichende bauliche Ausgestaltung vereinbart hat und damit nur eine mittelbare Ursache für die Ausübung der dem Bauträger nach § 903 BGB zustehenden sachenrechtlichen Befugnisse setzt, als Handlungsstörer angesehen werden (vgl. BayObLG, NJW-RR 1986, 954, 955; OLG Frankfurt, NZM 2008, 322, 323 a. E. m. w. N.; *Merle in Bärmann*, WEG, 12. Aufl., § 22 Rdnr. 314). Auch eine Haftung dieses Erwerbers als Zustandsstörer scheidet in solchen Fällen aus (*Merle in Bärmann*, a. a. O., § 22 Rdnr. 315).

bb) Soweit die planwidrige Bauausführung erst nach dem Entstehen der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft durchgeführt oder fertiggestellt worden sein sollte, scheidet eine Inanspruchnahme der Beklagten auf Beseitigung des planwidrigen Zustandes ebenfalls aus. Diese sind auch insoweit nicht als Störer zu qualifizieren.

(1) Bei der Bestimmung der Störereigenschaft nach § 1004 Abs. 1 BGB geht es um die Zurechnung von Ursachen, die in Eigentumsbeeinträchtigungen einmünden (vgl. nur MünchKommBGB/*Baldus*, 6. Aufl., § 1004 Rdnr. 149; *Staudinger/Gursky*, 2013, § 1004 Rdnr. 92), und damit letztlich um den Zuschnitt von Verantwortungsbereichen.

(a) In der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass für die Zurechnung nicht schon die Sachherrschaft über die störende Sache und die damit einhergehende Möglichkeit genügt, die Störung zu beenden, um jemanden als Störer im Sinne des § 1004 BGB anzusehen. So ist Zustandsstörer nur derjenige, durch dessen maßgebenden Willen der beeinträchtigende Zustand aufrechterhalten wird; die Beeinträchtigung muss – wenigstens mittelbar – auf den Willen des Eigentümers oder Besitzers der störenden Sache zurückgehen. Ob diese Voraussetzung vorliegt, kann nicht begrifflich, sondern nur in wertender Betrachtung festgestellt werden. Entscheidend ist, ob es nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles Sachgründe dafür gibt, der als Störer in Betracht kommenden Person die Verantwortung für das Geschehen aufzuerlegen

(zum Ganzen Senat, Urteil vom 1.12.2006, V ZR 112/06, NJW 2007, 437 Rdnr. 11 ff. m. w. N.; vgl. auch Senat, Beschluss vom 4.3.2010, V ZB 130/09, NJW-RR 2010, 807 Rdnr. 14).

(b) Als mittelbarer Handlungsstörer kommt nur derjenige in Betracht, der die Beeinträchtigung durch einen anderen in adäquater Weise durch seine Willensbetätigung verursacht und in der Lage ist, die unmittelbar auftretende Störung zu verhindern (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urteil vom 16.5.2014, V ZR 131/13, NJW 2014, 2640 Rdnr. 8 m. w. N.). Geht es – wie hier – um eine von dem Zustand einer Sache ausgehende fortdauernde Eigentumsbeeinträchtigung, sind die Übergänge zum Zustandsstörer allerdings fließend (zutreffend *Merle in Bärmann*, a. a. O., § 22 Rdnr. 328) und entziehen sich einer klaren Abgrenzung zum Handlungsstörer jedenfalls dann, wenn der Handelnde später – wie hier – Eigentümer der Sache geworden ist. Denn auch bei der Verursachung durch eine Handlung – wie hier bei der (teilweise) planwidrigen Errichtung eines Bauwerks aufgrund bestimmter Wünsche des Erwerbers – wird die Beeinträchtigung erst über den Zustand der Sache vermittelt (MünchKommBGB/*Baldus*, a. a. O., § 1004 Rdnr. 153). Das lässt es sachgerecht erscheinen, die Zurechnung und den damit einhergehenden Zuschnitt der Verantwortungsbereiche in derartigen Konstellationen auch bei der Bestimmung des mittelbaren Handlungsstörers von einer wertenden Betrachtung abhängig zu machen (vgl. auch LG München I, ZWE 2010, 411, 412; *Merle in Bärmann*, a. a. O., § 22 Rdnr. 314).

(2) Bei der danach gebotenen wertenden Betrachtung sind die Beklagten weder als mittelbare Handlungs- noch als Zustandsstörer anzusehen. Es fehlt an ausreichenden Sachgründen dafür, den Beklagten die Verantwortung für das Geschehen aufzuerlegen.

(a) Durch den Abschluss des Kaufvertrags haben die Beklagten zwar eine adäquate Ursache für die teilweise planwidrige Errichtung des Gebäudes gesetzt. Unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Belange des Rechtsverkehrs reicht dies jedoch nicht aus, dem Käufer die Verantwortung für die planwidrige Bauausführung durch den teilenden Bauträger zuzuschreiben (vgl. auch LG München I, ZWE 2010, 411, 412; *Merle in Bärmann*, a. a. O., § 22 Rdnr. 314). Vielmehr darf ein Käufer in aller Regel davon ausgehen, dass der Bauträger die Bauausführung im Rahmen seiner (Eigentums-) Befugnisse bzw. – sofern der Bau erst nach Entstehen einer (werdenden) Wohnungseigentümergeinschaft fertiggestellt wird – notfalls im Zuge einer Anpassung der Teilungserklärung und in Übereinstimmung mit den anderweit eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen (vgl. Senat, Urteil vom 17.6.2005, V ZR 328/03, NZBau 2005, 587 f.) durchführen wird. Wollte man das anders sehen, würde Käufern von noch zu errichtenden Eigentumswohnungen ein erhebliches Risiko auferlegt und damit der Kauf von Wohnungseigentum ohne Not erschwert.

(b) Zudem erscheint es kaum überzeugend, dem Gestaltungswünsche äußernden zukünftigen Erwerber eine Mitverantwortung als Störer je nachdem aufzuerlegen, ob dem teilenden Bauträger die planwidrige Fertigstellung des Gebäudes noch vor Entstehen der (werdenden) Wohnungseigentümergeinschaft gelingt (dann keine Zurechnung) oder aber erst danach (dann Zurechnung; so jedenfalls im Ergebnis BayObLG, NJW-RR 1987, 717 f.; OLG Hamm, Beschluss vom 21.6.1993, 15 W 386/92, juris Rdnr. 23 ff.). Auch hinsichtlich der Beseitigungsverpflichtung ergäben sich Abgrenzungsschwierigkeiten; denn verlangt werden könnte von dem Erwerber nach § 1004 BGB nur die Wiederherstellung des baulichen Zustandes, der vor der Störung, also im

Zeitpunkt der – von Zufälligkeiten abhängigen – Entstehung der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft, bestand.

(c) Der von dem Senat befürwortete Zuschnitt der Verantwortungsbereiche harmonisiert damit, dass die erstmalige plangerechte Herstellung des Gemeinschaftseigentums nach den Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes nicht einem einzelnen Wohnungseigentümer obliegt, sondern Sache aller Wohnungseigentümer ist (vgl. nur BayObLG, NJW-RR 1986, 954, 955; 1988, 587, 588; OLG Hamm, Beschluss vom 21.6.1993, 15 W 386/92, a. a. O., Rdnr. 24 u. NJW-RR 1998, 371, 372; *Merle in Bärman*, a. a. O., § 22 Rdnr. 22; vgl. auch OLG Frankfurt, NZM 2008, 322, 323 a. E. m. w. N.). Schutzwürdige Belange der übrigen Wohnungseigentümer bleiben dabei gewahrt.

(aa) Da unter Instandsetzung auch die erstmalige Herstellung des Gemeinschaftseigentums zu verstehen ist (vgl. nur *Merle in Bärman*, a. a. O., § 21 Rdnr. 118 m. w. N.), kann jeder Wohnungseigentümer nach § 21 Abs. 4 i. V. m. Abs. 5 Nr. 2 WEG von den übrigen Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft grundsätzlich verlangen, dass das Gemeinschaftseigentum plangerecht hergestellt wird (vgl. *Merle in Bärman*, a. a. O., § 22 Rdnr. 20 u. 22 m. w. N.; KG, NJW-RR 1991, 1421 f.). Beschließen die Wohnungseigentümer die plangerechte Herrichtung der Wohnanlage auf Kosten der Gemeinschaft (vgl. BayObLG, NJW-RR 1987, 717, 718; KG, NJW-RR 1991, 1421, 1422) mehrheitlich nach § 21 Abs. 3 WEG, sind die hiervon betroffenen Wohnungseigentümer ab diesem Zeitpunkt nach § 14 Nr. 4 WEG zur Duldung des Umbaus verpflichtet. § 22 WEG steht dem nicht entgegen, weil die erstmalige plangerechte Herrichtung keine bauliche Veränderung im Sinne der genannten Norm darstellt, und zwar im Grundsatz auch dann, wenn ein Gebäude planwidrig erstellt wurde und sodann die Planwidrigkeit behoben wird (vgl. BayObLG, NJW-RR 1986, 954, 955; *Hogenschurz in Jennißen*, WEG, 4. Aufl., § 22 Rdnr. 7 f.; *Merle in Bärman*, a. a. O., § 22 Rdnr. 20 u. 22; jeweils m. w. N.).

(bb) Der Anspruch auf erstmalige Herstellung eines den Plänen entsprechenden Zustands wird allerdings durch den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) begrenzt und entfällt deshalb, wenn seine Erfüllung den übrigen Wohnungseigentümern nach den Umständen des Einzelfalls nicht zuzumuten ist (vgl. BayObLG, ZMR 2004, 524, 525 m. w. N.). So kann es etwa liegen, wenn die plangerechte Herstellung tiefgreifende Eingriffe in das Bauwerk erfordert oder Kosten verursacht, die auch unter Berücksichtigung der berechtigten Belange der von der abweichenden Bauausführung unmittelbar betroffenen Wohnungseigentümer unverhältnismäßig sind. In einem solchen Fall sind die Wohnungseigentümer verpflichtet, Teilungsvertrag und Aufteilungsplan so zu ändern, dass diese der tatsächlichen Bauausführung entsprechen (vgl. Senat, Urteil vom 5.12.2003, V ZR 447/01, NJW 2004, 1798, 1800 für einen sondereigentumslosen Miteigentumsanteil und Urteil vom 11.5.2012, V ZR 189/11, NJW-RR 2012, 1036 Rdnr. 11). Die Interessen der hiervon nachteilig betroffenen Wohnungseigentümer werden dadurch gewahrt, dass sie jedenfalls gravierende Abweichungen zulasten ihres Sondereigentums unter Umständen nur gegen eine Ausgleichszahlung hinnehmen müssen (vgl. Senat, Urteil vom 5.12.2003, V ZR 447/01, a. a. O.).

b) Die Unterlassungsklage hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler mit der Erwägung abgewiesen, auf der Grundlage der von dem AG im Wege der Augenscheinseinnahme getroffenen Feststellungen sei eine Nutzung des Dachgeschossraums zu Wohnzwecken nicht erwiesen. Entgegen der Auffassung der Kläger war das Berufungsgericht nicht verpflichtet, die Augenscheinseinnahme zu wiederholen. Richtig

ist zwar, dass insoweit im Prinzip dieselben Grundsätze gelten, die zur Unzulässigkeit der abweichenden Würdigung einer in erster Instanz protokollierten Zeuenaussage durch das Berufungsgericht ohne eigene Beweiserhebung entwickelt worden sind (BGH, Urteil vom 21.5.1985, VI ZR 235/83, NJW-RR 1986, 190, 191). Danach ist die erneute Vernehmung eines Zeugen erforderlich, wenn das Berufungsgericht dessen protokollierte Aussage anders verstehen oder werten will als die Vorinstanz (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 14.7.2009, VIII ZR 3/09, NJW-RR 2009, 1291 Rdnr. 5 m. w. N.). Anders liegt es dagegen, wenn dem Berufungsgericht der objektive Beweiswert der als wahr unterstellten Aussage des Zeugen nicht ausreicht, um die Beweisfrage zu bejahen; in diesem Fall ist eine Wiederholung der Beweisaufnahme entbehrlich (Senat, Urteil vom 19.7.2002, V ZR 240/01, WM 2003, 154, 156; BGH, Urteil vom 2.6.1999, VIII ZR 112/98, NJW 1999, 2972, 2974). So verhält es sich der Sache nach auch hier. Das Berufungsgericht hat die von dem AG im Wege der Augenscheinseinnahme getroffenen Feststellungen als wahr unterstellt, sie aber nicht als ausreichend angesehen, um die Nutzung des zweiten Dachgeschosses zu Wohnzwecken als erwiesen anzusehen. Das lässt Rechtsfehler nicht erkennen.

Soweit die Revision darüber hinaus rügt, das Berufungsgericht habe in diesem Zusammenhang bestimmte Anlagen und Sachvortrag u. a. in einem Parallelverfahren nicht berücksichtigt, hat der Senat auch diese Rügen geprüft, sie aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

(...)

2. BGB §§ 1018, 1019; GBO § 22 Abs. 1, § 53 Abs. 1, § 84; BayStrWG Art. 11 Abs. 1 und 4, Art. 12 (*Übergang dinglicher Belastungen bei Wechsel der Straßenbaulast*)

1. **Bei einem Wechsel der Straßenbaulast gehen die jeweiligen dinglichen Belastungen auf den neuen Träger über.**
2. **Wird der Ausübungsbereich einer Dienstbarkeit (Geh- und Fahrtrecht) als öffentliche Straße gewidmet, wird die Dienstbarkeit nicht schon deswegen gegenstandslos.**
3. **Ist das Geh- und Fahrtrecht seit 40 Jahren gelöscht und das dienende Grundstück ununterbrochen als öffentliche Straße gewidmet, ist es – ohne sonstige Anhaltspunkte – nicht überwiegend wahrscheinlich, dass die Belastung für das herrschende Grundstück noch einen Vorteil bietet. Dann aber kommt die Eintragung eines Widerspruchs für den Berechtigten gegen die Richtigkeit des Grundbuchs nicht in Betracht.**

OLG München, Beschluss vom 11.12.2014, 34 Wx 193/14; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 gegen den Beschluss des AG Traunstein – Grundbuchamt – vom 14.4.2014 wird als unzulässig verworfen, soweit die Wiedereintragung des am 10.7.1973 gelöschten Geh- und Fahrtrechts an dem im Grundbuch des AG Traunstein von Intzell Bl. ... vorgetragenen Grundstücks Flurstück ... beantragt wird.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

II.

1. Die Beteiligte zu 2, eine oberbayerische Gemeinde, ist Eigentümerin eines Grundstücks (Flst. ...), dessen Fläche frü-

her zu dem Grundstück Flst. ... gehörte und als öffentliche Straße gewidmet ist. Das letztgenannte Grundstück ging im Jahre 1973 nach Art. 12 BayStrWG auf den Landkreis als Straßenbaulastträger über. Der Eigentumsübergang wurde am 10.7.1973 im Grundbuch eingetragen. Gleichzeitig wurde ein Geh- und Fahrrecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers des jetzigen Grundstücks Flst. ... (...) gelöscht. Eine Bewilligung des Berechtigten findet sich in der Akte nicht. Im Jahr 1980 wechselte das Eigentum des vormals als belastet ausgewiesenen Grundstücks wieder auf die Beteiligte zu 2, ohne dass sich den Akten der Rechtsgrund entnehmen ließe. Der Beteiligte zu 1, Eigentümer des herrschenden Grundstücks, hat am 6.11.2013 beantragt, die am 10.7.1973 gelöschte Grunddienstbarkeit wieder einzutragen, weil sie ohne Bewilligung fehlerhaft gelöscht worden sei. Die Beteiligte zu 2 wurde hierzu gehört und teilte mit, sie könne nicht mehr nachvollziehen, ob eine Löschungsbewilligung vorgelegen habe.

Mit Beschluss vom 14.4.2014 hat das Grundbuchamt den Antrag zurückgewiesen. Es sei nicht unwahrscheinlich, dass die Löschung zu Unrecht erfolgt sei. Allerdings bestehe die Möglichkeit, dass die Gemeinde das Grundstück gutgläubig lastenfrei erworben habe, da am 10.7.1973 der Landkreis als Eigentümer eingetragen worden und aus diesem Grundbesitz wiederum am 17.1.1980 das belastete Grundstück an die Beteiligte zu 2 übergegangen sei. Daher stehe nicht mit der für § 22 GBO erforderlichen Sicherheit fest, dass zu Unrecht gelöscht worden sei.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 1 mit dem Antrag auf Wiedereintragung des Geh- und Fahrrechts und hilfsweise auf Eintragung eines Amtswiderspruchs. Das Grundbuchamt hat ihr nicht abgeholfen.

2. Das Rechtsmittel hat im Ergebnis keinen Erfolg.

a) Soweit der Beteiligte zu 1 die Wiedereintragung der Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB) in der Form eines Geh- und Fahrrechts begehrt, ist die Beschwerde unzulässig. Dabei kann offenbleiben, ob bereits der Berichtigungsantrag unzulässig war. § 22 GBO ist nämlich unanwendbar (vgl. *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 22 Rdnr. 6), wenn das Grundbuchamt bei der Eintragung die ihm bekannte Rechtslage unrichtig beurteilt hat. Ein solcher Fall liegt aber vor, wenn, wie der Beteiligte zu 1 vorträgt, das Grundbuchamt ohne das Vorliegen einer Bewilligung (§ 19 GBO) oder ohne Nachweis der Unrichtigkeit (§ 22 Abs. 1 GBO) ein Recht löscht. Allerdings wäre dann, die Richtigkeit des Vorbringens unterstellt, die Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 Abs. 1 GBO veranlasst gewesen.

In beiden Fällen ist die Beschwerde nur mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs (BGH, FGPrax 2011, 163, 164), also beschränkt zulässig (§ 71 Abs. 2 Satz 2 GBO), weil sie auf die Berichtigung einer ursprünglich unrichtigen Eintragung abzielt. Auch eine Löschung stellt eine Eintragung dar (vgl. *Demharter*, § 71 Rdnr. 44). Lehnt das Grundbuchamt die Berichtigung einer ursprünglich unrichtigen Eintragung (Löschung) ab, kann der Beteiligte also mit der Beschwerde (nur) die Eintragung eines Amtswiderspruchs verfolgen, um so dann den Betroffenen auf Bewilligung der Berichtigung zu verklagen (vgl. *Demharter*, § 71 Rdnr. 30 m. w. N.).

b) Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 Abs. 1 GBO liegen nicht vor.

aa) Die Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 Abs. 1 GBO setzt voraus, dass das Grundbuchamt die Eintragung (Löschung) unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen hat und dadurch das Grundbuch unrichtig

geworden ist, etwa weil das gelöschte Recht tatsächlich noch besteht. Die Gesetzesverletzung muss feststehen, die Unrichtigkeit hingegen nur glaubhaft sein (BayObLGZ 1983, 187, 188; BayObLG, Rpfleger 1987, 101; *Demharter*, § 53 Rdnr. 28; *Hügel/Holzer*, GBO, 2. Aufl., § 53 Rdnr. 32 m. w. N.). Notwendig für die Eintragung des Widerspruchs ist weiter, dass im Zeitpunkt seiner Eintragung die Unrichtigkeit noch fortbesteht (KG JFG 13, 228, 232; *Demharter*, § 53 Rdnr. 26).

Als Gesetzesverletzung in diesem Sinn ist die Fehlanwendung der geltenden Rechtsnormen zu verstehen. Erheblich sind im gleichen Maße die fehlerhafte Beurteilung der Rechtslage wie Rechtsanwendungsmängel im eigentlichen Sinn. Materielles Recht ist ebenso zu beachten, wie es formelle Vorschriften sind (vgl. *Meincke* in *Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 53 Rdnr. 57, 58). Dass die Löschung eines Rechts ohne das Vorliegen einer Bewilligung (§ 19 GBO) bzw. ohne Antrag (§ 13 Abs. 1 GBO) und Nachweis der Unrichtigkeit (§ 22 GBO) oder festgestellter Gegenstandslosigkeit (§ 84 GBO) eine Verletzung von Rechtsnormen durch das Grundbuchamt darstellt, bedarf keiner weiteren Begründung.

bb) Hiernach steht zur Überzeugung des Senats zunächst fest, dass das Grundbuchamt durch Nichtmitübertragung der Belastung beim Übergang auf den Landkreis (§ 46 Abs. 2 GBO) die Dienstbarkeit ohne Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO) gelöscht hat. Eine Bewilligung des Berechtigten ist in den Grundakten nicht enthalten. Sie ist namentlich nicht unter der den Eigentumsübergang und der die Berichtigung betreffenden Ordnungsnummer in dem entsprechenden Merkblatt ersichtlich. Der Senat hat alle seinerzeit tangierten Grundakten beigezogen, ohne dass sich ein Hinweis auf eine Löschung aufgrund einer entsprechenden Bewilligung gefunden hätte.

Zudem enthalten die Grundakten auch keinen Hinweis auf eine Löschung im Antragsverfahren nach § 22 Abs. 1 GBO oder im Amtsverfahren nach §§ 84 ff. GBO.

Der seinerzeitige Eigentumswechsel trat kraft Gesetzes in Folge des Übergangs der Straßenbaulast auf einen anderen Träger nach Art. 11 BayStrWG ein, was die nachfolgende Berichtigung des Grundbuchs nach Art. 12 BayStrWG auslöst. Danach geht mit Inkrafttreten des Gesetzes (1.9.1958; siehe Art. 80 BayStrWG) das Eigentum an der Straße mit Ausnahme der Nebenanlagen mit den jeweiligen dinglichen Belastungen auf den Träger der Straßenbaulast über (Art. 11 Abs. 1 Satz 1 BayStrWG). Bei einem Wechsel der Straßenbaulast gilt nach Art. 11 Abs. 4 BayStrWG die Regelung in Abs. 1 entsprechend. Zu einem Erlöschen von Belastungen infolge des Übergangs kommt es nicht bereits infolge des Wechsels der Straßenbaulast, was sich letztlich unmittelbar aus den Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergibt, welche der Landesgesetzgeber nicht abändern kann (vgl. *Sieder/Zeitler*, BayStrWG, 2. Aufl., Art. 11 Rdnr. 1 f., 8 und 13).

cc) Die Unrichtigkeit des Grundbuchs ist indessen nicht glaubhaft. Zwar kommt ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb (§ 892 BGB) zunächst durch den Landkreis und später durch die Beteiligte zu 2 nicht in Betracht. Voraussetzung wäre ein Erwerb durch Rechtsgeschäft (§ 892 Abs. 1 Satz 1 BGB). Geschützt wird nur ein Verkehrsgeschäft, nicht ein Erwerb kraft Gesetzes, etwa auch in Folge des Übergangs der Straßenbaulast auf einen anderen Träger nach Art. 11 Abs. 4 BayStrWG und nachfolgender Berichtigung des Grundbuchs (vgl. *Palandt/Bassenge*, § 892 Rdnr. 2 ff.). Jedoch müsste überwiegend wahrscheinlich sein, dass das Grundbuch infolge der fehlenden Eintragung des Rechts (noch) unrichtig ist. Dies kann der Senat nicht feststellen. Denn die Wahr-

scheinlichkeit, dass die Grunddienstbarkeit in Form des Geh- und Fahrrechts wegen Vorteilswegfalls materiell erloschen ist, erscheint zumindest nicht weniger naheliegend.

(1) Aus einer Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 21.12.1994 (MDR 1995, 471) wird teilweise der Schluss gezogen, dass bei einem Wegerecht der Vorteil für das herrschende Grundstück (§ 1019 BGB) schon dann endgültig verloren geht, wenn der Ausübungsbereich als öffentliche Straße gewidmet wird (siehe auch DNotI-Report 2003, 55). Dann würde die Grunddienstbarkeit von selbst erlöschen (*Palandt/Bassenge*, § 1019 Rdnr. 1; *Erman/Grzizowt*, BGB, 14 Aufl., vor § 1018 Rdnr. 16), was die Gegenstandslosigkeit des Rechts zur Folge haben und die Löschung (nach § 84 GBO) rechtfertigen könnte. Jedenfalls geht der Landesgesetzgeber nicht davon aus, dass der Vorteil für das herrschende Grundstück nicht schon dann entfällt und die Eintragung der Dienstbarkeit deswegen gegenstandslos wird, wenn der Ausübungsbereich als öffentliche Straße gewidmet wird (siehe in Art. 11 Abs. 1 und 4 BayStrWG). Schließlich bestätigt auch Art. 6 Abs. 5 BayStrWG das Nebeneinander von öffentlich-rechtlicher Widmung und zivilen Rechten (siehe BayObLGZ 1971, 1/5 f.). Letztlich dürfte die landesgesetzliche Regelung dahin zu verstehen sein, dass sie einen Automatismus zwischen Straßenwidmung und Vorteilswegfall bei Dienstbarkeiten (siehe § 1019 BGB) ausschließt. Deshalb besteht bei einem Berichtigungersuchen nach Art. 1 BayStrWG i. V. m. § 22 Abs. 1 GBO im Allgemeinen kein Anlass, die eingetragene Dienstbarkeit als gegenstandslos anzusehen und ihre Löschung zu betreiben.

(2) Erlöschen derartige Rechte somit dann nicht, wenn noch mögliche künftige Vorteile nicht ausgeschlossen sind, bedeutet dies umgekehrt, dass sie materiell untergehen, wenn es sich um einen objektiven und endgültigen Wegfall des Vorteils handelt (*Staudinger/J. Mayer*, Bearb. 2009, § 1019 Rdnr. 11). Indessen genügt die Feststellung, dass nach objektiven Anhaltspunkten bei normalem und regelmäßigem Verlauf der Dinge in der Zukunft mit derartigen Vorteilen nicht mehr zu rechnen ist (siehe OLG Düsseldorf, MDR 1995, 471; siehe auch BayObLGZ 1988, 14, 16). Eine vage Möglichkeit, dass die Grunddienstbarkeit in Zukunft doch noch einmal einen Vorteil bietet, verhindert demnach ihr Erlöschen nicht (BayObLGZ, a. a. O.). Bezogen auf den gegenständlichen Sachverhalt bedeutet dies, dass jedenfalls nicht mit zumindest überwiegender Wahrscheinlichkeit noch ein Vorteil für das herrschende Grundstück feststellbar ist. Die fragliche Fläche ist seit Jahrzehnten als Verkehrsfläche gewidmet. Anhaltspunkte, dass sich dies in Zukunft ändern könnte, sind weder von den Beteiligten vorgebracht noch ergeben sie sich aus sonstigen Umständen, zumal sich die Fläche in zentraler Ortslage befindet und (unter anderem) den rückwärtigen Teil des alten Friedhofs und die Pfarrkirche erschließt. Selbst wenn bei einer beantragten Löschung im Verfahren nach § 22 GBO für den Umstand des zukünftigen Vorteilswegfalls ein gesonderter Nachweis zu verlangen wäre (verneinend DNotI-Report 2003, 55/56), kann nach erfolgter Löschung die begehrte Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs jedenfalls nicht schon deshalb vorgenommen werden, weil ein solcher Nachweis nicht erbracht worden ist. Vielmehr gilt der zuvor genannte Maßstab, nämlich ein überwiegender Grad an Wahrscheinlichkeit, dass das Recht tatsächlich noch besteht. Hiervon kann aber der Senat nicht ausgehen.

(...)

3. BGB § 1105; GBO § 71 Abs. 1 (*Zur Grundbucheintragung eines aufgrund einer Indexgleitklausel veränderten Erbbauzinses*)

Der Umstand, dass sich der tatsächliche zu einem bestimmten Zeitpunkt geschuldete Erbbauzins bei einer vereinbarten Indexgleitklausel nicht unmittelbar aus dem Grundbuch ergeben muss (vgl. BGH, Urteil vom 1.6.1990, V ZR 84/89, NJW 1990, 2380), steht der Eintragung eines insoweit veränderten Erbbauzinses nicht entgegen.

KG, Beschluss vom 13.1.2015, 1 W 210-211/14

Die Beteiligten schlossen am 2.7.2007 zur URNr. 2.../2... des Notars C.-F. F. einen Erbbaurechtsvertrag. Darin vereinbarten sie einen Erbbauzins von jährlich 3.474 € und dessen Sicherung durch erstrangige Eintragung im Grundbuch. Nach § 3 des Vertrags soll der Erbbauzins unter bestimmten Bedingungen der wirtschaftlichen Entwicklung nach oben oder unten anzupassen sein, erstmals zum 1.8.2010 und danach frühestens nach Ablauf von drei Jahren seit der jeweils letzten Neufestsetzung.

Am 24.10.2008 wurde das im Beschlusseingang näher bezeichnete Erbbaugrundbuch angelegt und in Abt. II lfd. Nr. 1 ein Erbbauzins i. H. v. 3.474 € jährlich u. a. mit Wertsicherungsklausel eingetragen.

Am 29.10.2013 bewilligten die Beteiligten zu 2 und 3 „die Eintragung einer weiteren Erbbauzinsreallast für den jeweiligen Eigentümer des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks (...) i. H. v. 288,24 € jährlich unter gleichzeitiger Vereinigung mit der derzeit eingetragenen Erbbauzinsreallast i. H. v. 3.474 € jährlich zu einer jetzt geschuldeten Erbbauzinsreallast i. H. v. 3.762,24 € jährlich als Ausdruck der vereinbarten Wertsicherung mit dem bisher vereinbarten Inhalt (wertgesichert und zwangsversteigerungsfest) – URNr. 3.../2... des Notars C.-F. F. in B.

Am 30.10.2013 hat der Urkundsnotar unter Überreichung seiner URNr. 3.../2... die Eintragung entsprechend der dortigen Bewilligung beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 15.11.2013 darauf hingewiesen, der Bewilligung sei nicht zu entnehmen, ob nun in Abt. II ein neuer Erbbauzins i. H. v. 288,24 € eingetragen werden solle oder ob eine Veränderung des Rechts Abt. II lfd. Nr. 1 einzutragen sei. Im zweiten Fall wäre eine Rangrücktrittserklärung des Berechtigten Abt. II lfd. Nr. 2 (der Beteiligten zu 1) erforderlich. Zur Eintragung einer weiteren Reallast sei die Eigentümerzustimmung erforderlich.

Mit Schriftsatz vom 23.12.2013 hat der Urkundsnotar mitgeteilt, der Erhöhungsbetrag von 288,24 € sei weder eine neue Erbbauzinsreallast noch eine Veränderung des eingetragenen Rechts Abt. II lfd. Nr. 1, sondern lediglich Ausdruck der im Grundbuch eingetragenen Wertsicherung.

Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Eintragung mit Beschluss vom 6.2.2014 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 14.3.2014, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 20.3.2014 nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

1. Das Grundbuchamt hat einen Antrag zurückzuweisen, wenn die Hebung eines mittels Zwischenverfügung aufgezeigten Eintragungshindernisses innerhalb der gesetzten Frist nicht nachgewiesen worden ist, § 18 Abs. 1 Satz 2 GBO. Voraussetzung ist die Rechtmäßigkeit der Zwischenverfügung, woran es hier fehlt. Das in der Zwischenverfügung vom 15.11.2013 aufgezeigte Eintragungshindernis besteht nicht und der beantragten Eintragung stehen keine weiteren Hindernisse entgegen.

2. Allerdings sind die Beanstandungen des Grundbuchamts im Ausgang durchaus gerechtfertigt. Die Bewilligung vom 29.10.2013 ist auslegungsbedürftig, weil die Formulierung

„Eintragung einer weiteren Erbbauzinsreallast“ den Schluss zulässt, ein neues („weiteres“) Recht solle eingetragen werden.

a) Der Zweck des Grundbuchs, auf sicherer Grundlage bestimmte und eindeutige Rechtsverhältnisse für unbewegliche Sachen zu schaffen und zu erhalten, erfordert klare und eindeutige Eintragungen. Dementsprechend haben die Beteiligten im Eintragungsverfahren auf klare und eindeutige Erklärungen zu achten (Senat, Beschluss vom 22.6.2010, 1 W 277/10, FGPrax 2010, 172; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., Anhang zu § 13, Rdnr. 5). Das schließt die Auslegung von Grundbucheintragungen nicht aus. Im Grundbuchverfahren kann im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz und das Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsgrundlagen eine Auslegung aber nur erfolgen, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Dabei ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (BGH, NJW 1995, 1081, 1082, *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 172; *Demharter*, a. a. O., § 19, Rdnr. 28).

b) Danach kann die Bewilligung dahin ausgelegt werden, dass keine neue Reallast, sondern die Eintragung des derzeit geschuldeten Erbbauzinses im Grundbuch angestrebt wird.

aa) Auf den Erbbauzins finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Reallasten Anwendung, § 9 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG. Danach kann vereinbart werden, dass der Erbbauzins sich ohne Weiteres an veränderte Verhältnisse anpasst, wenn anhand der in der Vereinbarung festgelegten Voraussetzungen Art und Umfang der Belastung des Erbbaurechts bestimmt werden können, § 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB. Zulässig ist die Vereinbarung einer automatischen Anpassung, wenn der jeweilige Erbbauzins wenigstens bestimmbar ist. Das ist der Fall, wenn sich der Mindest- und der Höchstumfang der Belastung sowie Voraussetzung und Umfang der Anpassung aus der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung und aus der davon gedeckten Wertsicherungsklausel erschließen (BGH, NJW 1990, 2380, 2381).

So ist es bei der hier in der Eintragungsbewilligung vom 2.7.2007 in Bezug genommenen Indexgleitklausel (vgl. *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 1297c; *Staudinger/Mayer*, 2009, § 1105, Rdnr. 44). Dabei kommt es nicht darauf an, dass dort die Fälligkeit der jeweiligen Erhöhungen von einer Erklärung des jeweiligen Grundstückseigentümers abhängig gemacht worden ist (BGH, a. a. O.; *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 1811).

Weitere Anpassungen des Grundbuchs sind grundsätzlich nicht erforderlich, wie auch die am Erbbaurecht dinglich Berechtigten den Anpassungen nicht zustimmen brauchen (MünchKommBGB v. *Oefele*, 6. Aufl., § 9 ErbbauRG, Rdnr. 44). Deshalb soll bei einem derart wertgesicherten Erbbauzins die Eintragung einer neuen, die Leistungserhöhung zum Ausdruck bringenden Erbbauzinsreallast nicht in Betracht kommen (*Mayer*, a. a. O., Rdnr. 46; andere Ansicht v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl., Rdnr. 6.85a). Eine solche Eintragung wäre nicht erforderlich (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 13.4.1977, 4 Wx 5/77, juris), da der Erbbauzins ansonsten doppelt gesichert sei (*Maß* in Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, Kapitel 3 Rdnr. 109).

bb) Dass die Beteiligten zu 2 und 3 einen völlig von den bisherigen Vereinbarungen losgelösten neuen Erbbauzins haben bewilligen wollen, ist nicht anzunehmen. Nach den voranstehenden Ausführungen sprechen gewichtige Gründe gegen die

Zulässigkeit einer solchen Eintragung. Ob ihnen zu folgen ist, kann dahinstehen. Jedenfalls kann regelmäßig ausgeschlossen werden, dass etwas Unzulässiges oder zumindest Zweifelhafte zur Eintragung gewollt sei.

Vielmehr haben die Beteiligten zu 2 und 3 durch die Bezugnahme auf die vereinbarte Wertsicherung zum Ausdruck gebracht, dass der derzeitige, aufgrund Anpassung geschuldete Erbbauzins eingetragen werden soll. Dafür spricht zudem der Antrag auf „Vereinbarung“ des gebuchten Erbbauzinses mit dem Erhöhungsbetrag. Letztlich streben sie danach nichts weiter an, als dass der derzeit geschuldete Erbbauzins aus der Eintragung im Grundbuch ersichtlich wird. Da es sich insoweit aber nicht um eine weitere Belastung des Erbbaurechts handelt, ist die Mitwirkung anderer dinglich an dem Erbbaurecht Berechtigter nicht erforderlich.

3. Gegen die Zulässigkeit der so gewollten Eintragung des derzeitigen Erbbauzinses bestehen keine Bedenken.

Allerdings muss sich bei einem wie hier in zulässiger Weise wertgesicherten Erbbauzins dessen jeweilige Höhe nicht aus dem Grundbuch ergeben (BGH, a. a. O.; *Grziwotz* in *Erman*, BGB, 14. Aufl., § 1105, Rdnr. 6). Auch soll das Grundbuch im Interesse seiner Übersichtlichkeit von überflüssigen Eintragungen freigehalten werden (*Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 28, *Morvilius* in *Meikel*, GBO, 11. Aufl., Einl. B Rdnr. 9). Letzterer Grundsatz darf jedoch nicht überspannt werden. Er gilt da nicht, wo es sich um einen kurzen Zusatz handelt, der, wenn auch nicht nötig, so doch geeignet ist, Zweifel zu verhüten (RGZ 132, 106, 112). So ist es hier.

Durch die Eintragung wird einem möglichen Streit zwischen Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigten über die Höhe des Erbbauzinses jedenfalls im Rahmen der angepassten Eintragung von vornherein der Boden entzogen. Die Eintragung kann auch ohne Weiteres in Spalte 5 der Abt. II des Grundbuchs eingetragen werden, §§ 10 Abs. 5, 57 Abs. 2 GBV. Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, und Bewilligung, § 19 GBO, der von der Eintragung betroffenen Erbbauberechtigten liegen ebenfalls vor.

Anmerkung:

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Das KG zeigt kurz und prägnant alle im konkreten Fall einschlägigen Gesichtspunkte auf.

1. Es stellt zunächst fest, dass es sich bei der vereinbarten Wertsicherungsklausel um eine sog. Gleitklausel handelt. Anders als bei dieser ist bei einem sog. *Leistungsvorbehalt* den Vertragspartnern hinsichtlich der Anpassung ein, wenn auch beschränkter, Ermessens- und Verhandlungsspielraum eingeräumt, innerhalb dessen es jeweils erst durch *Vereinbarung* zu einer Konkretisierung der geschuldeten Leistung kommen muss.¹ Bei einer sog. *Spannungsklausel* muss die gewählte Bezugsgröße der Gegenleistung, für die die Geldschuld zu entrichten ist, nach der Verkehrsanschauung gleichartig, zumindest aber vergleichbar sein.² Dagegen lässt eine *Gleitklausel* bei der Neufestsetzung des Erbbauzinses keinen – auch noch so geringfügigen – Ermessens- oder Verhandlungsspielraum zu, innerhalb dessen es jeweils erst durch *Vereinbarung* zu einer Konkretisierung der geschuldeten Leistung kommen müsste; vielmehr lässt sich nach Feststellung der vereinbarten Vergleichsgröße der Erbbauzins eindeutig er-

¹ v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl., Rdnr. 6.158; *Staudinger/Rapp*, § 9 ErbbauRG Rdnr. 26.

² v. *Oefele/Winkler*, Rdnr. 6.153.

rechnen.³ Dies gilt auch dann, wenn die Erhöhung nicht gleichermaßen „automatisch“ erfolgt, sondern nur auf Verlangen einer Vertragspartei.⁴

2. Die Erhöhungsproblematik des vorliegenden Falls wird besonders deutlich durch einen Vergleich mit dem früheren Recht. Nach § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbVO a. F. musste der Erbbauzins nach Zeit und Höhe für die ganze Erbbaurechtszeit im Voraus *bestimmt* sein, nicht lediglich bestimmbar. Hier konnte dem Grundstückseigentümer dadurch geholfen werden, dass er einen Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzins erhielt: bereits im Erbbaurechtsvertrag war regelmäßig die Verpflichtung enthalten, den schuldrechtlich erhöhten Erbbauzins als weitere Reallast im Grundbuch einzutragen; dieser Anspruch auf Änderung des Inhalts der mit einem festen Betrag eingetragenen Reallast wurde mit rangwahrender Wirkung regelmäßig durch eine Vormerkung (§ 11 Abs. 1 ErbbRG i. V. m. § 883 BGB) im Grundbuch abgesichert.⁵

Nach der zunächst missglückten Regelung des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes vom 21.9.1994⁶ wurde mit der klarstellenden Änderung des § 9 ErbbVO ab 16.6.1998⁷ in § 1105 BGB eine ausdrückliche Regelung über die Zulässigkeit von *Anpassungsklauseln* bei *Reallasten* eingefügt. Nach § 9 Abs. 1 ErbbRG gelten die Vorschriften über die Reallast auch für den Inhalt der Erbbauzinsreallast uneingeschränkt, so dass *Bestimmbarkeit* genügt. Seitdem können die Beteiligten auch eine Wertsicherung der Reallast als Inhalt des *dinglichen Rechts* vereinbaren. Die Prüfung von Bewertungsmaßstab, Zeitpunkt und Bestimmbarkeit wurde durch die Neuregelung von der schuldrechtlichen Anpassungsklausel in den dinglichen Erbbauzins selbst verlagert. Ist die Anpassung dagegen nicht reallastfähig, etwa weil eine Klausel mit Ermessensspielraum (sog. Leistungsvorbehalt, siehe oben) vereinbart ist oder weil die auslösenden Faktoren (zum Beispiel Nutzungsänderung) unbestimmt bleiben, kommt allenfalls wie früher eine Absicherung der dann nur schuldrechtlich möglichen Änderungsabrede über eine Vormerkung in Betracht.⁸ Zwar setzt auch § 883 BGB für den gesicherten Anspruch dessen Bestimmbarkeit voraus,⁹ die Anforderungen sind insoweit jedoch geringer als hinsichtlich der sachenrechtlichen Bestimmbarkeit des Reallastrechts.¹⁰

3. Wird die Reallast somit automatisch durch den Wertmesser bestimmt und ist der gleitende Leistungsumfang Rechtsinhalt, so tritt die Änderung automatisch und *ohne Eintragung im Grundbuch* mit Vorliegen ihrer Voraussetzungen ein. Gleich- und nachrangige dinglich Berechtigte am Erbbaurecht müssen nicht zustimmen, die Reallast mit dem neuen Inhalt behält ihren Rang.¹¹ Es bedarf keiner zukünftigen Eintragung einer Reallast mit geändertem Inhalt. Vielmehr ist die jeweilige Höhe der Leistung durch die im Grundbuch erfolgte

Eintragung der Reallast unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung dinglich gesichert.¹² Da eine *Vormerkung* gemäß § 883 BGB einen – auch künftigen oder bedingten – Anspruch sichern soll, wäre sie nicht nur überflüssig, sondern auch unzulässig.¹³

4. Muss sich nach dem Gesagten die jeweilige tatsächliche Höhe des Erbbauzins nicht aus dem Grundbuch ergeben, so schließt dies nicht aus, dass die Beteiligten sich darauf einigen, dass auch die aufgrund einer Indexerhöhung nunmehr tatsächlich geltende Höhe des Erbbauzins im Grundbuch verlaubar wird. Eine solche Eintragung ist zwar nur *deklaratorisch* und eigentlich überflüssig. Solche Eintragungen, die nur wiederholen, was bereits kraft Gesetzes rechtens ist, sollen möglichst nicht in das Grundbuch aufgenommen werden, weil sie es überflüssig belasten.¹⁴ Wie das KG zutreffend hervorhebt, darf dieser Grundsatz nicht überspannt werden, er gilt da nicht, wo es sich um einen kurzen Zusatz handelt, der wenn auch nicht nötig, so doch geeignet ist, Zweifel zu verhüten. Ein solcher Vermerk macht das Grundbuch weder unrichtig noch die unnötige Eintragung zur inhaltlich unzulässigen Eintragung (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO).¹⁵

Im vorliegenden Fall dient eine solche Eintragung nicht nur der Klarheit, sondern auch den Interessen der Beteiligten, insbesondere auch für Rechtsnachfolger.¹⁶ Wie *Rapp*¹⁷ in einem ähnlichen Zusammenhang hervorhebt, macht es gerade bei der Veräußerung des Erbbaurechts und in der Zwangsversteigerung einen erheblichen Unterschied, ob die Erbbauzinsregelung dinglich oder nur schuldrechtlich gestaltet ist, so dass einem derartigen klarstellenden Vermerk über die aktuelle Höhe des Erbbauzins sehr wohl eine praktische Bedeutung zukommen kann.

5. *Wie* die Beteiligten einen solchen *klarstellenden Vermerk* fassen, ist gleichgültig, wenn er nur eindeutig zum Ausdruck bringt, dass es sich um keinen neuen von den bisherigen Vereinbarungen losgelösten Erbbauzins handelt, sondern die Eintragung nur deklaratorisch ist. Der derzeit geschuldete Erbbauzins muss aus der Eintragung im Grundbuch ersichtlich sein. Ob zu diesem Zweck eine weitere Erbbauzinsreallast formuliert wird, die mit der bisher eingetragenen zu einer jetzt maßgeblichen zusammengefasst wird, oder eine Änderung bzw. Vereinigung als Ausdruck der im Grundbuch eingetragenen Wertsicherung, ist nicht entscheidend, wenn nur klar ist, dass der *derzeit* aufgrund Anpassung *geschuldete Erbbauzins* eingetragen werden soll und es sich um keine zusätzliche Belastung handelt. Auf diese Weise wird erreicht, dass der im Grundbuch verlaubarte Erbbauzins dem aktuellen Erbbauzins entspricht. Das Grundbuch wird so für eine gewisse Zeit

³ BGH, Urteil vom 23.2.1979, V ZR 106/76, NJW 1979, 1545.

⁴ BGH, Entscheidung vom 1.6.1990, V ZR 84/89, BGHZ 111, 324, 327 = NJW 1990, 2380.

⁵ v. *Oefele/Winkler*, Rdnr. 6.205.

⁶ BGBI I, S. 2457, 2489.

⁷ Art. 11a EuroEG v. 9.6.1998, BGBI I, S. 1242; dazu v. *Oefele/Winkler*, Rdnr. 6.78; *Staudinger/Rapp*, § 9 ErbbRG Rdnr. 23.

⁸ v. *Oefele/Winkler*, Rdnr. 6.83; *Staudinger/Rapp*, § 9 ErbbRG Rdnr. 25.

⁹ Vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 28.4.1995, 15 W 374/94, MittBayNot 1995, 464.

¹⁰ Vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1811c, 1812 ff.; kritisch dazu MünchKomm/v. *Oefele/Heinemann*, 6. Aufl., § 9 ErbbRG Rdnr. 44.

¹¹ *Palandt/Bassenge*, 74. Aufl., § 1105 BGB Rdnr. 6; § 9 ErbbRG Rdnr. 4.

¹² OLG Celle, Beschluss vom 13.4.1977, 4 Wx 5/77, DNotZ 1977, 548, 549; MünchKomm/v. *Oefele/Heinemann*, § 9 ErbbRG Rdnr. 43; v. *Oefele/Winkler*, Rdnr. 6.85.

¹³ *Staudinger/Mayer*, § 1105 BGB Rdnr. 46; OLG Celle, DNotZ 1977, 548, 549 bezeichnet eine solche Vormerkung als „überflüssig“ (Leitsatz der Schriftleitung: „unzulässig“).

¹⁴ Vgl. RG, Entscheidung vom 8.12.1927, V 100/27, RGZ 119, 211, 213; BayObLG, Beschluss vom 10.7.1953, BReg. 2 Z 91/1953, BayObLGZ 1953, 246, 251; *Demharther*, GBO, 29. Aufl., Anh. § 13 GBO, Rdnr. 22; § 44 GBO, Rdnr. 14; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 28.

¹⁵ BayObLG, Beschluss vom 10.7.1953, BReg. 2 Z 91/1953, BayObLGZ 1953, 246, 251; *Demharther*, § 44 GBO Rdnr. 14; § 53 GBO Rdnr. 43; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 28; a. A. *Staudinger/Mayer*, § 1105 BGB, Rdnr. 46.

¹⁶ v. *Oefele/Winkler*, Rdnr. 6.85a.

¹⁷ *Staudinger/Rapp*, § 9 ErbbRG Rdnr. 8.

– in der Regel drei Jahre¹⁸ oder in Zeiten geringer Inflation auch länger – „richtig“.

Notar a. D. Prof. Dr. *Karl Winkler*, München

¹⁸ Vgl. § 9a Abs. 1 Satz 5 ErbbRG für Erbbaurechte zu Wohnzwecken.

4. BGB § 1019 Satz 1; GBO §§ 15, 71, 73 (*Zur Sicherung einer Photovoltaikanlage durch Grunddienstbarkeit*)

Die Nutzung einer Photovoltaikanlage kann nur dann Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein, wenn ein technischer Eigenverbrauch des erzeugten Stroms auf dem begünstigten Grundstück stattfindet.

OLG Hamm, Beschluss vom 23.12.2014, I-15 W 256/14; mitgeteilt von *Helmuth Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer der im Grundbuch von W Blatt 14... eingetragenen Grundstücke, der Beteiligte zu 2 ist Eigentümer der im Grundbuch von W Blatt 22... eingetragenen Grundstücke. Mit notariellem Vertrag vom 27.9.2011 (URNr. 522/2011 des Notars C in W) schlossen sie einen Grundstückstauschvertrag hinsichtlich einer Teilfläche von 1.305 m² des Flurstücks ... (eingetragen im Grundbuch von W Blatt 14... unter lfd. Nr. ..., Gesamtgröße 28.228 m²), deren Wert mit 135.000 € beziffert wurde, und des Flurstücks ... (eingetragen im Grundbuch von W Blatt 22... unter lfd. Nr. ... Größe 1.563 m²), deren Wert mit 15.000 € beziffert wurde.

Auf dem Flurstück ... befindet sich eine Scheune, auf deren Dach eine Photovoltaikanlage montiert ist. Diese soll nach der Nr. V. des notariellen Vertrages weiterhin, und zwar bis zum 31.12.2022 von dem Beteiligten zu 1 bzw. dessen Rechtsnachfolgern allein genutzt und betrieben werden, ab dem 1.1.2023 bis zum 31.12.2040 soll sich das Recht zur Nutzung auf die Hälfte der Dachfläche beschränken. Zur Sicherung dieses Rechts bestellte der Beteiligte zu 2 zugunsten des jeweiligen Eigentümers des nicht getauschten Restgrundstücks des Flurstücks ... eine Grunddienstbarkeit bis zum 31.12.2022 und bewilligte und beantragte deren Eintragung im Grundbuch. Diesen Antrag leitete der Urkundsnotar mit Schreiben vom 15.1.2014 an das Grundbuchamt mit dem Antrag auf Vollzug.

Mit Zwischenverfügung vom 29.1.2014 rügte das Grundbuchamt, soweit hier noch von Belang, die Eintragung der beantragten Grunddienstbarkeit sei inhaltlich nicht möglich. Das Recht müsse als beschränkt persönliche Dienstbarkeit gestaltet werden. Eine Grunddienstbarkeit müsse nach § 1019 BGB immer einen Vorteil für das begünstigte Grundstück darstellen, daran fehle es hier. Denn die Photovoltaikanlage stelle für den jeweiligen Eigentümer keinen Vorteil dar. Zur Behebung des Eintragungshindernisses setzte es eine Frist gemäß § 18 GBO bis einschließlich 30.04.2014.

(...)

Aus den Gründen:

II.

(...)

Eine Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB kann nach § 1019 Satz 1 BGB nur in einer Belastung bestehen, die für die Benutzung des herrschenden Grundstücks vorteilhaft ist, d. h. dem jeweiligen Eigentümer im Hinblick auf die Benutzung des herrschenden Grundstücks einen Vorteil gewährt (MünchKommBGB, 6. Aufl., § 1019 BGB Rdnr. 2); über das sich hieraus ergebende Maß hinaus kann der Inhalt der Dienstbarkeit nicht erstreckt werden, § 1019 Satz 2 BGB. Zwar kann eine Photovoltaikanlage Gegenstand einer Grunddienstbarkeit nach § 1019 BGB sein (vgl. *Kappler*, Vereinbarungen anlässlich der Inbetriebnahme einer Photovoltaikanlage auf fremdem Grund und Boden, ZNotP 2007, 257 ff.; *Staudinger/Mayer*, 2009, § 1018 Rdnr. 104a). Nach § 1019 BGB muss

aber das Recht des Eigentümers des herrschenden Grundstücks, also des Beteiligten zu 1, mit der das Grundstück des Beteiligten zu 2 belastet werden soll, für die Nutzung des Grundstücks des Beteiligten zu 1 objektiv vorteilhaft sein. Daran fehlt es hier. Denn es ist für die Nutzung des Grundstücks des Beteiligten zu 1 ohne Bedeutung, ob dessen jeweiliger Eigentümer das Dach der auf dem Nachbargrundstück gelegenen Scheune zur Betreibung einer Photovoltaikanlage allein nutzen und betreiben darf, vielmehr handelt es sich insoweit um einen rein persönlichen Vorteil. Eine Grunddienstbarkeit könnte nur dann bestellt werden, wenn dadurch gerade die Elektrizitätsversorgung des anderen Grundstücks, also des Grundstücks des Beteiligten zu 1 sichergestellt werden soll (*Kappler*, a. a. O., S. 259/260; *Staudinger/Mayer*, a. a. O., § 1019 Rdnr. 6). Dies setzt aber technisch voraus, dass der in der Photovoltaikanlage erzeugte Strom physikalisch unmittelbar in das Stromnetz des Grundstücks des Beteiligten zu 1 fließt. Demgegenüber kann der wirtschaftliche Betrieb einer Photovoltaikanlage, in dessen Rahmen der erzeugte Strom gegen die gesetzlich festgelegte Einspeisevergütung dem örtlich zuständigen Energieversorger X gegen zusätzliche Berechnung der Umsatzsteuer verkauft wird, nicht als ein Vorteil für das benachbarte Grundstück des Beteiligten zu 1 im Sinne des § 1019 BGB gewertet werden, sondern ist an die Person des Unternehmers gebunden. Für einen technischen Eigenverbrauch des erzeugten Stroms auf dem Grundstück des Beteiligten zu 1 bestehen nach dem Inhalt der Urkunde vom 27.9.2011 und dem ergänzenden Vorbringen des Urkundsnotars keine hinreichenden Anhaltspunkte. Dagegen spricht insbesondere auch die in Ziffer V der notariellen Urkunde erwähnte Einspeisevergütung von 0,48 € pro kWh, die einen Eigenverbrauch des erzeugten Stroms wirtschaftlich kaum sinnvoll erscheinen lässt.

5. WEG § 12; GBO § 29 (*Zum Nachweis einer Ausnahme von einem nach § 12 Abs. 1 WEG vereinbarten Zustimmungserfordernis*)

Ausnahmen von einem nach § 12 Abs. 1 WEG vereinbarten Zustimmungserfordernis (hier für eine Veräußerung an den Ehegatten) bedürfen des Nachweises in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO.

KG, Beschluss vom 20.5.2014, 1 W 234/14, 1 W 235-14

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO), jedoch nicht begründet. Die Zwischenverfügung ist gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO veranlasst. Das aufgezeigte Eintragungshindernis besteht. Für die beantragte Eigentumsumschreibung ist dem Grundbuchamt gemäß § 20 GBO nachzuweisen, dass die in notarieller Verhandlung vom 17.2.2014 erklärte Auflassung wirksam ist. Das ist bislang nicht festzustellen.

Zur Veräußerung des Wohnungseigentums ist nach § 12 WEG grundsätzlich die formgerechte Zustimmung des Verwalters erforderlich. Ausnahmen bestehen u. a. für die Veräußerung an den Ehegatten. Soweit sich die Beteiligten auf das Vorliegen einer solchen Ausnahme berufen wollen, ist dies eine „andere Voraussetzung der Eintragung“, die gemäß § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO durch öffentliche Urkunden nachzuweisen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 2.1.2014, 1 W 474-477/13).

Die URNr. 25/2014 ist zwar eine öffentliche Urkunde, erbringt aber keinen Nachweis für die Ehe der Beteiligten. So-

weit die Beteiligten in dieser Urkunde erklären, sie hätten am ... 1997 geheiratet, erstreckt sich die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde gemäß § 415 Abs. 1 ZPO nur darauf, dass die beurkundete Erklärung abgegeben wurde, nicht jedoch auf deren inhaltliche Richtigkeit (vgl. BGH, JZ 1987, 522; NJW 1980, 1000). Das gilt ebenso für ihre Erklärungen, bei der Übertragung der Miteigentumsanteile handele es sich um eine ehebedingte Zuwendung.

Eine weitergehende Beweiskraft der Urkunde folgt auch nicht daraus, dass sich der Notar gemäß § 10 BeurkG Gewissheit über die Person der Beteiligten verschafft und dies in der Urkunde festgehalten hat. Die Feststellungen nach § 10 BeurkG, auf die sich die Beweiskraft der Urkunde erstreckt (OLG Celle, NJW-RR 2006, 448, 449; OLG Hamm, VersR 2000, 1219; *Armbrüster/Piegsa*, BeurkG und DNot, 6. Aufl., § 10 BeurkG Rdnr. 10; offen gelassen von BGH, NJW 2011, 778, 779), beziehen sich nur auf die Identität der Beteiligten, nicht aber auf ihren Familienstand. Zum einen hat der Notar hier zu der Ehe nicht erkennbar über die Beurkundung von Erklärungen der Beteiligten hinaus eigene (Tatsachen-)Feststellungen getroffen. Gegen eine solche eigene Feststellung spricht schon, dass sich aus den im Urkundeneingang erwähnten Personalausweisen nicht ergeben kann, ob zwischen den Beteiligten eine Ehe besteht. Gleiches gilt für den Vertrag vom ... 1997 (URNr. 129/19.. des Notars ...); ein Ehevertrag kann – wie hier nach dem Vorbringen der Beteiligten geschehen – auch zwischen (noch) nicht verheirateten Personen geschlossen und eine Ehe aufgelöst werden. Zum anderen käme einer Feststellung des Notars, die Beteiligten seien Ehegatten, keine Beweiswirkung zu. Gemäß § 415 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 9 BeurkG beweist die Urkunde, dass die in ihr angegebene Person eine Erklärung des wiedergegebenen Inhalts abgegeben hat (Senat, KGJ 36, A 151, 153; OLG Hamm, a. a. O.; *Armbrüster/Piegsa*, a. a. O.). Dabei erstreckt sich die Beweiskraft auch dann nicht auf Rechtsbeziehungen zu anderen Urkundsbeteiligten oder Dritten, wenn diese zur genauen Bezeichnung des Beteiligten angeführt werden (a. A. LG Berlin, NJW 1962, 1353, 1354; LG Mainz, NJW-RR 1999, 1032); soweit sich aus der Entscheidung des Senats KGJ 44, A 208, 212 f. (zur Bezeichnung als Witwe) Abweichendes ergibt, wird daran nicht festgehalten. Denn durch die Angabe von Merkmalen des Personenstands, zu denen auch der Name und das Geburtsdatum gehört, sollen nach § 10 Abs. 1 BeurkG nur Zweifel an der Personenidentität und Verwechslungen ausgeschlossen, nicht aber Umstände, die außerhalb des § 9 BeurkG liegen, beurkundet werden.

Dass die Beteiligten (weiterhin) Ehegatten sind, kann in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO durch eine aktuelle Eheurkunde nachgewiesen werden, § 54 Abs. 1 und 2, § 55 Abs. 1 Nr. 2, § 57 PStG. Es bedarf eines aktuellen Nachweises, weil der Ausnahmetatbestand nach einer Scheidung der Ehe grundsätzlich nicht mehr erfüllt ist (vgl. Senat, NZM 2012, 317; NJW-RR 1997, 78).

(...)

Anmerkung:

1. Die Entscheidung befasst sich mit einem Zustimmungserfordernis gemäß § 12 WEG. Hier ist das Erfordernis einer Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung von Wohnungseigentum vereinbart, wenn die Veräußerung insbesondere nicht an den Ehegatten des Veräußerers erfolgt. Eine solche Ausnahme von einem vereinbarten Veräußerungsverbot ist zulässig und sinnvoll, denn Sinn und Zweck des Zustimmungserfordernisses, das Eindringen unliebsamer, weil wirtschaftlich nicht leistungsfähiger oder absehbar „störender“

Erwerber in die Gemeinschaft zu verhindern, treten im Falle der familiären Verbundenheit zurück. Die Veräußerung an den geschiedenen Ehegatten unterliegt dann grundsätzlich dem Zustimmungserfordernis, denn der Gesichtspunkt familiärer Verbundenheit greift nicht mehr ein.¹

2. Die Bedeutung der Entscheidung ergibt sich aus der Forderung, dem Grundbuchamt müsse in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO, also durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden, dass der Erwerber den Ausnahmetatbestand erfüllt, also Ehegatte des Veräußerers ist. Es reicht dazu nicht, dass der Notar die Vertragsparteien des Veräußerungsvertrags als Ehegatten bezeichnet. Der notariell beurkundete Kaufvertrag belegt nicht mit der Beweiskraft gemäß § 415 ZPO, dass die Vertragsparteien Eheleute sind, sondern nur, dass sie erklärt haben, Eheleute zu sein.² Die Identitätsfeststellung des Notars gemäß § 10 Abs. 1 BeurkG erstreckt sich nicht auf den Familienstand der Beteiligten.³ Die Entscheidung stellt demgegenüber zutreffend⁴ darauf ab, dass der Familienstand nicht Teil der Identifizierung ist; er ist für den Notar aus Personalausweis oder Reisepass auch nicht ersichtlich.

3. Die Folgen der Entscheidung sind für die Praxis nach der Einführung des elektronischen Personenstandsregisters zu bewältigen; dies gilt jedenfalls für Fälle ohne Auslandsberührung. Zum Vollzug der Veräußerung muss dem Grundbuchamt eine öffentliche Urkunde vorgelegt werden, aus dem sich die Ehe zwischen Veräußerer und Erwerber ergibt. Das ist insbesondere die Eheurkunde, §§ 57, 54 Abs. 2 PStG, nicht aber ein notariell beurkundeter Ehevertrag, denn der Ehevertrag kann auch zwischen noch nicht verheirateten Personen geschlossen oder die Ehe aufgelöst werden. Aus der Eheurkunde ergeben sich die zum Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt erforderlichen Angaben zu Vornamen und Familiennamen der Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung sowie die sich aus dem Registereintrag zum Zeitpunkt der Ausstellung der Eheurkunde ergebenden Vornamen und Familiennamen. Weil auch die Auflösung, das Nichtbestehen und die Nichtigerklärung der Ehe aufzunehmen sind, erlaubt die aktuelle Eheurkunde auch den Schluss auf das Fortbestehen der Ehe; das Grundbuchamt darf deshalb bei Vorliegen einer aktuellen Eheurkunde ohne konkrete Anhaltspunkte das Fortbestehen der Ehe nicht in Zweifel ziehen.⁵ Die Eheurkunde stellt das Standesamt aus, bei dem der entsprechende Registereintrag geführt wird, § 55 PStG, also das Standesamt, bei dem die Ehe geschlossen worden ist. Die Eheurkunde kann auch bei einem anderen Standesamt beantragt werden, wenn diesem die hierfür erforderlichen Daten gemäß § 63 PStV elektronisch übermittelt werden können. Die Regelung der Höhe der für die Erteilung der Eheurkunde anfallenden Gebühren ist Ländersache.

¹ KG, Beschluss vom 1.3.2011, 1 W 57/11, MDR 2011, 718 = NZM 2012, 317; zur Ausnahme der Veräußerung in Vollziehung einer Scheidungsfolgenvereinbarung vgl. KG, Beschluss vom 28.5.1996, 1 W 7520/95, FGPrax 1996, 140 = Rpfleger 1996, 448).

² Vgl. BGH, Beschluss vom 14.8.1986, 4 StR 400/86, DNotZ 1987, 441.

³ Andere Ansicht noch LG Berlin, Beschluss vom 14.2.1962, 84 T 4/62, NJW 1962, 1353, 1354; LG Mainz, Beschluss vom 20.11.1988, 8 T 341/98, NJW-RR 1998, 1032; ebenso *Lerch*, Beurkundungsgesetz, 4. Aufl. 2011, § 10 Rdnr. 9, der zu Unrecht RG, Beschluss vom 14.6.1932, III 450/31, DNotZ 1933, 61, als Beleg nennt; die Entscheidung verhält sich zur Frage, ob ein Notar die Identifizierung von Eheleuten seinem Bürovorsteher überlassen darf.

⁴ Zustimmend auch *Elzer*, IMR 2014, 317; *Drasdo*, NJW-Spezial 2014, 483; BeckOK-GBO/*Kral*, Stand: 1.1.2015, WEG Rdnr. 137.

⁵ Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 22.11.2005, 4 W 179/05, DNotZ 2006, 297, 299 f.

4. Die zur Veräußerung an Ehegatten erläuterten Erwägungen gelten in gleicher Weise für andere durch die familiäre Nähe begründete Ausnahmetatbestände, etwa für die Veräußerung an Lebenspartner, Kinder oder Verwandte in gerader Linie. Das Vorliegen von deren Voraussetzungen kann durch geeignete Personenstandsurkunden gemäß § 54 Abs. 2 und 1 PStG nachgewiesen, etwa die Lebenspartnerschaft durch die Lebenspartnerschaftsurkunde, § 58 PStG, die Abstammung durch eine Geburtsurkunde, die Vornamen und Familiennamen der Eltern des Kindes ausweist, § 59 Abs. 1 Nr. 4 PStG.

Besonderheiten ergeben sich, wenn die Veräußerung durch den Insolvenzverwalter vom Zustimmungserfordernis ausgenommen ist. Der Insolvenzverwalter kann seine fortbestehende Bestellung nur durch Vorlage der Bestellungsurkunde, § 56 Abs. 2 InsO in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift führen, nicht durch Vorlage des Eröffnungsbeschlusses, den Grundbuchvermerk und den Hinweis auf die Datenbank www.insolvenzbekanntmachungen.de.⁶

5. Soweit die Entscheidung abschließend einen Nachweis dafür fordert, dass die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes weiterhin vorliegen, schließt sich die Frage an, in welchem Zeitpunkt eigentlich, bei Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts oder bei Eintragung (mit der Anwendung von § 878 BGB). Diese Frage ist allerdings wenig praktisch, denn die Ausnahmetatbestände zielen regelmäßig auf dauernde Verbindungen, wie die Abstammung, oder doch langfristige, wie die Ehe. Ausgangspunkt der im Rahmen dieser Anmerkung nur möglichen Skizze für eine Antwort muss die Frage zum umgekehrten Fall der Zustimmungsbedürftigkeit sein, in welchem Zeitpunkt die Berechtigung zu einer erforderlichen Veräußerungszustimmung vorliegen muss. Gesichert ist davon ausgehend jedenfalls die entsprechende Anwendung von § 878 BGB, d. h. es genügt, dass die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands bei Eintritt der Bindungswirkung durch Antragstellung beim Grundbuchamt vorliegen.⁷ Wer § 12 Abs. 3 Satz 1 WEG die Wertung entnimmt, dass die Wirksamkeit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft nicht auseinanderfallen sollen,⁸ wird zudem annehmen, dass maßgeblich der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts ist.⁹ Schon für das Zustimmungserfordernis ist dies allerdings durch das Urteil des BGH vom 11.10.2012¹⁰ nur für die Verwalterzustimmung im Ergebnis gesichert, für die Frage nach dem Vorliegen der Voraussetzungen einer Ausnahme vom Zustimmungserfordernis gar nicht.

VRiLG Dr. Johannes Hogenschurz, Köln

⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 5.7.2005, VII ZB 16/05, DNotZ 2006, 44; vgl. auch DNotI-Report 2007, 98; strenger *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2012, Rdnr. 3138: nur Ausfertigung; dagegen BeckOK-GBO/*Wilsch*, Stand: 1.1.2015, Insolvenzrecht Rdnr. 73.

⁷ Vgl. zu § 5 ErbbauRG BGH, Urteil vom 27.9.1962, III ZR 83/61, NJW 1963, 36.

⁸ Vgl. BeckOK-WEG/*Hogenschurz*, Stand: 1.1.2015, § 12 WEG Rdnr. 40.

⁹ Vgl. zum Zustimmungserfordernis etwa *Staudinger/Gursky*, Neubearbeitung 2014, § 183 Rdnr. 28 m. w. N.; *Schneider in Riecke/Schmidt*: Fachanwaltskommentar Wohneigentumsrecht, 4. Auflage 2015, § 12 WEG Rdnr. 78.

¹⁰ BGH, Urteil vom 11.10.2012, V ZB 2/12, DNotZ 2013, 362.

6. GBO §§ 19, 22 Abs. 1 (*Zur Löschung einer Vormerkung zur Sicherung eines nicht übertragbaren und nicht vererblichen bedingten Rückkaufanspruchs des verstorbenen Berechtigten*)

Die Vormerkung zur Sicherung eines nicht übertragbaren und nicht vererblichen bedingten Rückkaufanspruchs des verstorbenen Berechtigten lässt sich im Wege der Grundbuchberichtigung nicht auf Unrichtigkeitsnachweis, sondern nur aufgrund der Bewilligung der Erben löschen.

OLG Naumburg, Beschluss vom 22.4.2014, 12 Wx 74/13

Der Beteiligte ist als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch von ..., Blatt 987, eingetragen. In Abteilung II Nr. 6 und Nr. 7 sind zugunsten seines inzwischen verstorbenen Vaters, H. J., ein Wohnungsrecht auf Lebenszeit und eine Vormerkung zur Sicherung des bedingten Anspruchs auf Rückkaufung unter Bezugnahme auf die Bewilligung der Notarin L. aus W. vom 12.3.1998 eingetragen (URNr. .../98).

Mit Überlassungsvertrag vom 12.3.1998 (URNr. .../1998) hatte der Vater des Beteiligten diesem seinen ideellen Miteigentumsanteil an dem Grundstück übertragen. Der Beteiligte hatte dafür an seine Schwester 50.000 DM zu zahlen und sich ferner verpflichtet, auf schriftliches Verlangen seines Vaters das Grundstück an diesen unentgeltlich zurück zu übertragen, wenn er den Grundbesitz ohne dessen Zustimmung ganz oder teilweise veräußert und/oder belastet oder vor seinem Vater verstirbt und das Grundstück nicht ausschließlich an diesen fällt oder das Konkurs- oder Vergleichsverfahren über das Vermögen des Beteiligten eröffnet oder die Zwangsversteigerung oder Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieben wird. Der noch nicht ausgeübte Rückübertragungsanspruch sollte nicht übertragbar und nicht vererblich sein. Zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs bewilligte der Beteiligte die Eintragung einer Vormerkung mit der Maßgabe, dass zu deren Löschung der Todesnachweis genügen sollte. Die Eintragung wurde auch vollzogen.

Mit Schreiben vom 22.8.2013 beantragte der Beteiligte unter Vorlage einer Sterbeurkunde seines Vaters vom 4.2.2013, die in Abteilung II Nr. 6 und Nr. 7 eingetragenen Rechte im Grundbuch zu löschen. Das AG Wernigerode – Grundbuchamt – hat den Beteiligten mit Zwischenverfügung vom 21.10.2013 darauf hingewiesen, dass nach dem Inhalt der vorgelegten notariellen Urkunde der Notarin L. zwar zur Löschung der Rückkaufungsvormerkung ein Todesnachweis genüge, allerdings beziehe sich das nur auf den noch nicht ausgeübten Rückübertragungsanspruch. Deshalb werde er gebeten, die Zustimmung der Erben (Erbschein nach seinem Vater in Ausfertigung und Löschungsbewilligung nebst beglaubigten Unterschriften) beizubringen. Das Wohnungsrecht könne zwar gelöscht werden, allerdings wäre hierzu nochmals ein schriftlicher Antrag notwendig.

Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich der vom Beteiligten mit Telefax vom 5.12.2013 eingelegte „Widerspruch“. Zur Begründung hat dieser ausgeführt, dass er einen Antrag auf Löschung „beider Sachen“ gestellt habe. Somit könne das Wohnrecht auf jeden Fall gelöscht werden. Dass der „noch nicht ausgeübte Rückübertragungsanspruch“ nicht gelöscht werden könne, sei aus seiner Sicht nicht richtig, weil im Notarvertrag etwas anderes stehe. Sein Vater sei im Januar gestorben, seine Stiefmutter sei gerne bereit, an Eides statt zu versichern, dass der Verstorbene keinen Antrag gestellt habe.

Mit Verfügung vom 17.12.2013 hat das AG Wernigerode – Grundbuchamt – der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

1. Der als Beschwerde zu wertende Widerspruch des Beteiligten ist zulässig (§ 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1 und § 73 GBO). Dabei ist nicht erheblich, dass das Telefax, mit dem das Rechtsmittel eingelegt wurde, nicht unterschrieben ist. Denn die Regelung des § 73 Abs. 2 GBO bezweckt lediglich, die Person des Beschwerdeführers und seinen Willen zur Anfechtung der Entscheidung festzustellen. Lässt sich beides aus

dem Schriftstück – wie hier – zweifelsfrei feststellen, so ist das Fehlen einer Unterschrift unschädlich (zum Beispiel OLG Frankfurt, Rpfleger 1975, 306).

2. Die Beschwerde ist – teilweise – auch begründet. Denn auch das Grundbuchamt geht in seiner Zwischenverfügung (zutreffend) davon aus, dass das Wohnungsrecht gelöscht werden kann. Soweit es dafür erneut einen schriftlichen Antrag für notwendig erachtet, handelt es sich dabei allerdings um eine überflüssige Förmerei. Denn der Beteiligte hatte die Löschung bereits mit Schreiben vom 22.8.2013 beantragt.

Soweit das Grundbuchamt dem Beteiligten aufgegeben hat, die Zustimmung der Erben beizubringen, ist die Zwischenverfügung hingegen nicht zu beanstanden. Denn zur Löschung einer im Grundbuch eingetragenen Auflassungsvormerkung bedarf es einer Bewilligung des Betroffenen nach § 19 GBO oder eines Unrichtigkeitsnachweises nach § 22 Abs. 1 GBO (zum Beispiel OLG Köln, FGPrax 2010, 14 m. w. N.). Eine Löschungsbewilligung des eingetragenen Berechtigten oder seiner Erben liegt hier nicht vor. Diese Bewilligung ist hier auch nicht ausnahmsweise nach § 22 Abs. 1 GBO wegen nachgewiesener Unrichtigkeit entbehrlich. Denn der Nachweis der Unrichtigkeit obliegt dem Beteiligten, und zwar ohne Rücksicht darauf, wie sich die Beweislast in einem über einen Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB geführten Rechtsstreit verteilen würde (zum Beispiel BayObLG, FGPrax 2002, 151). Daran sind strenge Anforderungen zu stellen. Ein gewisser, auch höherer Grad von Wahrscheinlichkeit genügt hierfür nicht (zum Beispiel BayObLG, FGPrax 2002, 151). Die Löschung einer Auflassungsvormerkung im Wege der Berichtigung ist nur möglich, wenn der Antragsteller in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise und in der Form des § 29 GBO nachweist, dass jede Möglichkeit des Fortbestehens des gesicherten Anspruchs ausgeschlossen ist (zum Beispiel OLG Köln, FGPrax 2010, 14). Im vorliegenden Fall genügt hierfür allein der Nachweis des Todes des eingetragenen Berechtigten nicht. Zwar ist die Unrichtigkeit des Grundbuchs in Bezug auf eine Vormerkung auch dann nachgewiesen, wenn feststeht, dass ein durch sie gesicherter Anspruch nicht oder jedenfalls nicht mehr besteht, weil die Vormerkung als Sicherungsmittel in ihrem Bestand von dem eines gesicherten Anspruchs abhängt (zum Beispiel OLG Köln, a. a. O.). Allerdings kommt eine Löschung der Vormerkung allein aufgrund des Nachweises des Todes dann nicht in Betracht, wenn nicht auszuschließen ist, dass mit der Vormerkung auch die Sicherung der Erben des Berechtigten für den Fall beabsichtigt worden sein könnte, dass der Übereignungsanspruch zu Lebzeiten des Berechtigten entstanden und geltend gemacht worden, aber bis zum Tod des Berechtigten noch nicht durchgesetzt worden war (zum Beispiel OLG Köln, a. a. O., m. w. N.). Dies ist hier der Fall. Denn ausweislich der notariellen Urkunde soll der noch nicht ausgeübte Rückübertragungsanspruch höchstpersönlich, nicht übertragbar und nicht vererblich sein. In diesem Fall bedarf es dann aber des Nachweises, dass die Voraussetzungen der Übereignung an den Vormerkungsberechtigten bzw. seiner Erben nicht zu Lebzeiten des Berechtigten eingetreten ist.

Selbst wenn Letzteres festgestellt würde, genügt dies zum Nachweis des Erlöschens des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs und damit zum Nachweis einer hierdurch verursachten Unrichtigkeit der Eintragung dieser Vormerkung deshalb nicht, weil infolge der in der Rechtsprechung bejahten Möglichkeit des „Aufladens“ einer Vormerkung mit anderen Ansprüchen nicht ausgeschlossen werden kann, dass die in dem Grundbuch eingetragene Vormerkung inzwischen einen Anspruch sichert, dessen Bestehen durch den Tod des Berechtigten nicht berührt wird, sondern der mit seinem Tod

auf seine Erben übergegangen ist (zum Beispiel BGHZ 143, 175 ff.). Auch wenn sich in den Grundakten kein Hinweis auf einen solchen Austausch finden sollte, lässt sich darauf nicht die erforderliche Gewissheit gründen, dass er nicht erfolgt ist. Denn zum einen knüpfen die Vermutungen des § 891 BGB nur an das Grundbuch selbst, nicht jedoch an die Grundakten an. Zudem ist ein Hinweis auf eine Änderung des vorgemerkten Anspruchs nach der Rechtsprechung zwar angezeigt, aber nicht Voraussetzung der Wirksamkeit eines Austausches des Schuldgrundes der Vormerkung, so dass aus dem Fehlen eines solchen Hinweises nicht mit der im Interesse der Grundbuchwahrheit gebotenen Sicherheit darauf geschlossen werden kann, dass ein Auswechseln des Schuldgrundes auch nicht erfolgt ist (zum Beispiel BGH, NJW 2008, 578, 580).

Aus § 23 Abs. 1 GBO folgt nichts anderes, weil es sich bei der in Rede stehenden Vormerkung selbst nicht um ein Recht handelt, das auf Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist (zum Beispiel OLG Köln, a. a. O.). Vielmehr ist die Vormerkung lediglich zu dem gesicherten schuldrechtlichen Anspruch akzessorisch, der indes ausgewechselt werden kann.

Das Grundbuchamt hat somit zu Recht das in seiner Zwischenverfügung bezeichnete Eintragungshindernis betreffend die erstrebte Löschung der Vormerkung angenommen. Einziges Mittel zur Behebung dieses Hindernisses ist (weil der eingetragene Berechtigte verstorben ist und die Bewilligung somit nicht mehr teilen kann) eine Löschungsbewilligung seiner Erben. Dabei bedarf es zugleich des Nachweises in der Form des § 29 Abs. 1 GBO, dass diejenigen, die diese Bewilligung erteilen, auch tatsächlich die Erben des Eingetragenen sind.

(...)

Anmerkung:

1. Die Entscheidung trifft nur zufällig das – leider – richtige Ergebnis, dass im vorliegenden Fall eine Sterbeurkunde zur Löschung der Rückübertragungsvormerkung für den verstorbenen Berechtigten nicht ausreicht. Im Kern sind die Aussagen des OLG Naumburg überholt, weil das OLG die aktuellste Rechtsentwicklung zur „Wiederaufladung“ von Vormerkungen nicht beachtet. Das Gericht bleibt bei der insoweit für die Praxis besonders unbefriedigenden¹ Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2007² stehen.

Die zugrundeliegende Klausel wurde mir von der betroffenen Notarstelle über die Landesnotarkammer Bayern dankenswerterweise übermittelt; sie lautete:

„Wenn der Erwerber,

- den übergebenen Grundbesitz ohne Zustimmung des (Veräußerers) ganz oder teilweise veräußert und/oder belastet oder
- vor dem (Veräußerer) verstirbt und der Grundbesitz nicht ausschließlich an diesen fällt oder
- das Konkurs- oder Vergleichsverfahren über das Vermögen des Erwerbers eröffnet oder die Zwangsver-

¹ Denn eigentlich ist die gesamte Figur der „aufladbaren“ Vormerkung, ausgehend von BGH, Urteil vom 26.11.1999, V ZR 432/98, MittBayNot 2000, 104 (m. Anm. Demharter) und der dort postulierten Analogie zu § 879 Abs. 2 BGB unbefriedigend und sollte wieder beseitigt werden, vgl. statt aller Zimmer, NJW 2000, 2978, 2980; Everts, ZfIR 2012, 589, 591; für eine vertiefte Betrachtung ist im Rahmen dieser Urteilsbesprechung jedoch kein Raum; siehe hierzu zum Beispiel Amann, NotBZ 2012, 201.

² Urteil vom 7.12.2007, V ZR 21/07, DNotZ 2008, 514.

steigerung oder Zwangsvollstreckung in den übergebenden (sic!) Grundbesitz betrieben wird,

so ist der Erwerber verpflichtet, auf schriftliches Verlangen (...) den übergebenen Grundbesitz unentgeltlich auf (den Veräußerer) zurückzuübertragen.

Das Verlangen kann nur innerhalb von zwei Monaten gestellt werden, seitdem der Berechtigte Kenntnis von einem das Rückforderungsrecht begründenden Tatbestand hat. (...)

Der noch nicht ausgeübte Rückübertragungsanspruch ist höchstpersönlich, nicht übertragbar und nicht vererblich.

Zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs bewilligt der Erwerber und beantragt der Veräußerer die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung der Ansprüche des Veräußerers auf Auflassung (...), mit der Maßgabe, dass zur Löschung der Vormerkung der Todesnachweis genügt.“

2. Eine Löschungserleichterung nach § 23 Abs. 2 GBO i. V. m. § 24 GBO ist bei einer Vormerkung als nicht rückstandsfähigem Recht nicht zulässig. Das dürfte mittlerweile Allgemeingut sein.³ Wie der BGH mit Beschluss vom 3.5.2012⁴ jedoch entschieden hat, kann eine Vormerkung, die einen nicht übertragbaren, durch den Tod des Berechtigten auflösend bedingten Anspruch sichert, nicht zur Sicherung eines unbedingten, übertragbaren Anspruchs wiederverwendet werden. Die Wiederverwendung einer Vormerkung setze die „Kongruenz“ von Anspruch, Eintragung und Bewilligung voraus. Eine solche Kongruenz ist nach nunmehr maßgebender Ansicht des BGH jedenfalls dann nicht mehr gegeben, falls ein befristeter, nicht übertragbarer und nicht vererblicher⁵ Anspruch durch einen unbedingten, vererblichen Anspruch ersetzt werden soll. Mangels Kongruenz genügt zur Löschung der Vormerkung eine Sterbeurkunde des Berechtigten, § 22 Abs. 1 GBO,⁶ weil eine Wiederaufladung ausgeschlossen ist.⁷ Der obige Leitsatz wäre also, um richtig zu sein, genau gegenteilig zu formulieren.

3. Wenn nun das OLG Naumburg im Ergebnis doch richtig entschieden hat, so liegt das an den Wörtern: „noch nicht ausgeüb(e)“ im vorletzten Absatz der Vertragsklausel. Dabei wurde hier bei der Gestaltung eigentlich alles richtig gemacht: Denn es dürfte dem Gerechtigkeitsempfinden entsprechen, dass ein Erlöschen dann ausscheidet, wenn solche Ansprüche zu Lebzeiten des Berechtigten bereits entstanden, aber noch nicht erfüllt sind – so dass der Anspruch zugunsten der Erben des Berechtigten weiterbesteht. Andernfalls hinge die Realisierbarkeit der Rückforderungsansprüche praktisch vom Zufall ab.

Wurde und wird diese – nach wie vor vorzugswürdige! – schuldrechtliche Gestaltung gewählt, hilft die Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 2012 zur Anspruchskongruenz aber nichts,⁸ da sie voraussetzt, dass auch der zu Lebzeiten

schon entstandene, aber noch nicht erfüllte Rückforderungsanspruch im Falle des Versterbens des Berechtigten untergeht.

4. Konsequenterweise bedarf es daher in den Fällen, in denen der geltend gemachte Anspruch auch nach dem Tod des Berechtigten fortbesteht, einer Löschungsbewilligung der Erben mit Erbnachweis. Alternativ könnte man natürlich weiterhin auf die Grundbuchunrichtigkeit im Sinne von § 22 Abs. 1 GBO setzen. Dann aber bedürfte es des Nachweises des Bedingungsausfalls – also des Nachweises, dass die Voraussetzungen der Rückforderung an den Vormerkungsberechtigten bzw. seiner Erben nicht zu Lebzeiten des Berechtigten eingetreten sind, und zwar in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise und in der Form des § 29 GBO.⁹ Das OLG Naumburg brauchte dem von seinem Standpunkt aus nicht weiter nachzugehen. Das war zwar, wie aufgezeigt, nicht richtig – hätte aber mit Sicherheit am Ergebnis nichts geändert. Denn der Beweis einer solchen „negativen“ Tatsache wird praktisch niemals, schon gar nicht in der Form des § 29 GBO, erbracht werden können. Eidesstattliche Versicherungen, wie im Besprechungssachverhalt angeboten, sind im Grundbuchverfahren überdies kein zulässiges Beweismittel; § 29 GBO ist zugleich Beweismittelbeschränkung.¹⁰

5. All dies ist für mich freilich kein Grund, von der bewährten Gestaltung des schuldrechtlichen Anspruchs bzw. dem Zeitpunkt seines Erlöschens abzusehen. Vielmehr sollte die differenzierte schuldrechtliche Ausgestaltung beibehalten werden und stattdessen nur die Vormerkung selbst mit dem Tod des Berechtigten erlöschen.¹¹ Auf diese Weise kann man – und konnte man bisher schon! – zugleich die gesamte Weiterverwendungsproblematik von vornherein umgehen. Dabei muss allerdings die Befristung der Vormerkung (Tod des Berechtigten) in den Eintragungsvermerk selbst aufgenommen werden.¹²

Freilich entfällt dann für den/die Erben des Berechtigten der Vormerkungsschutz in dem Bereich, in dem der Anspruch über den Tod des Berechtigten hinaus weiterbesteht. Um Missverständnissen vorzubeugen, sollte darüber meines Erachtens in der Urkunde belehrt werden. Das mit dem Erlöschen der Vormerkung verbundene Risiko eines gutgläubigen Wegerwerbs, wenn a) überhaupt einmal ein Rückforderungsgrund zu Lebzeiten des Berechtigten entstehen und dann auch noch b) der Berechtigte ausgerechnet nach seiner Geltendmachung und vor Erfüllung seines Anspruchs versterben sollte, muss aber nach meiner persönlichen Auffassung hinter den andernfalls sicher zu erwartenden Schwierigkeiten bei der Löschung der Vormerkung zurücktreten. Zumal die Erben des Berechtigten, sollte es tatsächlich einmal zum Schwur, d. h. Eintritt von vorstehend a) und b), kommen, immer eine eigene Vormerkung aufgrund einstweiliger Verfügung nach § 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB werden erhalten können, für welche nach Satz 2 der Vorschrift die Gefährdung des zu sichernden Anspruchs nicht einmal glaubhaft zu machen ist.

Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

³ Seit BGH, Beschluss vom 26.3.1992, V ZB 16/91, MittBayNot 1992, 193 (m. Anm. Ertl); siehe auch *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1544.

⁴ BGH, Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 258/11, MittBayNot 2013, 37 (m. Anm. Preuß); bestätigt durch BGH, Beschluss vom 21.3.2013, V ZB 74/12, MittBayNot 2013, 476.

⁵ Wobei hier auf Genauigkeit zu achten ist; die Formulierung: „nicht übertragbar und vererblich“ soll laut OLG Celle, Beschluss vom 30.8.2012, 4 W 156/12, DNotZ 2013, 126 Auslegungszweifel verursachen und die Klausel aus dem Anwendungsbereich der VR-Rechtsprechung zur Anspruchskongruenz hinauskatapultieren!

⁶ Vgl. auch DNotI-Report 2012, 93, 99.

⁷ So schon Everts, ZfIR 2012, 589, 592.

⁸ Siehe oben Fn. 4.

⁹ So zum Beispiel auch OLG Nürnberg, Beschluss vom 28.8.2012, 15 W 1364/12, DNotZ 2013, 26.

¹⁰ *Schöner/Stöber* (Fn. 3), Rdnr. 152.

¹¹ So schon, auch zum Folgenden, Everts, ZfIR 2012, 589, 592.

¹² So ausdrücklich OLG München, Beschluss vom 11.6.2012, 34, Wx 115/12, ZEV 2012, 428.

7. BGB §§ 313, 516, 812 (*Kein Abschluss eines Kooperationsvertrages bei im selbst bewohnten Haus der Eltern des Lebenspartners erbrachten Arbeits- und Materialleistungen zur Unterkunftssicherung*)

Erbringt jemand nicht unerhebliche Arbeits- und Materialleistungen in einer von ihm und seiner, mit ihm nicht verheirateten Partnerin bewohnten, im Eigentum ihrer Eltern stehenden Immobilie, zu dem Zweck, sich und seiner Familie dort langfristig ein Unterkommen zu sichern, kann nicht ohne Weiteres von dem Abschluss eines Kooperationsvertrages zwischen ihm und den Eltern ausgegangen werden (Abgrenzung zu Senatsurteilen vom 3.2.2010, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 und vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, FamRZ 2013, 269).

BGH, Urteil vom 4.3.2015, XII ZR 46/13

Der Kläger macht gegen die Beklagten, die Eltern seiner ehemaligen Lebensgefährtin, Ausgleichsansprüche wegen Investitionen in deren Immobilie geltend.

Der Kläger lebte mit der Tochter der Beklagten bis März 2010 in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, aus der ein Kind hervorgegangen ist. Die Beklagten sind Eigentümer eines Hausanwesens. Um die Wohnsituation der Familie zu verbessern, wurde das Hausanwesen um- und ausgebaut. Zur Finanzierung nahmen die Beklagten einen Kredit von 50.000 € auf. Von September 2008 bis September 2009 trug der Kläger die monatlichen Darlehensraten i. H. v. 158 €. Nach Beendigung der Lebensgemeinschaft zog der Kläger aus der Wohnung aus, die weiterhin von der Tochter der Beklagten und dem gemeinsamen Kind genutzt wird.

Der Kläger hat seine auf Zahlung von 25.000 € gerichtete Klage damit begründet, in Abstimmung mit den Beklagten das streitgegenständliche Anwesen umgebaut zu haben. Dazu habe er 2.168 Arbeitsstunden geleistet, 3.099,47 € an Material bezahlt und über ein Jahr hinweg die Darlehensraten getragen. Durch die Leistung habe das Anwesen eine Wertsteigerung i. H. v. 90.000 € erfahren.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage auf die Berufung der Beklagten abgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit der vom Senat zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet.

A. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

Ein Zahlungsanspruch des Klägers aus ungerechtfertigter Bereicherung scheidet schon dem Grunde nach aus. Er habe seine Arbeitsleistungen an dem den Beklagten gehörenden Haus nicht ohne Rechtsgrund erbracht. Ihnen habe eine Zweckabrede zugrunde gelegen, wonach der Kläger eine Wohnung für die Familie errichte und im Gegenzug durch die Beklagte auf Dauer eine Wohnnutzung ohne Mietzins für ihn, seine Lebensgefährtin und das gemeinsame Kind eingeräumt werde. Da der Kläger nach eigenem Vortrag die Arbeiten gerade aufgrund der auf die Abrede gestützten Erwartung vorgenommen habe, dass er mit der Tochter der Beklagten und ihrem gemeinsamen Kind die Wohnung auf Dauer mietfrei bewohnen könne, sei ein Rechtsgrund für die vom Kläger erbrachten Leistungen in dem damit konkludent zwischen den Beklagten einerseits und dem Kläger und seiner Lebensgefährtin andererseits zustande gekommenen Leihverhältnis zu sehen. Dieses Leihverhältnis sei durch die Trennung des Klägers von der Tochter der Beklagten und seinen Auszug aus der Wohnung nicht beendet worden. Dass ein fortdauerndes Zusammenleben in der Wohnung gemeinsame Geschäftsgrundlage geworden sei, könne nicht festgestellt werden. Damit scheidet ein Bereicherungsanspruch aus, der voraussetze, dass aus der

Verwendung der Räume in anderer Weise Nutzen gezogen werde, wie etwa nach Abschluss eines Mietvertrages oder nach Verkauf des Hauses. Da die Beklagten ihrer Tochter gegenüber zur unentgeltlichen Überlassung verpflichtet seien, hätten sie keinen durchsetzbaren Anspruch auf Mietzahlung.

B. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision im Ergebnis stand. Nach den getroffenen Feststellungen hat der Kläger gegen die Beklagten weder wegen der von ihm erbrachten Arbeitsleistungen noch wegen des in die Immobilie eingebrachten Materials bzw. wegen der für die Beklagten erbrachten Darlehenszahlungen einen Ausgleichsanspruch.

1. Arbeitsleistungen

Der Kläger hat gegen die Beklagten wegen der erbrachten Arbeitsleistungen weder einen vertraglichen Anspruch noch einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.

a) Nach den getroffenen Feststellungen fehlt es im Hinblick auf die getätigten Arbeitsleistungen an einem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag und damit auch an den Voraussetzungen für eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB.

aa) Es bestehen insbesondere keine Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien einen Kooperationsvertrag abgeschlossen haben.

(1) Bei Arbeitsleistungen handelt es sich nicht um Zuwendungen, weil es nicht zu einer Übertragung von Vermögenssubstanz kommt. Gleichwohl können Arbeitsleistungen nach der Rechtsprechung des Senats nach dem Scheitern einer (nichtehelichen) Lebensgemeinschaft zu Ausgleichsansprüchen führen, weil sie wirtschaftlich betrachtet ebenso eine geldwerte Leistung darstellen wie die Übertragung von Vermögenssubstanz (Senatsurteil vom 8.5.2013, XII ZR 132/12, FamRZ 2013, 1295 Rdnr. 28 f.). Nach der Rechtsprechung des Senats kann deshalb davon auszugehen sein, dass Arbeitsleistungen nach einer stillschweigenden Übereinkunft mit dem anderen Partner (sog. Kooperationsvertrag) zur Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft erbracht werden und darin ihre Geschäftsgrundlage haben. Das kann in Betracht kommen, wenn die Arbeitsleistungen erheblich über bloße Gefälligkeiten oder das, was das tägliche Zusammenleben erfordert, hinausgehen und zu einem messbaren und noch vorhandenen Vermögenszuwachs des anderen Partners geführt haben (Senatsurteil vom 8.5.2013, XII ZR 132/12, FamRZ 2013, 1295 Rdnr. 29 m. w. N.).

(2) Auch wenn die hier in Rede stehenden Arbeitsleistungen über bloße Gefälligkeiten hinausgehen, kann nicht von dem Abschluss eines Kooperationsvertrages ausgegangen werden. Denn bei den Parteien handelt es sich nicht um Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Deshalb können die Arbeitsleistungen auch nicht begrifflich der Ausgestaltung ihrer Lebensgemeinschaft dienen. Dass es sich bei den Beklagten um die Eltern der Partnerin des Klägers handelt, ändert nichts daran, dass hier nicht ohne weitere Anhaltspunkte von dem Vorliegen eines Kooperationsvertrages ausgegangen werden kann.

Zwar weist die Revision zu Recht darauf hin, dass der Senat den schlüssigen Abschluss eines Kooperationsvertrages erwogen hat, wenn die Schwiegereltern Arbeitsleistungen erheblichen Umfangs in die Immobilie ihres Schwiegekinde erbracht haben (vgl. Senatsurteile, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rdnr. 52 f. und vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, FamRZ 2013, 269 Rdnr. 39). Dieser Fall ist mit dem vorliegenden indes nicht vergleichbar. Abgesehen davon, dass die Parteien vorliegend nicht durch eine Schwägerschaft verbunden sind, hat der Kläger seine Arbeitsleistungen erbracht, um

die Wohnverhältnisse für sich und seine Familie zu verbessern. Demgegenüber handelte es sich in den genannten Senatsentscheidungen um fremdnützige Investitionen der Schwiegereltern, die mittelbar auch dem eigenen Kind zukommen sollten (vgl. auch Senatsurteil, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rdnr. 23 und zuletzt Senatsbeschluss vom 3.12.2014, XII ZB 181/13, juris Rdnr. 14 f.).

bb) Zwar ist das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise von dem Abschluss eines Leihverhältnisses zwischen den Parteien gemäß §§ 598 ff. BGB ausgegangen. Dieser Vertrag eröffnet indes bezogen auf die streitgegenständlichen Arbeitsleistungen keine Ausgleichsansprüche.

(1) Erbringt – wie hier – jemand nicht unerhebliche Arbeits- und Materialleistungen auf dem Hausgrundstück eines Dritten zu dem Zweck, sich dort langfristig ein Unterkommen zu sichern, und lässt der Dritte ihn in der Folgezeit dort auch unentgeltlich wohnen, legt das die Annahme nahe, dass diese Handhabung von den Parteien nicht als ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis angesehen wurde; vielmehr kann in einem solchen Fall angenommen werden, dass beide stillschweigend ein rechtlich verbindliches Leihverhältnis hinsichtlich der Wohnung vereinbart haben (vgl. Senatsurteil vom 31.10.2001, XII ZR 292/99, FamRZ 2002, 88, 89; siehe auch BGH, Urteile vom 18.10.2011, X ZR 45/10, FamRZ 2012, 207 Rdnr. 26 m. w. N. und vom 10.10.1984, VIII ZR 152/83, FamRZ 1985, 150, 151; BGHZ 111, 125 = FamRZ 1990, 843, 844).

(2) Das Leihverhältnis scheidet als vertragliche Grundlage für Ausgleichsansprüche allerdings bereits deshalb aus, weil die Parteien nicht um eine Anpassung des Leihvertrages im Sinne von § 313 BGB streiten. Der Leihvertrag enthält auch keine Verpflichtung, wonach der Kläger die hier im Streit stehenden Leistungen hätte erbringen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 18.10.2011, X ZR 45/10, FamRZ 2012, 207 Rdnr. 27).

b) Zu Recht hat das Berufungsgericht dem Kläger auch keinen Anspruch auf Verwendungersatz aus dem Leihvertrag gemäß § 601 Abs. 2 Satz 1 BGB zugesprochen.

Nach § 601 Abs. 2 Satz 1 BGB bestimmt sich die Verpflichtung des Verleihers zum Ersatz anderer Verwendungen als der – hier nicht streitgegenständlichen – gewöhnlichen Kosten der Erhaltung der geliehenen Sache nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, § 677 ff. BGB. Allerdings ist ein Anspruch hieraus nach § 685 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, wenn der Geschäftsführer – wie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier ersichtlich der Kläger – im maßgeblichen Zeitpunkt der Bauausführung nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen (BGH, Urteil vom 10.10.1984, VIII ZR 152/83, FamRZ 1985, 150, 151 f.).

c) Auch scheiden Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 BGB aus.

aa) Soweit in der Rechtsprechung des BGH für vergleichbare Fallgestaltungen ein Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB (*condictio ob causam finitam*) für möglich gehalten wird (BGH, Urteile vom 18.10.2011, X ZR 45/10, FamRZ 2012, 207 Rdnr. 28 m. w. N.; BGHZ 111, 125 = FamRZ 1990, 843, 845 und vom 10.10.1984, VIII ZR 152/83, FamRZ 1985, 150, 151, 153 sowie Senatsurteil vom 31.10.2001, XII ZR 292/99, FamRZ 2002, 88, 89), scheidet diese aus, weil nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts das Leihverhältnis noch nicht beendet und damit der Rechtsgrund nicht weggefallen ist. Allein der Auszug des Klägers aus der

Immobilie reicht hierfür nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 10.10.1984, VIII ZR 152/83, FamRZ 1985, 150, 153).

bb) Ebenso wenig kommt ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB (*condictio ob rem*) in Betracht.

Zwar hat das Berufungsgericht eine zwischen den Parteien getroffene Zweckabrede festgestellt, wonach der Kläger die Wohnung für die Familie errichtet habe und im Gegenzug durch die Beklagten auf Dauer eine Wohnnutzung ohne Mietzins für ihn, seine Lebensgefährtin und das gemeinsame Kind eingeräumt worden sei. Dieser mit seiner Arbeitsleistung von dem Kläger bezweckte Erfolg ist wegen seines Auszugs nicht – jedenfalls nicht längerfristig – eingetreten.

Jedoch sind die Beklagten nicht bereichert. Art und Umfang des Bereicherungsausgleichs richten sich nach den Vorteilen, die der Eigentümer infolge der vorzeitig erlangten Nutzungsmöglichkeit der ausgebauten Räume durch anderweitige Vermietung hätte erzielen können (Senatsurteil vom 31.10.2001, XII ZR 292/99, FamRZ 2002, 88, 89; BGHZ 111, 125 = FamRZ 1990, 843, 845). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts dauert das Leihverhältnis fort, so dass die Beklagten nicht in der Lage sind, eine Werterhöhung durch Vermietung zu einem entsprechend höheren Mietzins zu realisieren.

2. Materialkosten

Der Kläger hat gegen die Beklagten ebenso wenig einen Anspruch wegen der Materialkosten.

a) Auch insoweit scheiden vertragliche Ansprüche aus den oben zu Ziffer 1. a), b) genannten Gründen aus. Es fehlt zudem an einer Schenkung, weshalb auch hier eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB nicht in Betracht kommt.

Allerdings kann die Zurverfügungstellung von Material anders als Arbeitsleistungen Gegenstand einer Zuwendung im Sinne von § 516 BGB sein. Jedoch fehlt es an den übrigen Voraussetzungen einer Schenkung.

Die durch den Einsatz des Materials bewirkte Vermögensverschiebung erfolgt in Fällen der vorliegenden Art regelmäßig nicht schenkweise (*donandi causa*), weil der Ausbauende nicht dem Eigentümer der Wohnung etwas unentgeltlich zuwenden, sondern die Wohnverhältnisse für sich und seine Familie verbessern will (*Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl., II/2 § 68 I 2 d). Damit handelt er in der Vorstellung, der zugewendete Gegenstand werde ihm letztlich nicht verloren gehen, sondern der Lebensgemeinschaft und damit auch ihm selbst zugutekommen (vgl. zu ehebdingten Zuwendungen Senatsurteil, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rdnr. 23; zuletzt Senatsbeschluss vom 3.12.2014, XII ZB 181/13, juris Rdnr. 14 f.).

b) Ebenso wenig steht dem Kläger wegen der Materialkosten ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu. Insoweit wird auf das oben zu Ziffer I. 3 Ausgeführte verwiesen.

3. Darlehenstilgung

Der Kläger kann schließlich auch keinen Ausgleich für die von ihm für die Beklagten erbrachten Darlehensraten beanspruchen.

a) Soweit der Kläger auf die Darlehensschuld der Beklagten gezahlt hat, kann dahingestellt bleiben, ob es sich insoweit um eine Schenkung handelt (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 26.11.2014, XII ZB 666/13, juris Rdnr. 16). Denn jedenfalls kann er nach dem – in diesem Fall für einen Ausgleichsan-

spruch allein in Betracht kommenden – § 313 BGB keine Rückzahlung beanspruchen.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung sind Geschäftsgrundlage die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsparteien sowie die der einen Vertragspartei erkennbaren und von ihr nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut (Senatsbeschluss vom 26.11.2014, XII ZB 666/13, juris Rdnr. 19).

Auch wenn konkrete Feststellungen hierzu fehlen, dürfte vieles dafürsprechen, dass der Zahlung der Darlehensraten als Geschäftsgrundlage die – von den Beklagten erkannte – Vorstellung des Klägers zugrunde lag, die Immobilie auf Dauer mietfrei nutzen zu können.

bb) Allein der Wegfall der Geschäftsgrundlage – hier durch den Auszug des Klägers – berechtigt allerdings noch nicht zu einer Vertragsanpassung gemäß § 313 Abs. 1 BGB. Vielmehr muss als weitere Voraussetzung hinzukommen, dass dem Zuwendenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Durch diese Formulierung kommt zum Ausdruck, dass nicht jede einschneidende Veränderung der bei Vertragsabschluss bestehenden oder gemeinsam erwarteten Verhältnisse eine Vertragsanpassung oder eine Kündigung (§ 313 Abs. 3 BGB) rechtfertigt. Hierfür ist vielmehr erforderlich, dass ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für den Zuwendenden zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis führt. Ob dies der Fall ist, kann nur nach einer umfassenden Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände festgestellt werden (Senatsbeschluss vom 26.11.2014, XII ZB 666/13, juris Rdnr. 22 f. m. w. N.).

Liegen die genannten Voraussetzungen vor und hat der Zuwendende einen Anspruch auf Vertragsanpassung, so hat diese unter Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu erfolgen. Insbesondere ist die Höhe der durch die Zuwendung bedingten, beim Empfänger noch vorhandenen Vermögensmehrung zu berücksichtigen. Der Anpassungs- und Rückforderungsanspruch setzt grundsätzlich eine beim Wegfall der Geschäftsgrundlage noch vorhandene, messbare Vermögensmehrung voraus, die zugleich den Anspruch nach oben begrenzt (Senatsbeschluss vom 26.11.2014, XII ZB 666/13, juris Rdnr. 26 f. m. w. N.). In welchem Umfang in dem vorgegebenen Rahmen eine Vertragsanpassung und Herausgabe geschuldet ist, wird ferner davon beeinflusst, inwiefern sich die zur Geschäftsgrundlage gewordenen Vorstellungen des Zuwendenden verwirklicht haben. Hierbei ist darauf abzustellen, was dieser für den Empfänger insoweit erkennbar nach Treu und Glauben erwarten durfte (Senatsbeschluss vom 26.11.2014, XII ZB 666/13, juris Rdnr. 28 m. w. N.).

cc) Gemessen hieran scheidet eine Vertragsanpassung vorliegend aus.

Zwar hat sich das Berufungsgericht mit der Anwendbarkeit des § 313 BGB nicht befasst. Nach den von ihm getroffenen Feststellungen kommt eine Anpassung nach den vorgenannten Maßstäben jedoch offensichtlich nicht in Betracht. Danach hat der Kläger von September 2008 bis September 2009 die monatlichen Darlehensraten i. H. v. jeweils 158 €, mithin insgesamt 2.054 € gezahlt. Auch wenn man mangels entgegenstehender Feststellungen mit der Revision zugunsten des Klägers von seinem Vortrag auszugehen hat, wonach er die Wohnung lediglich sechs Monate – mietfrei – nutzen konnte,

ist die Beibehaltung der durch die Zahlung der Kreditraten entstandenen Vermögenslage für den Kläger nicht unzumutbar. Hinzu kommt, dass hinsichtlich der monatlich überwiesenen Beträge nur insoweit eine zur dauerhaften Nutzung bestimmte Vermögensbildung eintritt, als die Darlehensverbindlichkeiten mit ihrer Hilfe getilgt werden sollten. Der Zinsanteil stellt sich demgegenüber nicht als eine solche Vermögensbildung dar (Senatsbeschluss vom 26.11.2014, XII ZB 666/13, juris Rdnr. 31 m. w. N.).

b) Schließlich scheidet auch ein Bereicherungsanspruch aus. Zwar kommt – wie hier – im Falle der Tilgung fremder Schulden grundsätzlich ein Bereicherungsausgleich gemäß § 812 i. V. m. § 267 BGB in Betracht (vgl. *Palandt/Grüneberg*, 74. Aufl., § 267 Rdnr. 7 m. w. N.). Auch wenn konkrete Feststellungen hierzu fehlen, dürfte insoweit vieles dafür sprechen, dass der Zahlung der Darlehensraten ebenfalls die Zweckabrede zugrunde lag, die Immobilie auf Dauer mietfrei nutzen zu können.

Nach dem oben Ausgeführten käme insoweit allein eine *condictio ob rem* in Betracht, weil das Leihverhältnis fortbesteht. Jedoch ist nach den getroffenen Feststellungen davon auszugehen, dass der mit dem Rechtsgeschäft bezweckte Erfolg im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB eingetreten ist. Bezogen auf den hier streitgegenständlichen Betrag von 158 € à 13 Monate kann bei lebensnaher Betrachtung nicht von einer über die vom Kläger tatsächlich genutzten Zeit hinausgehende Nutzungsdauer bezogen auf die übernommenen Darlehensraten ausgegangen werden.

4. Weil der Kläger gegen die Beklagten schon dem Grunde nach keinen Anspruch auf Ausgleichszahlungen hat, kann die Rüge der Revision, ob die vom Berufungsgericht vorgenommene Beweiswürdigung zur Höhe des Anspruchs verfahrensfehlerhaft erfolgt ist, dahinstehen.

8. BGB §§ 670, 671, 1353 Abs. 1 Satz 2 (*Zum Anspruch auf Befreiung von Verbindlichkeiten nach Scheitern der Ehe*)

1. **Hat ein Ehegatte dem anderen die Aufnahme von Bankkrediten durch Einräumung von dinglichen Sicherheiten ermöglicht, kann er nach Scheitern der Ehe Befreiung von solchen Verbindlichkeiten nach den Regeln des Auftragsrechts verlangen. Die Geltendmachung des Befreiungsanspruchs unterliegt jedoch Einschränkungen, die sich als Nachwirkung der Ehe sowie nach Treu und Glauben ergeben (im Anschluss an Senatsurteil vom 5.4.1989, IVb ZR 35/88 – FamRZ 1989, 835).**
2. **Nach Scheitern der Ehe kann der die Sicherheit stellende Ehegatte für die Sicherung neuer oder umgeschuldeter Kredite jedenfalls verlangen, dass der andere Ehegatte ihm einen Tilgungsplan vorlegt, der erkennen lässt, für welche Zwecke und für welche Zeit die Grundschulden auch unter Berücksichtigung seiner Interessen noch benötigt werden. Auf eine einseitig dem anderen Ehegatten überantwortete und ihm nicht offengelegte Planung muss er sich nicht einlassen.**

BGH, Urteil vom 4.3.2015, XII ZR 61/13

Die Parteien sind getrennt lebende Eheleute. Aus ihrer 1974 geschlossenen Ehe sind drei Kinder hervorgegangen. Der Beklagte ist Zahnarzt. Er ist Eigentümer zweier benachbarter Grundstücke. Auf dem einen Grundstück befindet sich das 1986 errichtete Geschäftsge-

bäude mit seinen Praxisräumen. Das weitere Grundstück stand früher im Eigentum der Klägerin. Auf diesem Grundstück wurde 1982 das Familienheim errichtet; der Beklagte hat dieses Grundstück inzwischen in der Zwangsversteigerung erworben.

Die Parteien nahmen 1983 und 1984 bei der Kreissparkasse mehrere gemeinsame Darlehen für den Wohnhausbau auf. 1985 bestellte die Klägerin zugunsten der Kreissparkasse an dem damals noch in ihrem Eigentum stehenden Grundstück zwei Grundschulden über 100.000 DM und 576.000 DM. Auch für die Errichtung des Praxisgebäudes wurden Darlehen aufgenommen, ferner für diverse andere Zwecke, die überwiegend der Praxis dienen. Im Jahr 1999 wurden die Darlehen teilweise umgeschuldet. Drei Darlehensverträge schlossen die Parteien gemeinschaftlich ab, welche zur Finanzierung des Praxisneubaus und des Anbaus eines Behandlungszimmers sowie des Kaufs einer Eigentumswohnung durch den Beklagten dienen. Weitere Darlehensverträge schloss der Beklagte allein ab, die im Wesentlichen der Finanzierung von medizinischen Geräten und dem von ihm getätigten Kauf eines Reihenhauses dienen.

Im August 2004 unterzeichnete die Klägerin eine „Zweckerklärung für Grundschulden“, wonach die Grundschulden zur Sicherung aller in einer Anlage bezeichneten Forderungen der Kreissparkasse dienen sollten. Es handelte sich dabei um die gemeinschaftlichen wie auch die vom Beklagten allein abgeschlossenen Darlehensverträge. Sämtliche Darlehen waren am 30.12.2006 fällig.

Der Klägerin wurde am 17.6.2005 der Scheidungsantrag des Beklagten zugestellt.

Für eine Verlängerung der Darlehen über den 30.12.2006 hinaus verlangte die Kreissparkasse, dass die auf dem Grundstück der Klägerin eingetragenen Grundschulden weiterhin zur Sicherung aller Darlehen dienen sollten. Die Klägerin war nur bereit, die Sicherheit für die gemeinsamen Darlehen zu stellen. Daraufhin kündigte die Kreissparkasse im Januar 2007 die drei von den Parteien gemeinsam aufgenommenen Darlehen.

Die Klägerin forderte den Beklagten daraufhin – vergeblich – auf, sie von allen Forderungen der Kreissparkasse in der Weise freizustellen, dass sowohl sie selbst als auch ihr Grundstück nicht in Anspruch genommen werden könnten.

Die Kreissparkasse stellte im September 2007 Antrag auf Zwangsversteigerung des Grundstücks. In der Zwangsversteigerung wurde dem Beklagten bei einem Bargebot von 225.000 € der Zuschlag erteilt. Aus der erstrangigen Grundschuld wurden der Kreissparkasse insgesamt 92.437,31 € (Hauptanspruch und Zinsen) zugeteilt, aus der weiteren Grundschuld 127.261,94 €.

Nachdem die Klägerin zunächst die Freistellung von der erstrangigen Grundschuld (Buchgrundschuld) beantragt hatte, hat sie nach der Zwangsversteigerung die Zahlung des entsprechenden Betrags von 92.437,31 € begehrt. Das LG hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage auf die Berufung des Beklagten abgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie ihr Zahlungsbegehren weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

II.

(...)

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

1. Nach der Rechtsprechung des Senats kann mangels besonderer Abreden der Ehegatten – etwa zu einer Ehegattinnenengesellschaft – das durch die Sicherung von Krediten zugunsten des anderen Ehegatten familienrechtlich begründete besondere Schuldverhältnis unter Heranziehung der Regeln des Auftragsrechts abzuwickeln sein (Senatsurteil vom 5.4.1989, IVb ZR 35/88, FamRZ 1989, 835). Davon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen, was von den Parteien in der Revisionsinstanz nicht in Zweifel gezogen wird.

Dem die Sicherheit stellenden Ehegatten kann hier nach Beendigung des Auftragsverhältnisses gemäß § 670 BGB ein

Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit und Ersatz weiterer infolge der gewährten Sicherheit entstandener Vermögensopfer zustehen (vgl. *Staudinger/Martinek*, 2006, § 670 Rdnr. 7 ff. m. w. N.).

a) Einer Beendigung des Auftragsverhältnisses steht nicht entgegen, dass das Kündigungsrecht des § 671 Abs. 1 BGB regelmäßig ausgeschlossen ist, wenn der Auftrag unter Eheleuten erteilt wird und der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft dient. Scheitert die Ehe, was sich in der Trennung und der Stellung eines Scheidungsantrages anzeigt, kann aus wichtigem Grund gekündigt werden (§ 671 Abs. 3 BGB). Als Rechtsfolge der Kündigung kann der Beauftragte nach § 670 BGB den Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Hat er für diesen Zweck Verbindlichkeiten übernommen, kann er Befreiung von diesen verlangen (§ 257 BGB). Der Schuldner des Befreiungsanspruchs ist dann grundsätzlich verpflichtet, den Gläubiger so zu stellen, wie er ohne die Belastung mit den Drittschulden stehen würde. Auf welche Weise das zu geschehen hat, regelt das Gesetz nicht näher. In Betracht kommen verschiedene Möglichkeiten wie etwa die Erbringung der Leistung an den Drittgläubiger, eine befreiende Schuldübernahme oder eine anderweitige Sicherung des Gläubigers (Senatsurteil vom 5.4.1989, IVb ZR 35/88, FamRZ 1989, 835, 837 m. w. N.).

b) Ein Ehegatte kann von dem anderen jedoch nicht in jedem Fall verlangen, er müsse die im Zeitpunkt der Kündigung bestehenden gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten insgesamt allein übernehmen und ihn von jeder persönlichen und dinglichen Haftung sofort freistellen. Einschränkungen ergeben sich insoweit nicht erst aus der für jedes Schuldverhältnis geltenden Bindung an Treu und Glauben (§ 242 BGB). Sie folgen insbesondere auch daraus, dass das Rechtsverhältnis in der ehelichen Lebensgemeinschaft wurzelt, die auch nach dem Scheitern der Ehe noch nachwirkt. Schon die Kündigung selbst darf bereits nach Auftragsrecht nur in der Art erfolgen, dass der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann (§ 671 Abs. 2 Satz 1 BGB). Ist ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen Eheleuten wie hier zu dem Zweck begründet worden, dem wirtschaftenden Ehegatten bessere Erwerbchancen zur Bestreitung des Familienunterhalts zu verschaffen, muss das der beauftragte Ehegatte nach einer durch das Scheitern der Ehe veranlassten Kündigung auch bei der Geltendmachung des Befreiungsanspruchs berücksichtigen. Der beauftragte Ehegatte wird dem in angemessener Weise Rechnung zu tragen haben, etwa dadurch, dass er dem anderen Ehegatten die Rückführung der Verbindlichkeiten im Rahmen eines vernünftigen, seine Möglichkeiten berücksichtigenden Tilgungsplanes einräumt (Senatsurteil vom 5.4.1989, IVb ZR 35/88, FamRZ 1989, 835, 837 f.).

2. Diesen Grundsätzen wird die angefochtene Entscheidung nicht gerecht.

a) Das Berufungsgericht geht noch zutreffend davon aus, dass das Auftragsverhältnis im Fall des Scheiterns der Ehe grundsätzlich aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. Auch werden nach dem Berufungsurteil durch die gemeinsam aufgenommenen Darlehen, soweit diese die Zahnarztpraxis des Beklagten betreffen, keine gemeinsamen Zwecke verfolgt. Vielmehr haben die Darlehen danach allein der Berufsausübung des Beklagten gedient, an der die Klägerin in keiner Weise beteiligt gewesen sei.

b) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht indessen ein Kündigungsrecht der Klägerin verneint, weil diese bis zur Fälligkeit der Kapitallebensversicherungen, die zur späteren Darlehenstilgung angespart wurden, weiterhin zur Stellung der Grundschulden als Kreditsicherheiten verpflichtet gewesen sei.

aa) Die vom Berufungsgericht hierfür angegebenen Gründe tragen nicht. Das Berufungsgericht meint, die Klägerin habe sich auf die „Finanzierungsaktivitäten und das Kreditengagement“ des Beklagten stillschweigend eingelassen. Dies vermag die von ihm angenommene Folge aber nicht zu begründen, sondern belegt allenfalls das Zustandekommen eines zeitlich unbefristeten Auftragsverhältnisses über eine von der Klägerin zu stellende Kreditsicherung. Daraus folgt nicht, dass die Klägerin für den Fall des Scheiterns der Ehe auch auf eine Kündigung verzichten wollte, wobei selbst ein Kündigungsverzicht die Kündigung aus wichtigem Grund nach § 671 Abs. 3 BGB nicht ausgeschlossen hätte. Aus der von der Klägerin unterzeichneten Zweckerklärung vom 10.8.2004 lässt sich schon deswegen nichts herleiten, weil diese aufgrund der vom Berufungsgericht festgestellten Fälligkeit der gesicherten Darlehen zum 30.12.2006 keine darüber hinausgehende Wirkung entfalten konnte und es anderenfalls auch nicht der von der Kreissparkasse geforderten erneuten Zweckerklärung bedürft hätte. Auch wenn die Zweckerklärung erst nach Trennung der Eheleute abgegeben worden sein sollte, wie es von der Revisionserwiderung geltend gemacht wird, führt dies zu keiner anderen Beurteilung. Zwar fände eine solche Kreditsicherung in der ehelichen Lebensgemeinschaft keine Grundlage mehr, wenn diese beendet und die Ehe gescheitert wäre. In diesem Fall würde die Kreditsicherung im Auftrag des anderen Ehegatten aber jedenfalls nicht weiter reichen als die in der Zweckabrede übernommene Geltungsdauer.

bb) Nichts anderes ergibt sich daraus, dass die Kredite nach der Finanzplanung des Beklagten erst durch die angesparten Lebensversicherungen getilgt werden sollten. Allein darin liegt kein Grund, der nach Treu und Glauben oder aus Gründen nachwirkender ehelicher Solidarität einer Kündigung durch die Klägerin entgegen gestanden hätte. Aus der Kündigung des Auftrags folgt für den Auftraggeber vielmehr regelmäßig die Notwendigkeit, die Sicherung seiner fortbestehenden Kreditverbindlichkeiten neu zu organisieren, denn anderenfalls wären nur solche Auftragsverhältnisse kündbar, deren Zweck erreicht worden ist.

cc) Nach der Rechtsprechung des Senats ist der beauftragte Ehegatte allerdings gehalten, den wirtschaftlichen Interessen des anderen Ehegatten in angemessener Weise Rechnung zu tragen, etwa dadurch, dass er diesem die Rückführung der Verbindlichkeiten im Rahmen eines vernünftigen, seine Möglichkeiten berücksichtigenden Tilgungsplanes einräumt. Die Klägerin hat dem jedenfalls insoweit Rechnung getragen, als sie sich bereit erklärt hat, die gemeinsamen Darlehen weiterhin abzusichern, obwohl der Beklagte im Innenverhältnis unstreitig allein verpflichtet war. Dass sie auch die weiteren, allein vom Beklagten eingegangenen Darlehensschulden absicherte, war von ihr nur zu verlangen, wenn der Beklagte ihr einen Tilgungsplan vorlegte, der erkennen ließ, für welche Zwecke und für welche Zeit die Grundschulden auch unter Berücksichtigung der Interessen der Klägerin noch benötigt wurden. Die Vorlage eines solchen Tilgungsplans hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Allein die Kenntnis von den Fälligkeitsterminen der Lebensversicherungen ersetzt nicht die Vorlage eines konkreten Tilgungsplans.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war die Vorlage eines Tilgungsplans auch keine bloße Förmelerei, weil es für die Klägerin ohne Weiteres ersichtlich gewesen sei, dass eine weitere Finanzierung nur durch die fortgesetzte Zurverfügungstellung ihres Hausgrundstücks als Sicherheit möglich gewesen sei. Selbst wenn das Grundstück zur weiteren Absicherung notwendig gewesen ist, was im Revisionsver-

fahren zu unterstellen ist, war damit die Vorlage eines Tilgungsplans nicht entbehrlich. Denn die nach dem Berufungsurteil sämtlich zur Rückzahlung fälligen Kredite, insbesondere auch die vom Beklagten allein abgeschlossenen, mussten neu vereinbart werden. Mit welchen Konditionen diese abgeschlossen würden, musste der Klägerin ebenso wenig klar sein wie der Umstand, zu welchem Zeitpunkt sie endgültig getilgt werden würden und wann sie mit einer endgültigen Ablösung der von ihr gestellten Sicherheiten rechnen konnte. Dafür, dass sie sich – wie das Berufungsgericht meint – auf eine einseitig dem Beklagten überantwortete und ihr nicht offengelegte Planung einlassen musste, bestand keine Grundlage.

Unabhängig von dem Beweisergebnis des Berufungsgerichts war die Klägerin somit weder aus Treu und Glauben noch aufgrund nachwirkender ehelicher Solidarität gehalten, von ihrem Kündigungsrecht keinen Gebrauch zu machen und ihr Grundstück weiterhin unbegrenzt zur Sicherheit für die allein dem Beklagten dienenden Darlehen zur Verfügung zu stellen.

c) Da die vom Berufungsgericht angenommene Kündigung somit wirksam war, war der Beklagte verpflichtet, die Klägerin von der Grundschuld freizustellen. Nach Versteigerung des Grundstücks schuldet der Beklagte der Klägerin den aus der hier allein geltend gemachten erstrangigen Grundschuld erlösten Betrag als Aufwendungsersatz nach § 670 BGB.

Auf den weiter geltend gemachten Anspruch aus Gesamtschuldnerausgleich kommt es demnach nicht mehr an.

(...)

9. FamFG § 9 Abs. 2, § 41 Abs. 3; BGB §§ 1796, 1822 Nr. 2 (*Ausschlagung einer Erbschaft durch Minderjährigen*)

Anlässlich eines Verfahrens auf Genehmigung einer Erbausschlagung für ein minderjähriges Kind ist diesem zur Entgegennahme des Genehmigungsbeschlusses im Sinne von § 41 Abs. 3 FamFG nur dann ein Ergänzungspfleger zu bestellen, wenn die Voraussetzungen für eine Entziehung der Vertretungsmacht nach § 1796 BGB festgestellt sind.

BGH, Beschluss vom 12.2.2014, XII ZB 592/12

Das für das betroffene minderjährige Kind zum Vormund bestellte Jugendamt der Stadt H. (Beteiligte zu 1, im Folgenden: Vormund) begehrt die gerichtliche Genehmigung einer für das Kind erklärten Erbausschlagung in einer Nachlassangelegenheit.

Das AG hat für das minderjährige Kind eine Ergänzungspflegschaft zur Entgegennahme des noch zu erlassenden Beschlusses und für die Erklärung eines Rechtsmittelverzichts bzw. die Einlegung eines Rechtsmittels gegen diesen Beschluss für den Minderjährigen angeordnet. Das OLG hat die Beschwerde des Vormunds zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Vormund mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der instanzgerichtlichen Entscheidungen.

Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung in FamRZ 2013, 651 veröffentlicht ist, hat unter Bezugnahme auf die Begründung einer eigenen vorangegangenen Entscheidung (OLG Celle, Rpfleger 2011, 436) Folgendes ausgeführt: Nach § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB erhalte, wer unter elterlicher Sorge stehe, für Angelegenheiten, an deren Versorgung die Eltern verhindert seien, einen Pfleger. Eine Verhinderung der Eltern oder – wie hier – eines alleinsorgeberechtigten Elternteils sei gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 3 BGB i. V. m. § 1796 Abs. 2 BGB insbesondere gegeben, wenn das Interesse des betroffenen Kindes zu dem Interesse der Kindesmutter in erheblichem Gegensatz stehe. Zwar fehle es vorliegend an einem solchen Interessengegensatz. Die

alleinsorgeberechtigte Kindesmutter sei aber an der Entgegennahme des Beschlusses, mit dem die Erbausschlagung vom Familiengericht genehmigt werde, gehindert. Nach § 41 Abs. 3 FamFG sei ein Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand habe, auch demjenigen bekanntzugeben, für den das Rechtsgeschäft genehmigt werde. Die Vorschrift trage der Rechtsprechung des BVerfG Rechnung, wonach dem Beteiligten die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, bei einer Entscheidung, die seine Rechte betreffe, zu Wort zu kommen (vgl. BT-Drucks. 16/6308, S. 197). Anders als in anderen Verfahren könne die Gewährung rechtlichen Gehörs bei der Genehmigung eines Rechtsgeschäfts nicht durch den Vertreter des durch die Entscheidung in seinen Rechten Betroffenen wahrgenommen werden. Die Bekanntgabe der familiengerichtlichen Genehmigung der Erbausschlagung an die sorgeberechtigten Elternteile genüge daher nicht den Anforderungen des § 41 Abs. 3 FamFG.

Die Bestellung eines Verfahrensbeistands komme als milderes Mittel statt einer Anordnung der Ergänzungspflegschaft nicht in Betracht, zumal er nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes sei.

An dieser grundsätzlichen Beurteilung sei auch im vorliegenden Fall festzuhalten. Aus der Tatsache, dass im Streitfall das betroffene Kind nicht – wie im seinerzeitigen Verfahren – durch einen Elternteil vertreten worden und es infolgedessen um die Überprüfung eines Antrages dieses Elternteils gegangen sei, sondern nunmehr eine Vertretung durch das Jugendamt vorliege und eine Genehmigung dessen Antrags in Rede stehe, ergäben sich keine rechtlich erheblichen Abweichungen.

Aus den Gründen:

II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Gemäß § 1822 Nr. 2 BGB bedarf der Vormund zur Ausschlagung einer Erbschaft der Genehmigung des Familiengerichts. Nach § 41 Abs. 3 FamFG ist ein Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, auch demjenigen bekanntzugeben, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird. Gemäß § 1793 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 9 Abs. 2 FamFG wird bei einer angeordneten Vormundschaft der Geschäftsunfähige vom Vormund vertreten. Nach § 1796 BGB kann das Familiengericht dem Vormund die Vertretung für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten entziehen, wenn das Interesse des Mündels zu dem Interesse namentlich des Vormunds in erheblichem Gegensatz steht.

2. Nach den vom Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen fehlt es an den Voraussetzungen für die Entziehung der Vertretungsmacht gemäß § 1796 Abs. 2 BGB hinsichtlich der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses bzw. der aus der Bekanntgabe folgenden Konsequenzen (Einlegung eines Rechtsmittels oder Erklärung eines Rechtsmittelverzichts).

Die Frage, ob es in Fällen der vorliegenden Art, in denen es um die Genehmigung einer Erbausschlagung für ein minderjähriges Kind geht, zur Entgegennahme des Genehmigungsbeschlusses im Sinne von § 41 Abs. 3 FamFG, zur Rechtsmitteleinlegung oder zur Erklärung eines Rechtsmittelverzichts der Bestellung eines Ergänzungspflegers bedarf, ist allerdings umstritten.

a) Zum einen wird vertreten, dass dem Minderjährigen in solchen Fällen grundsätzlich ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist (KG, FamRZ 2010, 1171; OLG Köln, DNotZ 2012, 219; *Musielak/Borth*, FamFG, 4. Aufl., § 41 Rdnr. 11; *Zorn*, Rpfleger 2009, 421, 431; differenzierend: *Büte*, FuR 2011, 361, 362 [etwa bei Genehmigung eines vom gesetzlichen Vertreter zuvor abgeschlossenen Kaufvertrags]; *Kölmel*, MittBayNot 2012, 108, 109 f. [kein Vertretungsausschluss über § 1796 BGB, sondern über Verfahrensrecht]; *Perlwitz/Weber*,

FamRZ 2011, 1350, 1354 f. [Bestellung eines Verfahrensbeistands]).

b) Nach der Gegenauffassung ist ein Ergänzungspfleger nur dann zu bestellen, wenn im Einzelfall festgestellt ist, dass das Interesse des Mündels zu dem Interesse des Vormunds in erheblichem Gegensatz steht (OLG Brandenburg, MittBayNot 2011, 240; *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, 18. Aufl., § 41 Rdnr. 4a; MünchKommFamFG/*Ulrici*, 2. Aufl., § 41 Rdnr. 14 ff.).

c) Der Senat folgt der zuletzt genannten Auffassung. Aus § 41 Abs. 3 FamFG, wonach ein Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, auch demjenigen bekanntzugeben ist, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird, folgt nicht, dass das Vertretungsrecht des Vormunds gemäß § 1793 Abs. 1 Satz 1 BGB über die in § 1796 BGB bezeichneten Fälle hinaus zu entziehen ist. Nach § 1796 Abs. 2 BGB soll die eine Ergänzungspflegschaft auslösende Entziehung des Vertretungsrechts nur erfolgen, wenn das Interesse des Mündels zu dem Interesse des Vormunds in erheblichem Gegensatz steht. Eine solche Entscheidung setzt mithin voraus, dass der Tatrichter entsprechende Feststellungen getroffen hat. Ein Ausschluss des Vertretungsrechts aus verfahrensrechtlichen Gründen jenseits des hier nicht einschlägigen § 1795 BGB oder des § 1796 BGB (so aber *Kölmel*, MittBayNot 2012, 108, 109 f.) kommt nicht in Betracht.

aa) Für eine generelle Entziehung des Vertretungsrechts ohne Betrachtung der Umstände des Einzelfalls fehlt es daher bereits an einer gesetzlichen Grundlage. Im Übrigen besteht hierfür auch kein Bedürfnis. Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens hat das AG von Amts wegen die Umstände des Einzelfalls zu prüfen, insbesondere ob die Voraussetzungen für eine Genehmigung der Erbausschlagung zum Wohle des Kindes vorliegen. Erhält das Gericht im Rahmen dieser Ermittlungen Kenntnis von einem möglichen Interessenwiderstreit, ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1796 Abs. 2 BGB immer noch möglich.

Daraus wird zudem ersichtlich, dass der gesetzliche Vertreter in Fällen der vorliegenden Art bereits durch das Gericht kontrolliert wird. Die Erbausschlagung steht unter dem gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt. Ein Bedürfnis dafür, das der Kontrolle dienende Verfahren sowie das kontrollierende Gericht seinerseits einer generellen weiteren Kontrolle durch einen anderen Vertreter des Rechtsinhabers zu unterstellen, besteht – jedenfalls soweit kein Interessenwiderstreit festgestellt wird – nicht (siehe auch MünchKommFamFG/*Ulrici*, 2. Aufl., § 41 Rdnr. 15).

bb) Dem steht auch die vom Beschwerdegericht zitierte Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 101, 397 = FamRZ 2000, 731) nicht entgegen. Zwar hat das BVerfG ausgeführt, dass die unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens gebotene Anhörung nicht deshalb entbehrlich gewesen sei, weil der als gesetzlicher Vertreter der Erben handelnde Nachlasspfleger am Genehmigungsverfahren beteiligt gewesen sei und das rechtliche Gehör im Regelfall nicht durch denjenigen vermittelt werden könne, dessen Handeln im Genehmigungsverfahren überprüft werden solle (BVerfGE 101, 397 = FamRZ 2000, 731, 733). Zutreffend ist auch, dass der Gesetzgeber in der Begründung zu § 41 Abs. 3 FamFG auf die vorgenannten Ausführungen des BVerfG Bezug genommen hat (BT-Drucks. 16/6308, S. 197).

Die Genehmigung einer Erbschaftsausschlagung unterscheidet sich von der vom BVerfG entschiedenen Fallgestaltung indes darin, dass dort der – zugleich als Vertreter tätige –

Nachlasspfleger an dem später zu genehmigenden Erbaueinsetzungsvertrag aktiv beteiligt war (vgl. BVerfGE 101, 397 = FamRZ 2000, 731, 732; siehe auch *Büte*, FuR 2011, 361, 362). Dagegen begehrt der Vormund vorliegend allein die Genehmigung der Erbausschlagung für das minderjährige Kind; es geht also nicht um die Genehmigung einer vertraglichen Gestaltung, an der der gesetzliche Vertreter aktiv mitgewirkt hat, sondern lediglich um die Genehmigung einer einseitigen, gegenüber dem Nachlassgericht vorzunehmenden Erklärung (vgl. § 1945 Abs. 1 BGB).

cc) Im Übrigen wird das vom Beschwerdegericht gefundene Ergebnis auch den Belangen der Praxis nicht gerecht, wie das KG zu Recht im Einzelnen ausgeführt hat (KG, FamRZ 2010, 1171, 1173).

3. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden, § 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG. Das Beschwerdegericht hat das Bestehen eines erheblichen Interessengegensatzes im Sinne von § 1796 Abs. 2 BGB verneint. Im Übrigen ist auch sonst nicht ersichtlich, worin ein Interessenwiderstreit bei einem als Vormund tätigen Jugendamt zu sehen sein könnte, das für den Mündel die Erbschaft ausschlägt.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Mensch*, MittBayNot 2015, 277 (in diesem Heft).

10. GBO § 22; BGB § 2033 (*Keine Auflösung der Erbengemeinschaft durch Erwerb aller Erbanteile durch mehrere in Bruchteilsgemeinschaft verbundene Personen*)

Der Erwerb aller Erbanteile durch mehrere in Bruchteilsgemeinschaft verbundene Personen führt nicht zur Auflösung der Erbengemeinschaft und damit auch nicht zur Entstehung von Bruchteileigentum an den einzelnen Nachlassgegenständen (gegen BFH, NJW 1975, 2119).

OLG Jena, Beschluss vom 16.6.2014, 3 W 184/14

Die Beteiligten sind im Grundbuch seit dem 7.11.2013 in Erbengemeinschaft als Grundstückseigentümer eingetragen. Die Eintragung erfolgte im Wege der Grundbuchberichtigung aufgrund einer mit Urkunde der Notarin M. in ... vom 25.2.2013 (UR 350/2013) vorgenommenen Erbteilsübertragung. Nach dieser Urkunde übertrugen die seinerzeit in Erbengemeinschaft eingetragenen Voreigentümer A. W. und Dr. E. M. R. ihren jeweiligen Erbanteil am Nachlass von P. W., der nach der Urkunde nur noch aus dem hier betroffenen Grundstück bestehen soll, jeweils zu ½ auf die Beteiligten. Mit Schriftsatz vom 29.12.2013, beim Grundbuchamt am 2.1.2014 eingegangen, beantragten die Beteiligten – neben einer Schreibfehlerberichtigung – die Berichtigung des Grundbuchs dahin, dass der Zusatz „in Erbengemeinschaft“ gelöscht wird und sie als Miteigentümer zu je ½ eingetragen werden. Die Grundbuchrechtspflegerin erließ am 20.1.2014 eine Zwischenverfügung. Sie gab den Beteiligten die Vorlage einer notariellen Erbaueinsetzung nebst Auflassungserklärung auf, weil die Übertragung von Erbanteilen bzw. deren Bruchteilen nicht zur Entstehung von Miteigentum zu Bruchteilen an den einzelnen Nachlassgegenständen führe.

Der Senat hat die Zwischenverfügung auf Beschwerde der Beteiligten mit Beschluss vom 13.2.2014 (3 W 71/14) aufgehoben, weil das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis nach seiner Auffassung nicht mit Rückwirkung behebbar war; auf die Gründe dieses Beschlusses nimmt der Senat Bezug. Sodann hat das Grundbuchamt den Berichtigungsantrag mit denjenigen Erwägungen, die bereits der Zwischenverfügung zugrunde lagen, zurückgewiesen.

Dagegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten. Sie vertreten unter Bezugnahme auf einen Teil der Rechtsprechung und Kommentarliteratur weiterhin die Auffassung, bei Vereinigung aller Erbanteile

in der Hand miteinander in Bruchteilsgemeinschaft verbundener Erwerber gehe der Nachlass und die einzelnen Nachlassgegenstände auf die Erwerber zu Miteigentum nach Bruchteilen über. Die Situation sei mit dem Fall vergleichbar, wenn eine Person sämtliche Erbanteile erwirbt. Führe die Veräußerung dazu, dass die zunächst gesonderten Nachlassanteile insgesamt denselben Rechtssubjekten zustehen, komme es zu deren „Zusammenwachsen“, vergleichbar der Anwachsung im Sinne von § 2094 BGB. Wegen der Einzelheiten nimmt der Senat Bezug auf die Beschwerdebeurteilung.

Die Grundbuchrechtspflegerin hat der Beschwerde mit Beschluss vom 29.4.2014 nicht abgeholfen und sie dem OLG vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die nach den §§ 71 ff. GBO an sich statthafte und auch sonst zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg; das Grundbuchamt hat den Berichtigungsantrag im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

Der Senat hält an seiner bereits in dem Beschluss vom 13.2.2014 angedeuteten Rechtsauffassung fest, dass die zwischen den beiden Voreigentümern bestehende Erbengemeinschaft am Nachlass nach P. W. nicht dadurch beendet ist, dass die Beteiligten durch die notarielle Urkunde vom 25.2.2013 jeweils ½ dieser Erbanteile erworben haben. Ein derartiger Erwerb führt nach herrschender Meinung zwar dazu, dass innerhalb der Erbengemeinschaft in Bezug auf die jeweiligen Erbanteile eine Bruchteilsgemeinschaft entsteht (*Demharter*, a. a. O., § 47 Rdnr. 9 m. w. N.), ändert aber nichts am Fortbestehen der gesamthänderischen Bindung in Bezug auf die Erbanteile im Verhältnis zueinander (KGJ 46, A 181 ff.; KG, FGPrax 1999, 27 ff.; OLG Köln Rpfleger 1974, 109 f.; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., 1090; *Tiedtke*, JuS 1977, 158 ff.; *Lehmann*, NJW 1976, 263 f.; *Haegeler*, Rpfleger 1968, 173, 177; BayObLG, NJW 1968, 505 obiter dictum). Soweit die Gegenauffassung (BFH, NJW 1975, 2119; *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2033 Rdnr. 15; *Staudinger/Werner*, Neubearbeitung 2010, § 2033 Rdnr. 7) maßgeblich darauf abstellt, die Situation entspreche derjenigen, in der sämtliche Erbanteile in der Hand einer natürlichen oder juristischen Person bzw. einer BGB-Gesellschaft vereinigt werden – das führt nach soweit ersichtlich einhelliger Auffassung zur Aufhebung der Erbengemeinschaft und zum Untergang der Erbanteile (*Soergel/Wolf*, a. a. O., m. w. N.) – vermag der Senat dem nicht beizutreten. Diese Auffassung beruht nämlich darauf, dass bei der Vereinigung aller Erbanteile in der Hand einer Person dieselben Rechtsfolgen eintreten, die sich ergeben, wenn diese Person den Erblasser allein beerbt hätte, namentlich eine dingliche Verfügung des Alleinerben nur über die einzelnen Nachlassgegenstände, nicht aber über die Erbschaft als Ganzes oder einen Bruchteil davon möglich ist. Anders liegt die Situation aber entgegen der Auffassung der Beschwerde bei der aus mehreren Personen bestehenden Bruchteilsgemeinschaft, weil diese Personen, würden sie unmittelbar erben, kraft Gesetzes immer eine Erbengemeinschaft bilden (*Lange/Kuchinke*, a. a. O.; *Tiedtke*, a. a. O.; *Lehmann*, a. a. O.). Die nicht weiter begründete Schlussfolgerung des BFH, die Anerkennung der Auflösung der Erbengemeinschaft bei Erwerb aller Erbanteile durch eine Person bedinge das identische Ergebnis bei Erwerb aller Erbanteile durch in Bruchteilsgemeinschaft verbundene mehrere Personen, trifft daher nicht zu. Der Senat hält auch das Argument, durch Privatvereinbarung könne keine Gesamthandsgemeinschaft außerhalb der vom Gesetz bestimmten Fälle begründet werden (*Staudinger/Werner*, a. a. O.) für nicht durchgreifend. Die Erwerber der Erbanteile begründen nämlich nicht durch Vereinbarung eine neue Gesamthandsgemeinschaft, sondern

treten vielmehr in die vermögens- und mitgliedschaftsrechtliche Stellung der verfügenden Miterben in der Gesamtheitsgemeinschaft ein, ohne dadurch selbst Erben im Rechtssinne zu werden. Die Gesamthandsgemeinschaft wird daher auch bei vollständiger Auswechslung ihrer Mitglieder nicht neu begründet, sondern mit anderen Personen fortgesetzt (KG, FGPrax 1999, 27 ff. m. w. N.). Für die von der Beschwerde geltend gemachte Vergleichbarkeit der vorliegenden Situation mit der Anwachsung nach § 2094 BGB – die Vorschrift regelt die Rechtsfolgen des Wegfalls eines Erben bei Ausschluss der gesetzlichen Erbfolge – sieht der Senat keine Anhaltspunkte.

Auch die Frage, ob die hinsichtlich der Erbanteile bestehende Bruchteilsgemeinschaft neben der fortbestehenden Erbengemeinschaft in das Grundbuch einzutragen ist, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet (vgl. die Nachweise bei *Schmidt*, BWNNotZ 2012, 35 ff.). Hierüber ist im vorliegenden Verfahren nicht zu entscheiden, weil es an einem darauf gerichteten Berichtigungsantrag fehlt. Die Berichtigung des Grundbuchs erfordert jedoch grundsätzlich einen Antrag; einer der Fälle, in denen die Grundbuchberichtigung ausnahmsweise von Amts wegen erfolgt (*Demharter*, a. a. O., § 22 Rdnr. 45) liegt nicht vor. Nachdem der Senat auf dieses Erfordernis bereits in seinem Beschluss vom 13.2.2014 hingewiesen hat, kann die Formulierung in Ziffer 3 des Schriftsatzes der Beteiligten vom 24.2.2013 (gemeint ist ersichtlich 2014) nicht als entsprechender Hilfsantrag ausgelegt werden.

(...)

Anmerkung:

Hinterlässt der Erblasser mehrere Erben, so wird der Nachlass gemeinschaftliches Vermögen der Erben (§ 1922 Abs. 1, § 2032 Abs. 1 BGB). Die Erben bilden eine Erbengemeinschaft, die eine durch die Vorschriften der §§ 2033 bis 2041 BGB besonders ausgestaltete Gesamthandsgemeinschaft darstellt. Gehört ein Grundstück zum Nachlass, werden die Erben mit dem Zusatz „Erbengemeinschaft“ als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Der einzelne Miterbe kann weder über das Grundstück noch über seinen Anteil hieran verfügen (§ 2040 Abs. 1, § 2033 Abs. 2 BGB). Für eine Veräußerung durch die Miterben gemeinsam gelten die allgemeinen Vorschriften (§§ 873, 925 BGB). Das Grundstück scheidet aus dem Nachlass aus. Der oder die Erwerber werden Allein- oder Miteigentümer des Grundstücks.

Im hier zu besprechenden Fall haben die Miterben eine andere rechtliche Möglichkeit gewählt. § 2033 Abs. 1 BGB erlaubt jedem Miterben, durch einen notariell beurkundeten Vertrag über seinen Anteil am Nachlass zu verfügen. Gegenstand der Verfügung ist dann der Anteil am Nachlass. Die Mitberechtigung an den einzelnen Nachlassgegenständen geht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den Erwerber des Anteils über. Der Erwerber tritt als Teilhaber in das Gesamthandverhältnis ein, das heißt in alle durch die Erbengemeinschaft begründeten, im Erbteil enthaltenen Rechtsbeziehungen des Veräußerers. Auch die Veräußerung von Teilen des Erbteils ist zulässig.¹ Wird der Erbteil anteilig auf mehrere Erwerber übertragen, steht er diesen gemeinschaftlich zu. Mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung bilden sie – bezogen auf den Erbteil – eine Gemeinschaft nach Bruchteilen (§ 741 BGB).

¹ BGH, Urteil vom 28.6.963, V ZR 15/62, NJW 1963, 1610, 1611; BayObLG, Beschluss vom 20.3.1991, BReg. 2 Z 169/90, NJW-RR 1991, 1030, 1031; *Staudinger/Werner*, BGB, Bearb. 2010, § 2033 Rdnr. 7; zweifelnd NK-BGB/Ann. 3. Aufl., § 2033 Rdnr. 3, 29; *Otto*, NotBZ 2015, 26, 27.

Im Besprechungsfall hatten beide Miterben ihren Anteil am Nachlass, in welchem sich nur noch ein Grundstück befand, je zur Hälfte an zwei Erwerber veräußert, die Antragsteller und Beschwerdeführer des Grundbuchberichtigungsverfahrens (§ 22 GBO). Nach zutreffender Auffassung des OLG Jena sind die Erwerber – jeweils in Bruchteilsgemeinschaft – im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in die mit dem Erbteil verbundenen Rechtsbeziehungen des jeweiligen Veräußerers eingetreten. Dabei sind die beiden Erbteile erhalten geblieben. Entsprechend hat bereits das KG in einem Beschluss vom 2.4.1914² entschieden. Seinerzeit waren die Erbteile nicht gleichzeitig, sondern nacheinander veräußert worden. Es lag auf der Hand, dass die zweite Erbteilsveräußerung keine anderen Rechtsfolgen nach sich ziehen konnte als die erste, was aber der Fall gewesen wäre, wenn die gesamthänderische Bindung nach der Veräußerung des ersten Erbteils bestehen geblieben wäre, nach derjenigen des zweiten Erbteils aber ohne Weiteres durch eine Bruchteilsgemeinschaft ersetzt worden wäre. Werden beide Erbteile gleichzeitig an je zwei Erwerber veräußert, kann nichts anderes gelten. Die Rechtsfolgen jeder einzelnen Veräußerung sind gesondert zu betrachten. Nach den eingangs beschriebenen allgemeinen Grundsätzen beendet die Veräußerung eines Erbteils nicht dessen Zugehörigkeit zur Gesamthand.

Beendet ist die Erbengemeinschaft allerdings dann, wenn sich alle Erbteile in der Hand einer einzigen Person vereinigen. Die Überlegung, mit welcher das Grundbuchamt und ihm folgend das OLG Jena den Vergleich mit dem Erwerb aller Erbteile durch einen einzigen Erwerber nicht haben gelten lassen, trifft jedoch ebenfalls zu. Der einzige Erwerber mehrerer Erbteile wäre Alleinerbe gewesen, wenn er unmittelbar geerbt hätte; mehrere Personen hätten notwendig eine Erbengemeinschaft gebildet.³ Zum selben Ergebnis führt folgende Kontrollüberlegung: Die Bruchteilsgemeinschaft gibt es nicht als solche, sondern nur bezogen auf ein bestimmtes Recht, dasjenige nämlich, welches den Mitgliedern der Gemeinschaft gemeinschaftlich zusteht. Es gibt keine unabhängig von diesem Recht bestehende Bruchteilsgemeinschaft als Rechtssubjekt, das weitere Rechte erwerben könnte. An zwei Rechten (hier: zwei Erbteilen) besteht jeweils eine Bruchteilsgemeinschaft. Eine Vereinigung der Erbteile tritt deshalb nicht ein. Soweit der BFH in seinem Urteil vom 11.6.1975⁴ die Vereinigung aller Erbanteile in der Hand derselben Personen zu gleichen Bruchteilen für maßgeblich gehalten hat, hat er diesen Gesichtspunkt nicht gesehen. Es kommt eben nicht nur auf die Personen an, sondern auch auf deren Organisationsform.⁵

Die deutliche Kritik, die jetzt an der Besprechungsentscheidung geübt worden ist, stellt vor allem das Ergebnis der Perpetuierung einer aus Nichterben bestehenden Erbengemeinschaft in Frage.⁶ Sie geht dabei von allgemein anerkannten

² KG, Beschluss vom 2.4.1914, 1 X 81/14, KGJ 46 S. A 181; ebenso OLG Köln, Entscheidung vom 13.11.1973, 2 Wx 70/72, Rpfleger 1974, 109).

³ Vgl. *Lehmann*, NJW 1976, 263, 264.

⁴ BFH, Urteil vom 11.6.1975, II R 5/72, BFHE 116, 408 = WM 1976, 166 mit abl. Anm. *Lehmann* NJW 1976, 263; *Tiedtke*, JuS 1977, 158; zustimmend dagegen *Werner*, ZEV 2014, 604; *Staudinger/Werner*, BGB, Bearb. 2010, § 2033 Rdnr. 7.

⁵ Vgl. etwa OLG Hamm, Beschluss vom 15.4.1958, 15 W 129/58, DNotZ 1958, 416 zur Übertragung eines Nachlassgrundstücks auf eine von sämtlichen Miterben gebildete Personengesellschaft; OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.4.1994, 15 U 143/93, NJW-RR 1995, 1189 zur Übertragung von GmbH-Anteilen einer Erbengemeinschaft auf eine personengleiche OHG; MünchKommBGB/*Gergen*, 6. Aufl., § 2032 Rdnr. 31 f.)

⁶ *Werner*, ZEV 2014, 604.

Grundsätzen aus: Die Erbengemeinschaft entsteht mit dem Erbfall, nicht durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung, und kann nach ihrer Beendigung nicht vertraglich wiederbegründet werden.⁷ Sie ist außerdem nicht auf Dauer angelegt, sondern soll zur Auseinandersetzung unter den Erben und damit zu ihrer Auflösung führen. Dieser letztgenannte Gesichtspunkt schließt allerdings nicht aus, dass die Erbengemeinschaft dann, wenn eine Auseinandersetzung nicht stattfindet, jahrzehntelang fortbesteht.⁸ Ob sie beendet ist oder nicht, ist gerade die Frage. § 2033 BGB ermöglicht außenstehenden Dritten den Eintritt in die Erbengemeinschaft. Hätten die beiden Erben ihren Erbteil je an einen der Beschwerdeführer veräußert, wäre am Fortbestand der Erbengemeinschaft und damit des Nachlasses als Sondervermögen nicht zu deuteln gewesen, für den es darüber hinaus gute Gründe geben kann.⁹ Die Erben (und im Falle der Veräußerung eines Erbteils zusätzlich der Erwerber, vgl. § 2382 BGB) haften gemäß § 2058 BGB als Gesamtschuldner für die Nachlassverbindlichkeiten. Bis zur Teilung kann jeder Miterbe jedoch die Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten aus seinem eigenen Vermögen verweigern, die Nachlassgläubiger also auf den ungeteilten Nachlass verweisen (§ 2059 Abs. 1 BGB), während Eigengläubiger der Erben zwar den jeweiligen Erbteil pfänden, jedoch nicht auf die einzelnen Nachlassgegenstände zugreifen können (§ 859 Abs. 2 ZPO). Spiegelbildlich dazu können die Nachlassgläubiger ein Interesse daran haben, dass der ungeteilte Nachlass als Haftungssubstrat erhalten bleibt (vgl. § 747 ZPO). Ob dann, wenn ein Nachlass bis auf ein letztes Grundstück schon auseinandergesetzt worden ist, noch von einem „ungeteilten“ Nachlass im Sinne des Haftungsrechts ausgegangen werden kann, ist allerdings Tatfrage.

Ilse Lohmann, Richterin am BGH, Karlsruhe

⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 23.2.2005, IV ZR 55/04, NJW-RR 2005, 2008; RGRK/Kregel, BGB, 12. Aufl., § 2032 Rdnr. 8.

⁸ Vgl. etwa Johannsen, WM 1970, 573.

⁹ Vgl. Tiedtke, JuS 1977, 158, 161.

11. BGB §§ 280, 1922; ZPO § 114 (Zur Auslegung einer Erbauseinandersetzungsvereinbarung)

Haben die Parteien (Brüder) in einem Erbteilskaufvertrag eine salvatorische Klausel vereinbart, dass nur wechselseitige Ansprüche, bezogen auf den Nachlass ihres verstorbenen Vaters, ausgeschlossen sind, schließt dies nicht aus, dass die Parteien außerhalb dieser Vereinbarung eine insgesamt abschließende Regelung hinsichtlich aller Vorgänge im Zusammenhang mit den finanziellen Angelegenheiten auch ihrer verstorbenen Mutter treffen wollten.

OLG Koblenz, Beschluss vom 15.5.2014, 3 U 258/14

Die Parteien sind Brüder und je zur Hälfte Erben ihrer am ... 2008 verstorbenen Mutter, E. W. Der Vater der Parteien ist vorverstorben. Der Kläger nimmt den Beklagten auf Schadensersatz i. H. d. hälftigen Betrages von 115.449,94 €, mithin von 57.724,97 €, nebst Zinsen in Anspruch.

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte in der Zeit vom 2.1.1998 bis 4.3.2008 Abbuchungen vom Konto der Mutter getätigt hat, die teilweise zu Lebzeiten der Mutter ohne deren Kenntnis erfolgt seien. Des Weiteren besteht Streit darüber, ob die Parteien eine abschließende Erbauseinandersetzungsvereinbarung unter Abgeltung etwaiger Schadensersatzansprüche getroffen haben.

Das LG hat die Klage (...) abgewiesen.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seinem Prozesskostenhilfeantrag vom 28.2.2014 und seinem Entwurf der Berufungsschrift, (...) mit der er unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 57.724,97 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit begehrt.

Aus den Gründen:

II.

Der Antrag des Klägers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Durchführung des Berufungsverfahrens ist nicht begründet.

Gemäß § 114 ZPO erhält eine Partei, die nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen nicht in der Lage ist, die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufzubringen, auf Antrag Prozesskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat und nicht mutwillig erscheint.

Der Kläger ist zwar nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen nicht in der Lage die Kosten der Prozessführung zu tragen. Die beabsichtigte Berufung hat allerdings keine Aussicht auf Erfolg.

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Schadensersatz wegen von ihm getätigten Abbuchungen vom Konto seiner Mutter in der Zeit vom 2.1.1998 bis 4.3.2008 in Anspruch. Diese Abbuchungen seien bis zu deren Tod am 6.2.2008 ohne Kenntnis der Erblasserin erfolgt. Der Beklagte hat dem entgegengehalten, dass er sich gewissenhaft um die finanziellen Angelegenheiten der Mutter gekümmert und im Übrigen überhaupt erst im August 2000 Vollmacht über deren Konto gehabt habe. Die Erblasserin sei über die Abbuchungen stets informiert gewesen. Ferner sei die Erbauseinandersetzung einvernehmlich im Jahre 2009 zwischen den Parteien beendet worden. Danach sollten alle etwaigen Ansprüche abgegolten sein.

Dem Kläger steht gegen den Beklagten gemäß §§ 280, 1922 BGB kein Schadensersatzanspruch wegen der behaupteten Abbuchungen vom Konto der Erblasserin zu.

Das LG ist aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme nachvollziehbar und frei von Rechtsfehlern zu der Überzeugung gelangt (§ 286 ZPO), dass die Bevollmächtigten der Parteien im Jahre 2009 eine einvernehmliche Regelung getroffen haben, wonach mit dem Erbteilsverkauf des Beklagten an die Eheleute Hermann J. C. und E. S. zu einem Kaufpreis von 25.000 € das Erbe zwischen den Parteien insgesamt auseinandergesetzt und ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Klägers auf Zahlung von 57.724,97 € wegen der Kontoabbuchungen abgegolten sein sollte.

Der Kläger verweist zwar in seiner angekündigten Berufungsschrift zu Recht darauf hin, dass ausweislich der salvatorischen Klausel in Ziffer VIII des notariell beurkundeten Erbteilskaufvertrages die Brüder nach dem Wortlaut der Urkunde mit deren Vollzug nur wechselseitige Ansprüche, bezogen auf den Nachlass ihres verstorbenen Vaters, Wilhelm Wagner, ausgeschlossen haben. Dies schließt aber nicht aus, dass die Parteien außerhalb dieser Vereinbarung eine insgesamt abschließende Regelung hinsichtlich aller Vorgänge im Zusammenhang mit den finanziellen Angelegenheiten ihrer verstorbenen Mutter treffen wollten und getroffen haben.

So liegt der Fall hier.

Die Zeugin Frau Rechtsanwältin M. P., Bevollmächtigte des Beklagten, hat im Rahmen ihrer Vernehmung bekundet, dass mit dem Kläger und seinem früheren Bevollmächtigten,

Herrn Rechtsanwalt St. A., eine Einigung dahingehend erzielt worden sei, dass der Erbteil nicht von dem Kläger, sondern stattdessen von der Eheleuten J. C. und E. S. übernommen werden sollte. Die Erbengemeinschaft sollte insgesamt auseinandergesetzt werden. Im Rahmen der Auseinandersetzung seien lediglich das geerbte Haus in Er. und die Behandlung der hier streitgegenständlichen Kontoabbuchungen Gegenstand der Verhandlungen gewesen. Aufgrund des Gesprächs vom 1.4.2009 und der Schreiben vom 6.4.2009 und 23.4.2009 sei aus ihrer Sicht die Angelegenheit einvernehmlich und abschließend geregelt gewesen. Es habe danach keine Korrespondenz mehr gegeben, dass die gegenseitigen Ansprüche aus dem Erbfall bzw. der Erbengemeinschaft mit dem Verkauf des Erbanteils nicht abgegolten sein sollten.

Der Zeuge Herr Rechtsanwalt St. A., der den Kläger zum damaligen Zeitpunkt vertreten hat, hat in der Beweisaufnahme bestätigt, dass Gegenstand der Verhandlungen zwischen den Parteien bzw. ihren Bevollmächtigten die Auflistung der Abbuchungen vom Konto der Erblasserin gewesen sei, auch wenn er sich nicht daran erinnern könne, ob die Verhandlungen hierüber im Jahre 2008 und/oder 2009 geführt worden seien. Nach dem Schreiben vom 23.4.2009 sei die Angelegenheit für ihn erledigt gewesen. Wenn er der Auffassung gewesen wäre, dass dem Kläger mehr zustehen würde, hätte er ihm dies mitgeteilt. Die Vereinbarung hätte seiner Auffassung nach keinen Sinn ergeben, wenn damit nicht eine abschließende Regelung verbunden gewesen wäre. Mit der Zahlung von 25.000 € für den Erbanteil des Beklagten habe der Punkt „Abbuchungen vom Konto der Erblasserin“ abgegolten sein sollen. Mit der Verrechnung eines Betrages i. H. v. lediglich 10.000 € zur Abgeltung eines etwaigen Schadensersatzanspruchs sei der Kläger nicht einverstanden gewesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Aussagen der Zeugen wird auf das angegriffene Urteil und das Sitzungsprotokoll vom 8.1.2014 Bezug genommen.

Das LG ist aufgrund der Aussage der beiden Zeugen überzeugend zu der Auffassung (§ 286 ZPO) gelangt, dass mit der Erledigung der Erbauseinandersetzung hinsichtlich des Nachlasses der Erblasserin auch die hier streitgegenständlichen Ansprüche abgegolten sein sollten.

Dem steht nicht entgegen, dass nach dem Wortlaut in Ziffer VIII des Erbteilskaufvertrages die Brüder mit dem Vollzug der Urkunde ausdrücklich nur wechselseitige Ansprüche, bezogen auf den Nachlass ihres verstorbenen Vaters, Wilhelm Wagner, ausgeschlossen haben. Der Zeuge A. hat dies nachvollziehbar dahingehend erklärt, dass diese Klausel auf Wunsch seines damaligen Mandanten, des Klägers, Aufnahme in den notariellen Vertrag gefunden habe. Des Weiteren habe in der Urkunde aufgenommen werden sollen, dass der Beklagte keinerlei Rechte mehr auf irgendwelche Gegenstände erhebe, unabhängig von der Eigentumslage (Ziffer VIII Nr. 2 des Erbteilskaufvertrages).

Mit Recht nimmt das LG nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme an, dass mit dem Ausschluss sämtlicher wechselseitiger Ansprüche zwischen den Brüdern in Ziffer VIII Nr. 1 des Erbteilskaufvertrages nicht nur weitergehende Ansprüche in Bezug auf den Nachlass des vorverstorbenen Vaters der Parteien, sondern auch Ansprüche, die im Zusammenhang mit dem Ableben der Erblasserin stehen, ausgeschlossen sein sollten.

Das LG hat die Klausel in Ziffer VIII Nr. 1 des Erbteilskaufvertrages zutreffend dahin ausgelegt, dass mit dem Erbteilskaufvertrag auch die Erbauseinandersetzung hinsichtlich des Nachlasses der verstorbenen Mutter abgeschlossen sein sollte.

Dafür spricht bereits der zeitliche Zusammenhang der Ereignisse. Die Mutter der Parteien ist am 6.2.2008 verstorben. Der Vater war vorverstorben. Am 26.10.2009, dem Tag der Beurkundung des Erbteilskaufvertrages, bestand keine Veranlassung (mehr), den Nachlass des Vaters zu regeln; Veranlassung bestand vielmehr, den Nachlass der verstorbenen Mutter zu regeln. Es liegt nahe, dass der Kläger mit der Beendigung der Erbauseinandersetzung hinsichtlich des Nachlasses der Mutter mit dieser Abgeltungsklausel nur verhindern wollte, dass ein neuer Streit über die Auseinandersetzung hinsichtlich des Nachlasses des Vaters entstehen könnte.

Entgegen den Ausführungen des Klägers in seinem Entwurf der Berufungsschrift ist davon auszugehen, dass der Nachlass hinsichtlich des Vermögens der Mutter nicht ungeteilt, sondern auseinandergesetzt ist.

Anmerkung:

Erbrechtliche Streitigkeiten haben für die Beteiligten häufig eine große wirtschaftliche, vor allem aber auch eine erhebliche emotionale Bedeutung. Sie haben daher eine gewisse Tendenz, auch Jahre nach dem Erbfall wieder erneut aufzubrechen, und zwar auch dann, wenn bereits eine Auseinandersetzung erfolgt ist. Mit einer derartigen Konstellation hatte sich auch das OLG Koblenz in der vorliegenden Entscheidung zu befassen: Zwei Brüder wurden zu je ½ Erben nach ihrer Anfang 2008 verstorbenen Mutter. Im Anschluss an deren Tod haben die Erben – beide anwaltlich vertreten – eine längere außergerichtliche Auseinandersetzung geführt, in der es insbesondere um angeblich vom Beklagten veranlasste ungerechtfertigte Abbuchungen vom Konto der Mutter ging. Diese Auseinandersetzung schien zunächst durch einen notariell beurkundeten Erbteilskaufvertrag, an dem offenbar beide Brüder mitwirkten und durch den der Erbteil des Beklagten an Dritte veräußert wurde, beigelegt.

Einige Jahre später hatten sich allerdings doch noch die Gerichte mit dem Fall zu beschäftigen. Der Kläger verlangte nunmehr Schadensersatz wegen der Kontoabbuchungen. Nach dem er in der ersten Instanz unterlag begehrte der Kläger Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren, was zu dem vorliegenden, die Prozesskostenhilfe versagenden, Beschluss führte. Das Gericht ging davon aus, dass die Berufung des Klägers keine Aussicht auf Erfolg habe. Dies insbesondere deshalb weil „der Nachlass hinsichtlich des Vermögens der Mutter“ auseinandergesetzt sei und durch den Erbteilskaufvertrag aus dem Jahre 2009 alle Ansprüche die im Zusammenhang mit dem Ableben der Mutter stehen ausgeschlossen sein sollten. Dieses Ergebnis mag man angesichts der vom OLG Koblenz referierten erstinstanzlichen Beweisaufnahme für richtig halten. Die Begründung des Gerichts überzeugt jedoch nicht.

Das Verständnis der Entscheidung wird aufgrund der vom Gericht verwendeten eigentümlichen Terminologie und teilweise erstaunlich unpräziser Formulierungen nicht gerade erleichtert. Dies beginnt bereits im (amtlichen) Leitsatz der Entscheidung: Die von den Beteiligten vereinbarte Abgeltungsklausel wird hier als „salvatorische Klausel“ bezeichnet, was keineswegs der gängigen Formulierungspraxis entspricht.¹ Auch lässt sich bei Lektüre des Leitsatzes nicht ohne Weiteres nachvollziehen, was das Gericht unter der Formulierung „außerhalb dieser Vereinbarung“ versteht. Ist hiermit etwa eine gesonderte Vereinbarung außerhalb der Urkunde gemeint? Eine solche Vereinbarung wäre regelmäßig wegen

¹ Vgl. nur BeckOK/Wendland, § 139 BGB, Rdnr. 7.

Verstoß gegen das Formerfordernis des § 2371 nichtig und würde unter Umständen nach § 139 BGB sogar zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führen.² Ein genauerer Blick auf die Entscheidungsgründe zeigt allerdings, dass das Gericht wohl doch nicht so frei mit den Formvorschriften des BGB umgehen wollte. Das Gericht schließt sich dort nämlich ausdrücklich der in der ersten Instanz vorgenommenen Auslegung der Abgeltungsklausel dahingehend, dass auch die Auseinandersetzung hinsichtlich des Nachlasses der Mutter abgeschlossen sein sollte, an. Auch wenn das OLG Koblenz diese Auslegung – was nach der ganz herrschenden Auffassung auch bei formbedürftigen Erklärungen zulässig ist³ – im Wesentlichen auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände, insbesondere das Verhalten im Vorfeld des notariellen Vertragsschlusses stützt, ergibt sich die Abgeltung nach dessen Auffassung nicht aus einer separaten Vereinbarung, sondern aus der notariellen Urkunde. Im Leitsatz hätte es daher eher „mit“ statt „außerhalb“ dieser Vereinbarung heißen müssen.

Auch im Übrigen hätte man sich vom OLG Koblenz eine klarere Ausdrucksweise und Gedankenführung gewünscht, zumal die mit einem amtlichen Leitsatz versehene Entscheidung offenbar vom Gericht von vornherein zur Veröffentlichung vorgesehen war. Zunächst würde ein wörtliches Zitat der auszulegenden Abgeltungsklausel dem Leser den schnellen Zugang zu der Entscheidung erleichtern. Hieran hätte sich dann die Frage anschließen können (und müssen), ob in dieser Klausel das anhand der übrigen Umstände gefundene Auslegungsergebnis zumindest andeutungsweise seinen Niederschlag gefunden hat.⁴ Vor allem aber wäre es angesichts dessen, dass dem Sachverhalt zwei Erbfälle zugrunde liegen, für ein schnelles Verständnis der Entscheidung ausgesprochen hilfreich, wenn ausdrücklich klargestellt würde, welcher Erbanteil (d. h. nach welchem Erblasser) vom Beklagten verkauft wurde. Auch bei intensivstem Studium der Entscheidung lässt sich diese Frage nicht zweifelsfrei aufklären, wobei die Feststellung des Gerichts, es habe keine Veranlassung (mehr) bestanden, den Nachlass des Vaters zu regeln nahelegt, dass es um den Verkauf des Erbanteils des Beklagten nach der Mutter ging.

Dogmatisch kaum mehr nachzuvollziehen ist schließlich die abschließende Bemerkung des Gerichts, es sei davon auszugehen, „dass der Nachlass hinsichtlich des Vermögens der Mutter nicht ungeteilt, sondern auseinandergesetzt ist“. Zunächst sei hier die Frage erlaubt, ob denn der Nachlass der Mutter auch das Vermögen einer anderen Person betreffen kann, hinsichtlich derer er unter Umständen noch nicht auseinandergesetzt sein könnte. Sollte der verkaufte Erbanteil tatsächlich – wie hier mangels Kenntnis der Gerichtsakten angenommen – den Nachlass nach der Mutter betreffen, so tauchen zwei weitere Fragen auf: 1. Wie kann der Verkauf eines Erbanteils an einen Dritten zugleich zur vollständigen Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft – zwischen dem Dritten und dem verbleibenden Erwerber – führen? 2. Wieso ist dies für das Verhältnis zum aus der Erbengemeinschaft ausgeschiedenen Beklagten von Belang? Die Antwort auf beide Fragen bleibt das Gericht schuldig. Interessant wäre allerdings zu erfahren, welche Eigentumsverhältnisse sich aus dem Grundbuch hinsichtlich des in den Nachlass gefallenen Grundbesitzes ergeben, insbesondere, ob die angeblich aus-

einandergesetzte Erbengemeinschaft dort noch als Eigentümer eingetragen ist. Vielleicht meint das Gericht ja auch etwas anderes: Wenn nach dem Parteivillen infolge der notariellen Vereinbarung die erbrechtliche Auseinandersetzung insgesamt beendet und die wechselseitigen Ansprüche im Zusammenhang mit beiden Todesfällen umfassend abgegolten sein sollten, so kann muss dies sinnvollerweise auch für etwaige (zwischen den Beteiligten streitige) Schadensersatzansprüche des Erblassers gegenüber dem aus der Erbengemeinschaft ausscheidenden Miterben gelten. In der Folge ist mit so einer Vereinbarung zwar nicht unbedingt die Erbengemeinschaft zwischen den nunmehr hieran beteiligten Personen auseinandergesetzt, jedoch die Auseinandersetzung der ursprünglichen Erben beendet. Allein diese Überlegung hat im Wortlaut der Entscheidung nicht andeutungsweise ihren Niederschlag gefunden.

Welchen Nutzen kann nun der vertragsgestaltende Praktiker aus der Lektüre dieses verwirrenden Gerichtsbeschlusses ziehen? Da die Auslegung des Gerichts in hohem Maße durch die besonderen Umstände des Einzelfalles geprägt ist, dürfte gegenüber einer Verallgemeinerung der Entscheidung Zurückhaltung angebracht sein. Eines zeigt der Beschluss des OLG Koblenz jedoch sicherlich: Bei notariellen Beurkundungen im Zusammenhang mit erbrechtlichen Auseinandersetzungen im weitesten Sinne kommt der Frage, ob und inwieweit eine Abgeltung eintreten soll besonderes Gewicht zu. Wird eine Abgeltungsklausel aufgenommen, so sollte diese sowohl hinsichtlich ihres personalen als auch hinsichtlich ihres sachlichen Geltungsbereichs sorgfältig formuliert werden. Sollen einzelne Ansprüche nicht abgegolten sein, empfiehlt es sich, dies ausdrücklich klarzustellen, insbesondere, wenn sie bereits Gegenstand einer Diskussion der Beteiligten waren.

Eine umfassende Abgeltungsklausel könnte etwa wie folgt lauten:

Die Vertragsteile sind sich darüber einig, dass mit dieser Urkunde und ihrer vollständigen Erfüllung zwischen ihnen sämtliche Ansprüche, die ihren tatsächlichen oder rechtlichen Grund in dem Tod des Erblassers, insbesondere der Erbfolge nach diesem, der Verwaltung und Auseinandersetzung des Nachlasses oder lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers haben, abgegolten sind. Ferner sollen auch alle in den Nachlass fallenden Ansprüche gegen einen der heutigen Beteiligten, gleich aus welchen Rechtsgrund diese bestehen, abgegolten sein, sofern diese nicht (alternativ: auch wenn diese) auf einer unerlaubten Handlung beruhen. Soweit dies einen Verzicht auf bereits bestehende Ansprüche bedeutet, wird dieser Verzicht hiermit wechselseitig vereinbart und angenommen.

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

² Vgl. *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl., § 2371 Rdnr. 2.

³ Siehe zum Beispiel BGH, NJW 1996, 2792, 2793; BGH, DNotZ, 2011, 218, 219, MünchKomm/Einsele, BGB, 6. Aufl., § 125 BGB, Rdnr. 37.

⁴ BGH, NJW 1996, 2792, 2793; BGH, DNotZ, 2011, 218, 219, MünchKomm/Einsele, § 125 BGB, Rdnr. 37 f.

12. BGB §§ 1828, 1908i Abs. 1, § 1944 Abs. 1, § 1945 Abs. 1 (*Zur Einhaltung der Erbausschlagungsfrist im Falle einer für die Ausschlagung erforderlichen betreuungsgerichtlichen Genehmigung*)

Für die Entscheidung über die Wirksamkeit einer zur Zeit ihrer Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht noch nicht betreuungsrechtlich genehmigten Erbausschlagungserklärung ist nicht entscheidend darauf abzustellen, dass die Genehmigung innerhalb der Ausschlagungsfrist

erteilt bzw. gemäß §§ 1828, 1908 i Abs. 1 BGB gegenüber dem Betreuer erklärt wird. Vielmehr ist zu verlangen, dass die betreuungsrechtliche Genehmigung und deren Bekanntmachung gegenüber dem Betreuer dem Nachlassgericht noch vor Ablauf der Ausschlagungsfrist des § 1944 Abs. 1 BGB nachgewiesen wird. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Brandenburg, Beschluss vom 22.4.2014, 3 W 13/14

Der Beteiligte zu 2 wendet sich gegen die Feststellung der Tatsachen, die zur Erteilung eines von der Beteiligten zu 1 beim AG Bad Freienwalde (Oder) beantragten Erbscheins erforderlich sind.

Am 14.3.2013 verstarb in G. der Erblasser M. S. Zum Todeszeitpunkt war er geschieden. Der Erblasser hatte vier Kinder, zu denen die Beteiligten zu 1 und 2 gehören. Von den beiden anderen Kindern des Erblassers wurde die Erbschaft ausgeschlagen. Der Beteiligte zu 2 steht unter Betreuung, die bereits zum Todeszeitpunkt des Erblassers eingerichtet war. Zur Betreuerin – u. a. mit dem Wirkungskreis der Vermögenssorge – ist Frau E. Sc. vom C e.V., Betreuungsverein, bestellt worden.

Die Betreuerin, die am 2.5.2013 Kenntnis vom Tod des Vaters der Beteiligten erlangte, hat am 30.5.2013 zur Niederschrift der Geschäftsstelle des AG Neukölln die Erbschaft für den Beteiligten zu 2 ausgeschlagen. Auf den am 3.6.2013 bei Gericht eingegangenen Antrag der Betreuerin vom 27.5.2013 hin hat das AG Neukölln mit Beschluss vom 4.9.2013 ihre Erbausschlagungserklärung vom 30.5.2013 betreuungsgerichtlich genehmigt. Die Genehmigung, deren Rechtskraft am 26.9.2013 eintrat, ist beim C. am 4.10.2013 eingegangen. Mit Schreiben vom 22.10.2013 – beim AG Neukölln am 24.10.2013 eingegangen – leitete die Betreuerin die Beschlüsse des Betreuungsgerichts bezüglich der Genehmigung ihrer Erbausschlagungserklärung weiter.

Von der Beteiligten zu 1 wurde die Erbschaft angenommen. Mit notarieller Urkunde vom 5.7.2013 in Verbindung mit ihrem Berichtigungsschreiben vom 16.1.2014 hat sie die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt, in welchem sie und der Beteiligte zu 2 als Miterben zu je ½ ausgewiesen sein sollen. Das AG – Nachlassgericht – Bad Freienwalde (Oder) hat mit Beschluss vom 21.2.2014 die Tatsachen, die zur Erteilung des beantragten Erbscheins – wonach der Erblasser von den Beteiligten zu 1 und 2 je zu ½ Anteil beerbt wurde – erforderlich sind, für festgestellt erachtet. Die Erteilung des Erbscheins wurde bis zur Rechtskraft des Beschlusses ausgesetzt. Zur Begründung hat das AG ausgeführt, die für den Beteiligten zu 2 erklärte Erbausschlagung seiner Betreuerin sei unwirksam. Denn diese habe die betreuungsgerichtliche Genehmigung der Ausschlagungserklärung nicht innerhalb der Ausschlagungsfrist in der vorgeschriebenen Form bei Gericht vorgelegt bzw. nachgereicht.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 2, vertreten durch seine Betreuerin. Zur Begründung machte er insbesondere geltend, der Nachweis der betreuungsrechtlichen Genehmigung der Erbausschlagungserklärung müsse nicht innerhalb der Ausschlagungsfrist erfolgen. Es komme nur auf den Zugang der Genehmigung beim Betreuer an. Damit sei die Erbschaft durch seine Betreuerin fristgerecht ausgeschlagen worden.

Das AG hat der Beschwerde durch begründeten Beschluss vom 24.3.2014 nicht abgeholfen und die Sache dem Brandenburgischen OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 2 führt in der Sache nicht zum Erfolg. Zur Recht ist das AG in der angefochtenen sowie in seiner Nichtabhilfeentscheidung davon ausgegangen, dass der von einem Betreuer des Ausschlagenden gegenüber dem Nachlassgericht zu erbringende Nachweis der betreuungsgerichtlichen Genehmigung – sofern sie nicht bereits der fristgerechten Ausschlagungserklärung beigelegt ist – innerhalb der Ausschlagungsfrist nachgereicht werden muss. An einem solchen fristge-

rechten Nachweis fehlt es hier. Das AG hat daher in dem angefochtenen Beschluss zu Recht die Tatsachen zur Erteilung des von der Beteiligten zu 1 beantragten gemeinschaftlichen Erbscheins für festgestellt erachtet. Im Einzelnen gilt Folgendes:

1. Die Form der Ausschlagung ist in § 1945 Abs. 1 BGB geregelt. Diesen Erfordernissen ist von der Betreuerin Genüge getan. Der ihr u. a. übertragene Aufgabenkreis der Vermögenssorge erfasst auch die Ausschlagung der Erbschaft vom Vater des von ihr betreuten Beteiligten zu 2.

2. Die Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB ist jedoch vom Beteiligten zu 2 bzw. seiner Betreuerin nicht gewahrt worden.

a) Die Frist beträgt sechs Wochen und beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grund seiner Berufung Kenntnis erlangt. Das war hier am 2.5.2013, da bei einer bestehenden Betreuung für den Fristbeginn die Kenntnis des Betreuers maßgebend ist (vgl. hierzu *Palandt/Weidlich*, BGB, 73. Aufl., § 1944, Rdnr. 6).

Am 30.5.2013 ist die Ausschlagungserklärung von der Betreuerin zur Niederschrift der Geschäftsstelle des AG Neukölln abgegeben worden. Allerdings war diese Erklärung wegen der noch ausstehenden betreuungsrechtlichen Genehmigung gemäß §§ 1822 Nr. 2, 1831 Satz 1, 1908i Abs. 1 BGB unwirksam. Die Unwirksamkeit wurde auch nicht dadurch geheilt, dass die unter dem 4.9.2013 erteilte – seit dem 26.9.2013 rechtskräftige – betreuungsrechtliche Genehmigung innerhalb der regulären Ausschlagungsfrist entsprechend § 1945 Abs. 3 Satz 2 BGB beim Nachlassgericht eingereicht worden wäre (vgl. hierzu *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 1945, Rdnr. 6; BayObLG, Rechtspfleger 1983, 482). Denn sie ist dort erst nach Ablauf der sechswöchigen Ausschlagungsfrist (am 21.10.2013) am 24.10.2013 eingegangen. Die Ausschlagungserklärung des Beteiligten zu 1 ist damit verfristet.

Der Senat teilt zunächst die Auffassung der Rechtspflegerin zur Frage der Hemmung der Erbausschlagungsfrist. § 1944 Abs. 2 Satz 3 BGB verweist auf § 206 BGB. Danach ist die Verjährung gehemmt, solange eine Rechtsverfolgung an höherer Gewalt scheitert. Höhere Gewalt im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn die Verhinderung auf Ereignissen beruht, die durch äußerste, billigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet werden konnten (vgl. hierzu BayObLG, FamRZ 1998, 642). Das ist bei einer genehmigungsbedürftigen Ausschlagung der Fall, wenn die Genehmigung – wie hier mit dem am 3.6.2013 beim AG eingegangenen Schreiben vom 27.5.2013 – rechtzeitig beantragt wurde, sich ihre Erteilung indes verzögert (vgl. hierzu *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 1945, Rdnr. 6). Denn die Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens liegt nicht in der Hand des Antragstellers. Die Zeit, die seit Einleitung des Genehmigungsverfahrens bzw. der Erklärung der Erbausschlagung am 30.5.2013 bis zum Zugang der rechtskräftigen betreuungsgerichtlichen Genehmigung am 4.10.2013 verstrichen ist, bleibt gemäß § 209 BGB bei der Berechnung der sechswöchigen Ausschlagungsfrist des § 1944 Abs. 1 BGB außer Betracht (vgl. hierzu Saarländisches OLG, Rpfleger 2011, 607). Auch der Tag, in dessen Verlauf der Hemmungsgrund entsteht – hier der 30.5.2013 – gehört bereits zur Hemmungszeit (vgl. hierzu BGH, NJW 1998, 1058). Die Frist läuft nach dem Ende der Hemmung vom Beginn des nächsten Tages (0:00 Uhr) weiter (vgl. hierzu BGHZ 1986, 103).

Die hier am 3.5.2013 in Gang gesetzte (§ 1944 Abs. 2, § 187 Abs. 1 BGB) und vom 30.5. bis zum 4.10.2013 gehemmte Sechswochenfrist lief also am 5.10.2013 weiter. Sie endete gemäß § 193 BGB nicht am 19.10.2013, sondern erst am

Montag, den 21.10.2013. Hiervon ausgehend war die Ausschlagungsfrist im Zeitpunkt des Eingangs der betreuungsrechtlichen Genehmigung beim Nachlassgericht am 24.10.2013 bereits abgelaufen.

b) Entgegen der Auffassung der Betreuerin des Beteiligten zu 2 ist für die Entscheidung über die Wirksamkeit einer zur Zeit ihrer Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht noch nicht betreuungsrechtlich genehmigten Erbausschlagungserklärung nicht entscheidend darauf abzustellen, dass die Genehmigung innerhalb der Ausschlagungsfrist erteilt bzw. gemäß §§ 1828, 1908i Abs. 1 BGB gegenüber dem Betreuer erklärt wird. Vielmehr ist zu verlangen, dass die betreuungsrechtliche Genehmigung und deren Bekanntmachung gegenüber dem Betreuer dem Nachlassgericht noch vor Ablauf der Ausschlagungsfrist des § 1944 Abs. 1 BGB nachgewiesen wird (vgl. für die Erbausschlagung durch einen gesetzlichen Vertreter RGZ 118, 145 ff.). Nur so wird entsprechend dem gesetzgeberischen Zweck der Fristbestimmung für die Ausschlagung der Erbschaft der bis dahin bestehenden Ungewissheit innerhalb der bestimmten Zeit ein Ende bereitet. Das Nachlassgericht wird (erst) durch diesen Nachweis in den Stand versetzt, die Erbschaftsausschlagung gemäß § 1953 Abs. 3 BGB demjenigen mitzuteilen, dem die Erbschaft infolge der Ausschlagung nach Abs. 2 angefallen ist und damit die Ausschlagungsfrist gemäß § 1944 Abs. 2 BGB ihm gegenüber in Gang zu setzen.

Ob es ggf. ausreicht, wenn der Betreuer innerhalb der Ausschlagungsfrist gegenüber dem Nachlassgericht anzeigt, das AG habe ihm durch einen nach Datum und Aktenzeichen angeführten, ihm am angegebenen Tag bekannt gemachten Beschluss die betreuungsrechtliche Genehmigung erteilt, kann dahinstehen. Denn auch dies ist hier bis zum Ablauf der Frist am 21.10.2013 nicht geschehen.

c) Der Beteiligte zu 2 kann sich auch nicht mit Erfolg auf einen Urlaub seiner Betreuerin bei Zugang der betreuungsrechtlichen Genehmigung am 4.10.2013 berufen.

Hierzu fehlt es in zeitlicher Hinsicht bereits an detaillierten Angaben. Vor allem aber war die Betreuerin des Beteiligten zu 2 als Mitarbeiterin des C.-Betreuungsvereins verpflichtet, durch geeignete Vorkehrungen dafür Sorge zu tragen, dass unaufschiebbare bzw. fristgebundene Handlungen während ihrer Urlaubszeit von einem Vertreter vorgenommen wurden. Dazu zählte auch die Weiterleitung der bei Urlaubsantritt noch ausstehenden betreuungsgerichtlichen Genehmigung der Erbausschlagungserklärung vom 30.5.2013 an das Nachlassgericht. Der Beteiligte zu 2 muss sich die vorwerfbaren Versäumnisse seiner Betreuerin zurechnen lassen.

Im Ergebnis scheidet die Ausschlagung der Erbschaft durch die Betreuerin des Beteiligten zu 2 daran, dass innerhalb der Ausschlagungsfrist nicht die erforderliche betreuungsrechtliche Genehmigung seiner Erbausschlagungserklärung beim Nachlassgericht nachgereicht wurde.

(...)

Anmerkung:

1. Dem Urteil liegt verkürzt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Erblasserin E ist verstorben. Sie hatte vier Kinder. Die Kinder K 3 und K 4 haben die Erbschaft wirksam ausgeschlagen. Das Kind K 1 hat die Erbschaft angenommen. K 2 stand unter Betreuung. Die Betreuerin C wollte die Erbschaft für K 2 ebenfalls ausschlagen. Folgende Ereignisse sind bedeutsam:

Datum	Ereignis
2.5.13	Kenntnis der Betreuerin vom Tod der Erblasserin
30.5.13	Ausschlagungserklärung zur Niederschrift des Nachlassgerichts durch C und Weiterleitung an das Betreuungsgericht
3.6.13	Eingang des Antrags auf betreuungsgerichtliche Genehmigung bei Gericht
4.9.13	Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung
26.9.13	Wirksamkeit der Genehmigung
4.10.13	Zugang der Genehmigung bei C
24.10.13	Zugang der betreuungsgerichtlichen Genehmigung beim Nachlassgericht

Streitfrage war, ob C für K 2 fristgerecht ausgeschlagen hat.

2. C vertrat die Ansicht, dass die Ausschlagungsfrist schon dann eingehalten sei, wenn nur die Ausschlagungserklärung dem Nachlassgericht fristgerecht vorliegt; die betreuungsgerichtliche Genehmigung könne nachgeholt werden.

3. Sowohl das Nachlassgericht als auch das Brandenburgische OLG waren dagegen der Auffassung, dass die Ausschlagungsfrist nur dann gewahrt sei, wenn innerhalb der Ausschlagungsfrist die wirksame Ausschlagungserklärung (mit Genehmigung des Betreuungsgerichts) beim Nachlassgericht eingeht. Während der Zeit, in der das Genehmigungsverfahren für die Ausschlagung läuft, sei die Ausschlagungsfrist aber gehemmt.

4. Dem Gericht ist zuzustimmen.

a) Nach § 1944 Abs. 1 BGB beträgt die Ausschlagungsfrist sechs Wochen. Sie beginnt mit Kenntnis des Betroffenen (§ 1944 Abs. 2 BGB), bei Personen, die unter Betreuung stehen, mit Kenntnis des Betreuers (vgl. § 1901 BGB),¹ im vorliegenden Fall also am 3.5.13 um 0 Uhr, vgl. § 187 Abs. 1 BGB. Ohne Hemmung wäre die Frist damit am 13.6.13 um 24 Uhr abgelaufen.

b) Während der Zeit, in der das Genehmigungsverfahren für die Ausschlagung läuft, ist die Ausschlagungsfrist nach allgemeiner Ansicht gehemmt, vgl. § 206 BGB,² im vorliegenden Fall also ab 30.5.13 bis einschließlich 4.10.13. Nach Bekanntgabe der Genehmigung an C hätte diese also noch 15 Tage Zeit gehabt, die Genehmigung beim Nachlassgericht einzureichen.

c) Nach Zugang der Genehmigung der Ausschlagung bei C lief die Ausschlagungsfrist wieder weiter, vorliegend also ab dem 5.10.13 um 0 Uhr. Die Frist lief damit am 19.10.13 um 24 Uhr ab. Da es sich bei diesem Tag um einen Samstag handelte, verlängerte sich die Frist nach § 193 BGB auf den darauffolgenden Montag, 21.10.13 um 24 Uhr.

d) Die Genehmigung der Ausschlagung ist dem Nachlassgericht erst am 24.10.14 zugegangen und war damit verfristet.

e) Zwei Punkte sind anzumerken: Zum einen zeigt dieser Fall, dass die Ausschlagungsfrist von sechs Wochen zeitlich

¹ Wohl allgemeine Meinung, vgl. statt vieler MünchKommBGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 1944 Rdnr. 14; Palandt/Weidlich, 74. Aufl. 2015, § 1944 Rdnr. 6.

² Vgl. statt vieler MünchKommBGB/Leipold, a.a.O., § 1944 Rdnr. 23; Palandt/Weidlich, a.a.O., § 1944 Rdnr. 7.

sehr eng bemessen ist. Hier sollte der Gesetzgeber überlegen, ob er die doch arg kurze Ausschlagungsfrist nicht etwas verlängert, zumindest aber im Falle der Genehmigungsbedürftigkeit einer Ausschlagung eine Ablaufrist vorsieht.

Zum anderen sieht man an diesem Fall sehr deutlich, dass zwar viel Handlungen des Nachlassrechts zu Protokoll des Nachlassgerichts erklärt werden können, die Beglaubigung beim Notar aber schon deshalb vorzuziehen ist, weil dieser nicht nur entsprechend belehrt, sondern die Erklärungen meist auch selbst vollzieht. Hätte C die Ausschlagung vor dem Notar erklärt, hätte sie dieser wenigstens auf die Bedeutung eines fristgerechten Eingangs der Genehmigungserklärung beim Nachlassgericht hingewiesen.

Notar Dr. *Holger Sagmeister*, LL.M. (Yale), Deggendorf

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. FamFG § 58 Abs. 1, § 59, § 380 Abs. 5, § 393 Abs. 3 Satz 2, § 395 Abs. 3, § 398; AktG § 242 Abs. 2 Satz 1, § 249 (*Löschung eines länger als drei Jahre im Handelsregister eingetragenen nichtigen Gesellschafterbeschlusses*)

Einem Aktionär, der beim Registergericht die Löschung eines länger als drei Jahre im Handelsregister eingetragenen Beschlusses der Hauptversammlung als nichtig ange-regt hat, steht gegen den die Anregung zurückweisenden Beschluss des Registergerichts kein Rechtsmittel zu.

BGH, Beschluss vom 15.7.2014, II ZB 18/13

I. Der Beteiligte zu 2 ist Aktionär der nicht börsennotierten Beteiligten zu 1. In deren Hauptversammlung vom 8.9.2004 wurde die Satzung teilweise neu gefasst:

Nach § 16 Nr. 1 Satz 4 können sich die Aktionäre in der Hauptversammlung durch einen Bevollmächtigten nach Maßgabe der Nr. 2 vertreten lassen. § 16 Nr. 2 der Satzung lautet:

„Aktionäre können sich wie folgt vertreten lassen:

2.1 Natürliche Personen durch ihren Ehegatten, Verwandte in gerader Linie oder deren Ehegatten,

2.2 juristische Personen oder sonstige Vereinigungen durch ihre gesetzlich zur Vertretung befugten Personen (in vertretungsbe-fugter Zahl),

2.3 jeder Aktionär durch einen anderen Aktionär oder durch einen in seinem landwirtschaftlichen Betrieb tätigen Angestellten,

2.4 jeder Aktionär durch einen der von der Gesellschaft benann-ten Stimmrechtsvertreter,

2.5 jeder Aktionär durch den gesetzlichen Vertreter eines regio-nalen Zuckerrüben-Anbauverbandes, der Mitglied des Dachver-bandes N. e. V. ist.“

Der Beschluss wurde am 17.11.2004 im Handelsregister einge-tragen.

Die Beteiligten zu 2 und 3 haben angeregt, den Beschluss gemäß §§ 398, 395 FamFG zu löschen. Sie sind der Auffassung, durch den Beschluss werde das Recht der Aktionäre, sich in der Hauptversam-mlung vertreten zu lassen, in unzulässiger Weise eingeschränkt.

Das Registergericht hat die Anregung zurückgewiesen. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 2 hat das Beschwerdegericht das Registergericht angewiesen, den im Handelsregister eingetragenen Beschluss, soweit er § 16 Nr. 1 Satz 4 und Nr. 2 der Satzung betrifft, zu löschen.

Dagegen richtet sich die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 ist nach § 70 Abs. 1 FamFG statthaft und auch sonst zulässig. Insbesondere fehlt ihr nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Nachdem das Beschwerdegericht das Registergericht angewiesen hat, den streitigen Beschluss zu löschen, hat die Beteiligte zu 1 nicht mehr die Möglichkeit, ihre Einwendungen gegen eine Lö-schung im Wege des Widerspruchs nach § 393 Abs. 3, § 395 Abs. 2 und 3, § 398 FamFG beim Registergericht geltend zu machen.

III. Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 hat auch in der Sache Erfolg.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 2 ist nach §§ 398, 395 Abs. 3, § 393 Abs. 3 Satz 2, § 58 Abs. 1, § 59 Abs. 1 und 2 FamFG unzulässig.

1. Die Löschung eines im Handelsregister eingetragenen nichtigen Beschlusses der Hauptversammlung einer Aktienge-sellschaft erfolgt nach §§ 398, 395 Abs. 1 Satz 1 FamFG von Amts wegen oder auf Antrag der berufsständigen Organe. Der einzelne Aktionär hat kein Antragsrecht. Deshalb hat er auch keine Beschwerdebefugnis nach §§ 58, 59 Abs. 2 FamFG.

2. Eine Beschwerdebefugnis ergibt sich für den Beteiligten zu 2 auch nicht aus § 59 Abs. 1 FamFG.

a) Danach steht die Beschwerde demjenigen zu, der durch den Beschluss in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Erforderlich ist ein unmittelbarer, nachteiliger Eingriff in ein dem Beschwerdeführer zustehendes subjektives Recht. Die ange-fochtene Entscheidung muss ein bestehendes Recht des Beschwerdeführers aufheben, beschränken, mindern, ungünstig beeinflussen oder gefährden, die Ausübung dieses Rechts stö-ren oder dem Beschwerdeführer die mögliche Verbesserung seiner Rechtsstellung vorenthalten oder erschweren (BGH, Beschluss vom 24.4.2013, IV ZB 42/12, NJW-RR 2013, 905 Rdnr. 15; Beschluss vom 25.2.2004, XII ZB 208/00, NJW-RR 2004, 865, 866). Ein bloß rechtliches oder wirtschaftliches Interesse genügt nicht (vgl. OLG Karlsruhe, ZIP 1986, 711, 712; OLG Zweibrücken, ZIP 1989, 241; OLG Köln, ZIP 2002, 573, 575 m. w. N.; *Baums*, Eintragung und Löschung von Gesellschafterbeschlüssen, 1961, S. 187 f.).

b) Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Der Beteiligte zu 2 wird durch die Ablehnung der Löschung des Beschlusses über die Änderung der Satzungsbestimmung zur Vertretung in der Hauptversammlung nicht in einem subjektiven Recht im Sinne des § 59 Abs. 1 FamFG verletzt.

aa) Da der streitige Beschluss länger als drei Jahre im Handelsregister eingetragen ist, kann seine etwaige, auf § 241 Nr. 1, 3 oder 4 AktG beruhende Nichtigkeit nach § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG nicht mehr geltend gemacht werden. Die Vor-schrift erfasst auch nichtige Beschlüsse über Satzungsände-rungen (BGH, Urteil vom 19.6.2000, II ZR 73/99, BGHZ 144, 365, 367 f. m. w. N.). Ob darin eine Heilung im Sinne einer Veränderung der materiellen Rechtslage zu sehen ist, wie die herrschende Meinung annimmt, oder ob die Vorschrift lediglich dazu führt, dass niemand mehr die Nichtigkeit geltend machen kann – außer dem Registergericht in dem Verfahren nach § 398 FamFG, wenn die Beseitigung des Beschlusses im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint – (siehe den Meinungsstand bei MünchKommAktG/*Hüffer*, 3. Aufl., § 242 Rdnr. 3), kann offenbleiben. Denn auch wenn der einzelne Aktionär lediglich gehindert ist, die Nichtigkeit geltend zu machen, muss er sich so behandeln lassen, als wäre der Beschluss wirksam. Damit hat der Aktionär kein subjek-

tives Recht mehr, von den Wirkungen des Beschlusses verschont zu werden, hier also sich in der Hauptversammlung durch einen beliebigen Dritten vertreten zu lassen. Wenn der eingetragene Beschluss wie ein wirksamer Beschluss behandelt wird, stellt er eine – wirksame – Konkretisierung der gesetzlichen Vertretungsregelung des § 134 Abs. 3 AktG dar. Der Aktionär hat also gegenüber der Aktiengesellschaft nur noch das Recht, sich in den Grenzen des Satzungsbeschlusses vertreten zu lassen. In dieses Recht greift der angefochtene Beschluss des Registergerichts nicht ein.

bb) Im Schrifttum wird zwar die Auffassung vertreten, dem einzelnen Gesellschafter sei im Amtslöschungsverfahren auch dann ein Beschwerderecht einzuräumen, wenn der nach § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG geheilte Hauptversammlungsbeschluss ihn in einem Individualrecht beeinträchtigt, insbesondere sein Mitgliedschaftsrecht einschränkt oder aufhebt (Casper in *Spindler/Stiltz*, AktG, 2. Aufl., § 242 Rdnr. 24; *ders.*, Die Heilung nichtiger Beschlüsse im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 255 ff.). Die Gegenansicht hält die Beschwerde eines Gesellschafters grundsätzlich für unzulässig, wenn die zu löschende Eintragung auf einem Beschluss der Hauptversammlung beruht, und verweist den Gesellschafter auf die Wahrnehmung der ihm nach der Gesellschaftsordnung zustehenden Rechte, insbesondere auf die zivilrechtliche Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage (*Nedden-Boeger in Schulte-Bunert/Weinreich*, FamFG, 4. Aufl., § 395 Rdnr. 119; *Müther in Schmidt-Kessel/Leutner/Müther*, Handelsregisterrecht, § 8 HGB Rdnr. 19; *Kollhosser*, AG 1977, 117, 124 ff.).

Der zuletzt genannten Auffassung ist jedenfalls für den hier vorliegenden Fall zuzustimmen, dass die Nichtigkeit eines nach § 241 Nr. 3 oder 4 AktG nichtigen satzungsändernden Hauptversammlungsbeschlusses gemäß § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG nicht mehr geltend gemacht werden kann. Der Ausschluss der Beschwerdebefugnis des Aktionärs ergibt sich für diesen Fall aus dem Sinn und Zweck des Amtslöschungsverfahrens nach § 398 FamFG (früher § 144 FGG) und der Heilungsvorschrift des § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG.

Das Amtslöschungsverfahren ist vom Gesetzgeber nicht im Interesse einzelner Aktionäre eingerichtet worden, sondern soll ein Interesse der Allgemeinheit an der Feststellung der Nichtigkeit von eingetragenen Hauptversammlungsbeschlüssen schützen (zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. *Kollhosser*, AG 1977, 117, 126 m. w. N.). Aus diesem Grund ist es nicht als Antrags-, sondern als Amtsverfahren ausgestaltet worden; und deshalb setzt die Löschung zusätzlich zu dem inhaltlichen Verstoß des Beschlusses gegen zwingende gesetzliche Vorschriften voraus, dass seine Beseitigung im öffentlichen Interesse geboten ist. Den Schutz dieses öffentlichen Interesses hat der Gesetzgeber den berufsständischen Organen zugewiesen, denen er eine Antrags- und eine Beschwerdebefugnis eingeräumt hat (§ 380 Abs. 5, § 398 i. V. m. § 395 Abs. 1 FamFG). Für die Gewährung einer zusätzlichen Beschwerdebefugnis des Aktionärs besteht kein schutzwürdiges Bedürfnis (vgl. *Kollhosser*, AG 1977, 117, 127 f.). Soweit der Aktionär die Nichtigkeit des Beschlusses mit der Nichtigkeitsklage (§ 249 AktG) hätte geltend machen können, davon innerhalb von drei Jahren nach Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister aber keinen Gebrauch gemacht hat, ist er schon wegen dieses Versäumnisses nicht schutzwürdig. Die Einräumung einer Beschwerdebefugnis bei geheilten Beschlüssen würde bedeuten, dass dem Aktionär im Ergebnis entgegen § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG das Recht zugebilligt würde, die Nichtigkeit trotz deren Heilung geltend zu machen.

Die Regelung der Heilung der Nichtigkeit drei Jahre nach Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister einschließ-

lich der Klarstellung, dass eine Löschung von Amts wegen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch den Zeitablauf nicht ausgeschlossen wird, ist mit dem Aktiengesetz von 1937 eingeführt worden, weil die bis dahin gegebene Möglichkeit, die Nichtigkeit zeitlich unbeschränkt geltend zu machen, „zu einer Unsicherheit in den wirtschaftlichen Verhältnissen der Aktiengesellschaften [geführt hatte], die auf die Dauer im Interesse einer sicheren Grundlage für das Wirtschaftsleben nicht gestattet werden konnte“ (Amtl. Begründung zu den §§ 195-202, bei *Klausning*, AktienGesetz, 1937, S. 172). Diese Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen sollte nach der Gesetzesbegründung die Wirkung haben, dass die Nichtigkeit nach Eintragung und Zeitablauf nicht mehr von jedermann geltend gemacht, sondern der Beschluss nur noch vom Registergericht von Amts wegen als nichtig gelöscht werden kann, wenn es glaubt, dass die Beseitigung des Beschlusses, obwohl er bisher nicht angegriffen worden ist, im öffentlichen Interesse geboten ist. Diese Regelung wurde als interessengerecht angesehen, weil die Gesellschaft nach Eintragung und Zeitablauf damit rechnen könne, dass der Beschluss gültig sei, während auf der anderen Seite das öffentliche Interesse dadurch genügend gewahrt sei, dass ein solcher Beschluss auch nach seiner Heilung noch beseitigt werden könne, wenn es das öffentliche Interesse gebiete. Dem lässt sich nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber dem Aktionär neben der Nichtigkeitsklage weitere Rechtsschutzmöglichkeiten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit einräumen wollte. Mit der Einführung einer Ausschlussfrist für die Nichtigkeitsklage hat der Gesetzgeber vielmehr zu erkennen gegeben, dass er das Interesse des Aktionärs an der Feststellung der Nichtigkeit nach einem gewissen Zeitauflauf nicht mehr für schutzwürdig hält (*Kollhosser*, AG 1977, 117, 128).

cc) Sofern ein Aktionär während des Dreijahreszeitraums eine Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG nicht erheben konnte, etwa weil er erst später Aktien der Gesellschaft erworben hat, ist es nicht gerechtfertigt, ihm hinsichtlich des bei seinem Beitritt zur Gesellschaft aus dem Handelsregister ersichtlichen Bestands der (jedenfalls) infolge Zeitablaufs wirksamen Beschlussfassungen – insbesondere hinsichtlich der Satzung – weitergehende Rechtsschutzmöglichkeiten einzuräumen, als sie den zum Zeitpunkt der Beschlussfassung der Gesellschaft bereits angehörigen Aktionären zukommen. Er ist vielmehr gleichfalls darauf beschränkt, mit den ihm gesellschaftsrechtlich zur Verfügung stehenden Mitteln eine Änderung der Beschlusslage durch die Hauptversammlung anzustreben oder entweder bei den Organen des Handelsstands (§ 380 Abs. 1 Nr. 1, § 395 Abs. 1 Satz 1, § 398 FamFG) oder beim Registergericht die Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens anzuregen.

(...)

14. GBO §§ 19, 29, 32; HGB §§ 161, 123 (*Zum Nachweis der gesetzlichen Vertretungsmacht einer GmbH & Co. KG vor ihrer Eintragung in das Handelsregister im Grundbuchverfahren*)

Der im Grundbuchverfahren erforderliche formgerechte Nachweis der gesetzlichen Vertretungsmacht für eine GmbH & Co. KG kann durch Bezugnahme auf die Eintragungen im Handelsregister nicht für rechtsgeschäftliche Erklärungen erbracht werden, die vor Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister in deren Namen abge-

geben worden sind (entgegen OLG Hamm, FGPrax 2011, 61). Nachweiserleichterungen wie bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts kommen jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn die Kommanditgesellschaft durch Aufnahme ihrer Geschäfte wirksam geworden ist.

KG, Beschluss vom 4.11.2014, 1 W 247-248/14

Die Beteiligten zu 1 veräußerte die im Beschlusseingang näher bezeichneten Grundstücke zur URNr. 4.../2... des Notars G. vom 26.8.2013 an die I. GmbH & Co. KG i. G. mit Sitz in D. Für die Erwerberin handelte dabei der Geschäftsführer K. der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beteiligten zu 2, der im Handelsregister des AG M. zur HRB 2... eingetragenen I. GmbH. Der Geschäftsführer erklärte, die Erwerberin sei am selben Tag gegründet worden.

Die Beteiligten zu 1 bewilligte die Eintragung einer Eigentumsvormerkung zugunsten der Erwerberin. Dazu heißt es unter § 9 der Urkunde u. a.:

„4. Die Vormerkung soll im Grundbuch wieder gelöscht werden, wenn sichergestellt ist, dass das Eigentum vertragsgerecht auf den Käufer umgeschrieben wird.

5. Der Käufer bewilligt hiermit die Löschung der Vormerkung.

6. (...)

7. Die Vormerkung ist ebenfalls zu löschen, wenn der Käufer die Kaufpreiszahlung nicht fristgerecht erfüllt, der Verkäufer wegen Verzug des Käufers von dem Kaufvertrag zurücktritt und dieser Rücktritt dem Notar gegenüber glaubhaft gemacht ist. Der Notar wird ausdrücklich von allen Vertragsbeteiligten angewiesen, auch in diesem Fall die Löschung der Eigentumsvormerkung im Grundbuch zu beantragen.“

Am 11.9.2013 wurde in Abt. II der Grundbücher jeweils eine Eigentumsvormerkung zugunsten der Erwerberin eingetragen.

Auf Antrag vom 17.9.2013 – URNr. S 2.../1... des Notars R. – wurde die Beteiligte zu 2 am 23.9.2013 zu HRA 1... des AG M. eingetragen. Persönlich haftende Gesellschafterin ist die I. GmbH, Kommanditist deren Geschäftsführer K.

Am 10.4.2014 hat die Beteiligte zu 1 durch ihren jetzigen Verfahrensbevollmächtigten die Löschung der Vormerkungen beantragt, weil sie von dem Kaufvertrag zurückgetreten sei. Mit Zwischenverfügung vom 15.4.2014 hat das Grundbuchamt – GBA – u. a. den Nachweis der Vertretungsbefugnis der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beteiligten zu 2 zum Zeitpunkt der Löschungsbewilligung erfordert.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 12.5.2014, der das GBA mit Beschluss vom 14.5.2014 nicht abgeholfen hat. Beide Beteiligte haben die Gelegenheit zur Stellungnahme genutzt.

Aus den Gründen:

II.

1. Die Beschwerde ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg.

a) Steht einer Eintragung ein Hindernis entgegen, kann das GBA dem Antragsteller mittels einer Zwischenverfügung zur Hebung des Hindernisses eine Frist setzen, § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO. Wendet sich ein Beteiligter hiergegen, ist Gegenstand der Nachprüfung des Beschwerdegerichts allein das in der angefochtenen Zwischenverfügung aufgezeigte Eintragungshindernis (Senat, Beschluss vom 3.11.1992, OLGZ 1993 270, 272 = DNotZ 1993, 607; Beschluss vom 26.4.1965, OLGZ 1965, 92, 96). Deshalb kann die mit der Beschwerde – auch – begehrte Anweisung an das GBA, die Eigentumsvormerkungen zu löschen, in diesem Verfahren nicht erreicht werden (vgl. *Bauer/von Oefeled/Budde*, GBO, 3. Aufl., § 77 Rdnr. 20).

b) Die Beschwerde ist aber auch im Übrigen nicht begründet. Eine Eintragung im Grundbuch erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, wenn sie derjenige bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen ist, § 19 GBO. Da die Löschung eines

Rechts durch Eintragung eines Lösungsvermerks erfolgt, § 46 Abs. 1 GBO, gilt in diesem Fall nichts anderes.

Die Bewilligung kann auch durch einen Vertreter erfolgen. Dann aber ist dem GBA gegenüber der Nachweis der – gesetzlichen – Vertretung in der Form des § 29 GBO zu erbringen (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 19 Rdnr. 74.3).

aa) Die Vertretungsmacht ist zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Bewilligung nachzuweisen. Hier ist die Löschungsbewilligung mit ihrer Beurkundung am 26.8.2013 wirksam geworden.

Die Eintragungsbewilligung ist eine rein verfahrensrechtliche Erklärung (OLG Hamm, OLGZ 1989, 9, 13 = MittBayNot 1989, 27). Sie wird erst dann wirksam, wenn sie mit dem Willen des Erklärenden dem GBA oder zur Vorlage bei diesem demjenigen, zu dessen Gunsten die Erklärung erfolgen soll, in Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift zugeht (Senat, FGPrax 2013, 56; *Demharter*, a. a. O., § 19 Rdnr. 21).

Dem steht es gleich, wenn der Begünstigte einen unwiderruflichen gesetzlichen Anspruch auf Erteilung von Ausfertigungen der notariellen Urkunde hat (OLG Hamm, a. a. O.; BayObLG, DNotZ 1994, 192, 183; OLG Naumburg, FGPrax 1998, 1, 2; *Demharter*, a. a. O., Rdnr. 24; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 107). So ist es hier. Der Anspruch der Beteiligten zu 1 folgt aus § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG. Den allein auf materiellrechtlichen Grundlagen erhobenen Einwendungen der Beteiligten zu 2 gegen die Wirksamkeit der Bewilligung ist vor diesem Hintergrund ungeachtet des Umstands, dass es insoweit ohnehin an urkundlichem Nachweis fehlt, vgl. § 29 GBO, nicht zu folgen.

bb) Den erforderlichen grundbuchlichen Nachweis der Vertretungsmacht der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beteiligten zu 2 für die Erwerberin (vgl. BayObLG, Beschluss vom 26.2.1993, 2 Z BR 6/93, juris = MittRhNotK 1993, 117 = DNotI-Report 1993, 5) im Zeitpunkt der Beurkundung vom 26.8.2013 hat die Beteiligte zu 1 bislang nicht erbracht.

(1) Allerdings können die im Handelsregister eingetragenen Vertretungsberechtigungen durch die Bezugnahme auf das Register nachgewiesen werden, wenn das Register elektronisch geführt wird, § 32 GBO. Wenigstens mit Schriftsatz vom 25.4.2014 hat die Beteiligte zu 2 auch das Registergericht und das Registerblatt angegeben, vgl. § 32 Abs. 2 Satz 2 GBO. Das Handelsregister, dem durch § 32 GBO Beweis kraft nur für den Grundbuchverkehr beigelegt wird (*Demharter*, a. a. O., § 32 Rdnr. 1; *Bauer/von Oefeled/Schaub*, a. a. O., § 32 Rdnr. 3), trifft Aussagen aber erst für den Zeitpunkt der Eintragung; auf frühere Zeiträume erstreckt sich die Beweiswirkung hingegen nicht (OLG Köln, NJW-RR 1991, 425, 426 = MittRhNotK 1991, 16; *Demharter*, a. a. O., Rdnr. 14; *Schaub*, a. a. O., Rdnr. 29; *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 3638).

Danach beweisen die Eintragungen im Handelsregister des AG M. – HRA 1... – lediglich die Existenz und die Vertretungsberechtigungen der Beteiligten zu 2 ab dem 23.9.2013. Für den Zeitpunkt der Abgabe der Löschungsbewilligung vom 26.8.2013 trifft das Handelsregister hingegen keine Aussage.

Hieran ändert auch nichts der Umstand, dass die Gründungsgesellschaft mit der später im Handelsregister eingetragenen Kommanditgesellschaft identisch (BayObLG, NJW-RR 1986, 30, 31 = DNotZ 1986, 156; OLG Hamm, FGPrax 2011, 61) ist und die Vertretungsverhältnisse entsprechend ausgestaltet sein sollen (MünchKommHGB/K. *Schmidt*, 3. Aufl., § 123 Rdnr. 13). Gleichwohl kann dem Handelsregister nicht

entnommen werden, welche konkrete – juristische – Person im Zeitpunkt der Bewilligung vom 26.8.2013 vertretungsberechtigtes Organ der damaligen Erwerberin war (vgl. auch DNotI-Report 24/2002, 185, 187).

(2) Der Nachweis der Vertretungsberechtigung wird hier auch nicht durch die bei der Beurkundung erfolgte Erklärung des Geschäftsführers der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beteiligten zu 2 erbracht, die Erwerberin sei am selben Tag gegründet worden und werde durch die von ihm vertretende GmbH vertreten. Damit ist lediglich die Abgabe der Erklärung vor dem Notar, nicht jedoch deren inhaltliche Richtigkeit nachgewiesen (vgl. *Zöller/Geimer*, ZPO, 30. Aufl., § 415 Rdnr. 5).

Allerdings ist höchstrichterlich geklärt, dass beim Grundstückserwerb durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Nachweiserleichterungen erforderlich sind. Es genügt, wenn die GbR und ihre Gesellschafter in der notariellen Auflassungsverhandlung benannt sind und die für die GbR Handelnden erklären, sie seien deren alleinige Gesellschafter. Weiterer Nachweise der Existenz, der Identität und der Vertretungsverhältnisse dieser GbR bedarf es gegenüber dem GBA nicht (BGH, NJW 2011, 1958 = RNotZ 2011, 341; DNotZ 2011, 711). Der BGH hat dies aus § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO, dessen systematischer Stellung und aus dem von dem Gesetzgeber mit der Schaffung dieser Vorschrift verfolgten Zweck gefolgert. Da das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts grundbuchrechtlich durch die Gesellschafter vermittelt werde, bedürfe es keiner auf die Gesellschaft selbst bezogenen Nachweise.

Diese Grundsätze können auf den zu entscheidenden Fall nicht übertragen werden. Die Rechte einer Kommanditgesellschaft werden grundbuchrechtlich nicht durch deren Gesellschafter, sondern durch ihre Firma und ihren Sitz vermittelt, vgl. § 15 Abs. 1 lit. b GBV, § 124 Abs. 1 HGB. § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO ist eine Sondervorschrift, die auf andere Personengesellschaften keine Anwendung findet (*Reymann*, ZNotP 2011, 84, 104). Das ist auch nicht erforderlich, da sich die Existenz, die Identität und die Vertretungsverhältnisse dieser Gesellschaften regelmäßig durch das Handelsregister nachweisen lassen.

Ist die Gesellschaft noch nicht im Handelsregister eingetragen, gilt jedenfalls dann nichts anderes, wenn die Kommanditgesellschaft durch Aufnahme ihrer Geschäfte gemäß § 161 Abs. 2, § 123 Abs. 2 HGB wirksam geworden ist. Das ist hier mit Abschluss des Vertrags vom 26.8.2013 mit der Beteiligten zu 1 der Fall (vgl. *K. Schmidt*, a. a. O., Rdnr. 8 ff.). Entsprechend ist die Vormerkung bewilligt und auch im Grundbuch eingetragen worden. Der Eintragungsvermerk enthält lediglich Angaben zur Firma der Beteiligten zu 2 mit dem Zusatz „i. G.“ jedoch keine Hinweise zu den Gesellschaftern, was bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts erforderlich gewesen wäre, vgl. § 47 Abs. 2 GBO, § 15 Abs. 1 lit. c GBV.

Die Erbringung der erforderlichen Nachweise wird hierdurch nicht unmöglich gemacht. Die Vertretungsverhältnisse könnten sich, da die Erwerberin am selben Tag gegründet worden sein soll, aus einem entsprechenden Gesellschaftsvertrag ergeben (vgl. BayObLG, Beschluss vom 26.2.1993 – 2 Z BR 6/93 – juris), der zur Verwendung gegenüber dem GBA allerdings der notariellen Form bedürfte, § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO (DNotI-Report 24/2002, 185, 187).

(...)

15. AktG §§ 291 ff., 296 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2, § 298; BGB § 177 Abs. 1 (*Rückwirkung eines nachträglichen Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung einer beherrschten GmbH*)

Der Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung einer beherrschten GmbH zur Aufhebung eines Gewinnabführungsvertrags kann, wenn die herrschende Gesellschaft die Alleingesellschafterin der beherrschten Gesellschaft ist, auch noch nach dem für die Aufhebung bestimmten Stichtag gefasst werden; der Beschluss entfaltet insofern Rückwirkung.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Beschluss vom 27.10.2014, 31 Wx 235/14

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Entgegen der Auffassung des Registergerichts, liegen die Voraussetzungen für die Eintragung der Aufhebungsvereinbarung vom 21.12.2012 betreffend den Ergebnisabführungsvertrag vom 25.8.2008 zugunsten der ... vor.

1. Das von dem Registergericht beanstandete Vollzugshindernis „Zustimmung der Gesellschafterversammlung der beherrschten Gesellschaft“ liegt nunmehr vor. Die ... als einzige Gesellschafterin der beherrschten Gesellschaft (= Beschwerdeführerin) hat am 12.2.2014 der Aufhebung des Gewinnabführungsvertrages vom 25.8.2008 zugestimmt.

2. Der Senat teilt nicht die Auffassung des Registergerichts, dass die erst im Anschluss an die Aufhebungsvereinbarung vom 21.12.2012 erfolgte Zustimmung der Gesellschafter der beherrschten Gesellschaft am 12.2.2014 gegen das hier entsprechend anzuwendende Rückwirkungsverbot im Sinne des § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG verstößt (zur analogen Anwendung der §§ 291 ff. auf den Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag zwischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung und deren Beendigung, vgl. OLG München, ZIP 2012, 870).

a) Das Rückwirkungsverbot im Sinne des § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG bezieht sich nach dem Wortlaut der Vorschrift auf die vertragliche Regelung („Unternehmensvertrag“). Dadurch soll verhindert werden, dass die Ansprüche der Gesellschaft sowie ihrer Aktionäre (hier: Minderheitengesellschafter) und Gläubiger aus einem Unternehmensvertrag durch Aufhebung des Vertrages rückwirkend beseitigt werden. Insofern kann in sämtlichen Fällen von Unternehmensverträgen der Beendigungszeitpunkt nicht auf einen Termin gelegt werden, der vor dem Aufhebungsvertrag liegt (KölnerKomm/Koppensteiner, 3. Aufl. 2004, § 296 Rdnr. 15; *Schenk in Bürgers/Körber*, AktG, 2008, § 296 Rdnr. 5). Diesem Verbot wird vorliegend insofern Rechnung getragen, als nach der Aufhebungsvereinbarung vom 21.12.2012 der Ergebnisabführungsvertrag vom 25.8.2008 mit Wirkung zum 31.12.2012 endet und sämtliche Rechte und Pflichten mit Ablauf des Jahres 2012 enden. Der Beendigungszeitpunkt des Ergebnisabführungsvertrages liegt somit nach dem Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung.

b) Der im Nachgang dazu erst am 12.2.2014 getroffene Gesellschaftsbeschluss der beherrschten Gesellschaft, in dem die Gesellschafter der beherrschten Gesellschaft ihre Zustimmung zu der Aufhebungsvereinbarung erklärt haben, stellt nach Auffassung des Senats keinen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot im Sinne des § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG dar.

Soweit der Zustimmungsbeschluss der beherrschten Gesellschaft (vgl. dazu BGH, NJW-RR 2011, 1117, 1119) nicht vorliegt, ist der Vertragsschluss zwischen herrschender und

beherrschter Gesellschaft wegen fehlender Vertretungsmacht der beherrschten Gesellschaft im Sinne des § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam (vgl. MünchKommAktG/Altmeyen, 3. Aufl. 2010, § 293 Rdnr. 5 betreffend den Vertragsabschluss). Die nachfolgende Genehmigung mittels Beschlussfassung der beherrschten Gesellschaft im Rahmen des § 177 Abs. 1 BGB hat rückwirkende Kraft (vgl. Palandt/Ellenberger, 73. Aufl. 2014, § 177 Rdnr. 8), so dass die Heilung der fehlenden Vertretungsmacht mit Wirkung zum Zeitpunkt des Abschlusses der Aufhebungsvereinbarung, also zum 21.12.2012, eintritt. Insoweit wird die Aufhebungsvereinbarung zum 21.12.2012 rechtswirksam.

c) Die in der Literatur kontrovers erörterte Frage, ob ein Gesellschafterbeschluss nach Abschluss des Aufhebungsvertrages ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot im Sinne des § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG darstellt, betrifft den sog. Sonderbeschluss „außenstehender Aktionäre“ gemäß § 296 Abs. 2 AktG. Nach Teilen der Literatur soll die Anwendung des Rückwirkungsverbots im Sinne des § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG hier verhindern, dass bereits entstandene Ansprüche aus dem Unternehmensvertrag rückwirkend untergehen (vgl. MünchKommAktG/Altmeyen, a. a. O., § 296 Rdnr. 37 m. w. N.). Insoweit dient die Anwendung des Rückwirkungsverbots im Rahmen des § 296 Abs. 2 AktG dem Schutz „außenstehender Aktionäre“ (vgl. Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 7. Aufl. 2013, § 296 Rdnr. 21). Der hier inmitten stehende Gesellschafterbeschluss vom 12.2.2014 betrifft jedoch keinen Sonderbeschluss im Sinne des § 296 Abs. 2 AktG. Die herrschende Gesellschaft hält sämtliche Geschäftsanteile an der beherrschten Gesellschaft. Insoweit sind keine „außenstehenden Aktionäre“ (hier: Minderheitsgesellschafter im Sinne des § 296 Abs. 2 AktG) vorhanden, die eines Schutzes durch Beschlussfassung vor dem Beendigungszeitpunkt bedürften.

d) Eine Beeinträchtigung schützenswerter Belange außerstehender Dritter ist nicht erkennbar. Die Eintragung hat lediglich deklaratorische, nicht aber konstitutive Wirkung (vgl. MünchKommAktG/Altmeyen, a. a. O., § 298 Rdnr. 1; Zöllner/Beurskens in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., SchlAnhKonzernR Rdnr. 75; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, Abh., § 13 Rdnr. 102, a. A. Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, a. a. O., § 296 Rdnr. 7b m. w. N.). Die Eintragung soll lediglich verhindern, dass das Handelsregister, in das der Vertrag eingetragen worden ist, nach dessen Beendigung unrichtig wird. Die gegenteilige Ansicht, lässt sich für den ... nicht daraus herleiten, dass der Abschluss eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages materiell einer Satzungsänderung gleichkommt (BGHZ 105, 324, 388; NJW-RR 2011, 1117, 1119) und dies dann mit den sich aus den §§ 53, 54 GmbHG für die Formerfordernisse ergebenden Folgen auch für die Beendigung des Vertrags gelten müsse. Formell handelt es sich um einen Fall so wenig wie im anderen um eine Satzungsänderung. Es besteht kein Grund, im GmbH-Recht an die Formalien der Vertragsbeendigung strengere Anforderungen zu stellen als im Aktienrecht, wo die in § 298 AktG vorgeschriebene Eintragung der Beendigung eines Unternehmensvertrages nicht Voraussetzung für deren Wirksamkeit ist (BGHZ 116, 37, 43/44).

Anmerkung:

1. Problemaufriss

Der rechtskräftige Beschluss des OLG München lotet die Reichweite des Rückwirkungsverbots in § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG aus. Nach § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG können Parteien eines Unternehmensvertrags ihn einvernehmlich aufheben. Um die abhängige Aktiengesellschaft und ihre Aktionäre zu

schützen, hat der Gesetzgeber eine rückwirkende Aufhebung eines Unternehmensvertrags in § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG für unzulässig erklärt. Dadurch will er verhindern, dass den konzernrechtlichen Ausgleichs- und Abfindungsansprüchen nachträglich der Boden entzogen wird.¹ Das OLG München hatte die Frage zu beantworten, ob das Rückwirkungsverbot auch in einem GmbH-Konzern gilt, wenn der Aufhebungsvertrag zwar vor der Beendigung des Unternehmensvertrags abgeschlossen wird, der Alleingesellschafter der beherrschten GmbH aber erst nach dem Beendigungszeitpunkt der Aufhebung zustimmt.

2. Unterscheidung zwischen Außen- und Innenverhältnis

Das OLG München wendet im Ausgangspunkt § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG auf einen Unternehmensvertrag mit einer beherrschten GmbH analog an² und differenziert zutreffend zwischen dem Aufhebungsvertrag im Außenverhältnis und der Zustimmung des GmbH-Alleingesellschafters zur Aufhebung des Unternehmensvertrags im Innenverhältnis. Dabei hebt das Gericht den Wortlaut des § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG hervor, der sich allein auf den Aufhebungsvertrag, also auf das Außenverhältnis bezieht. Dagegen ist das Innenverhältnis nach dem Wortsinn des § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG vom Rückwirkungsverbot nicht betroffen.³ Es bedarf also einer planwidrigen Regelungslücke und einer vergleichbaren Interessenlage, um das Rückwirkungsverbot im Wege der Analogie auf die Zustimmung zu erstrecken.

Bevor aber geklärt wird, ob § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG auf die Zustimmung analog angewendet werden kann, ist die Frage zu beantworten, ob die Gesellschafter der beherrschten Gesellschaft dem Aufhebungsvertrag überhaupt zustimmen müssen. Dies ist nach § 296 Abs. 2 Satz 1 AktG jedenfalls dann zu bejahen, wenn außenstehende Gesellschafter⁴ infolge des Aufhebungsvertrags ihre Ausgleichs- oder Abfindungsansprüche verlieren. In diesem Fall müssen die außenstehenden Gesellschafter mit qualifizierter Mehrheit (§ 296 Abs. 2 Satz 2, § 293 Abs. 1 Satz 2 AktG) einen Sonderbeschluss fassen. Ob darüber hinaus ein Zustimmungsbeschluss erforderlich ist, an dem alle Gesellschafter beteiligt sind, hängt von der Rechtsform der beherrschten Gesellschaft ab. In einer Aktiengesellschaft handelt es sich bei der Aufhebung eines Unternehmensvertrags um eine Geschäftsführungsmaßnahme, die nach §§ 77, 78 AktG allein dem Vorstand obliegt.⁵ Etwas anderes gilt nur, wenn gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Aufsichtsrats vor-

¹ Dazu OLG München, Beschluss vom 27.10.2014, 31 Wx 235/14; Müllert in GroßkommAktG, 4. Aufl., § 296 Rdnr. 17. Zu den Folgen eines Verstoßes gegen § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG Hüfner/Koch, AktG, 11. Aufl., § 296 Rdnr. 4.

² So auch die h. M., vgl. BGH, Urteil vom 5.11.2001, II ZR 119/00, NJW 2002, 822, 823; Casper in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Anh. § 77 Rdnr. 199; Decher/Kiefner in MünchHdbGmbH, 4. Aufl., § 70 Rdnr. 38; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 7. Aufl., § 296 Rdnr. 7b; Grigoleit/Servatius, AktG, § 296 Rdnr. 10; Liebscher in MünchKommGmbHG, 2. Aufl., Anh. § 13 Rdnr. 986. A. A. Zöllner/Beurskens in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., SchlAnh Rdnr. 72.

³ OLG München, Beschluss vom 27.10.2014, 31 Wx 235/14.

⁴ Zum Begriff der außenstehenden Aktionäre vgl. etwa Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 295 Rdnr. 28 ff., § 296 Rdnr. 18. Enger als die h. M. aber Grigoleit/Servatius, AktG, § 296 Rdnr. 6.

⁵ Ganz h. M., vgl. nur Koppensteiner in KölnerKommAktG, 3. Aufl., § 296 Rdnr. 9; Langenbacher in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 296 Rdnr. 4. So auch für die Kündigung, BGH, Urteil vom 31.5.2011, II ZR 109/10, BGHZ 190, 45 = AG 2011, 668 Rdnr. 20.

gesehen ist.⁶ Ein Hauptversammlungsbeschluss ist dagegen nicht erforderlich; namentlich folgt die Hauptversammlungskompetenz nicht aus den Holz Müller-/Gelatine-Grundsätzen.⁷

Geht es um einen Unternehmensvertrag mit einer abhängigen GmbH, wird die Aufhebung teilweise als eine Geschäftsführungsmaßnahme verstanden und ein Zustimmungsbeschluss für nicht erforderlich gehalten.⁸ Dies widerspricht aber der BGH-Rechtsprechung, wonach die Aufhebung und Kündigung eines Unternehmensvertrags innergesellschaftliche Organisationsakte sind und deshalb einen Gesellschafterbeschluss der beherrschten GmbH erfordern.⁹ Daraus folgt indes entgegen der wohl herrschenden Meinung nicht zwingend, dass – wie bei Abschluss eines Unternehmensvertrags im GmbH-Konzern¹⁰ – die Voraussetzungen der §§ 53, 54 GmbHG erfüllt sein müssen: Ausreichend ist ein mit einfacher Mehrheit gefasster Beschluss,¹¹ der entgegen der herrschenden Ansicht im Schrifttum nicht notariell beurkundet werden muss.¹² Der Außenseiterschutz ist durch entsprechende Anwendung des § 296 AktG zu gewährleisten: Verliert die Minderheit nach Aufhebung des Unternehmensvertrags etwaige Ausgleichsansprüche,¹³ ist sie mit Hilfe des § 296 Abs. 2 AktG zu schützen.¹⁴ Ist ein Sonderbeschluss erforderlich, muss § 53 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 GmbHG nicht flankierend herangezogen werden, um die Belange außenstehender Gesellschafter zu wahren. Außerdem ist der Gegenstand des Zustimmungsbeschlusses im Hinblick auf die Schutzmechanismen des § 296 AktG nicht so gewichtig, dass die notarielle Beurkundung analog § 53 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 GmbHG wegen ihrer Warn-, Beweis- und Belehrungsfunk-

tion¹⁵ zwingend erscheint. In der Obergesellschaft ist ein Zustimmungsbeschluss unabhängig von ihrer Rechtsform nicht erforderlich.¹⁶

3. Zeitpunkt der Zustimmung

Bedarf der Aufhebungsvertrag einer Zustimmung, ist zu klären, ob sie bereits vor Beendigung des Unternehmensvertrags erteilt werden muss. Für den Fall, dass die beherrschte GmbH nur einen Gesellschafter hat, lehnt das OLG München eine analoge Anwendung des § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG mit überzeugenden Argumenten ab: Der nachträgliche Beschluss des Alleingeschafters sei eine Genehmigung im Sinne des § 177 Abs. 1 BGB, so dass der Aufhebungsvertrag rückwirkend wirksam werde. Da weder außenstehende Gesellschafter noch gesellschaftsfremde Dritte schutzwürdig seien, sei es nicht notwendig, das Rückwirkungsverbot eingreifen zu lassen.¹⁷ In der Tat wirkt eine nachträgliche Zustimmung nach § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Außerdem ist nicht ersichtlich, wieso ein Alleingeschafter, der die Zustimmung verweigern kann, über § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG geschützt werden muss. Auch sind Belange Dritter nicht betroffen.

Die Aussagen des OLG München lassen sich auf Fälle übertragen, in denen ein Sonderbeschluss außenstehender Gesellschafter nach § 296 Abs. 2 Satz 1 AktG erforderlich ist.¹⁸ Im Schrifttum wird ein Sonderbeschluss, der nach dem Beendigungszeitpunkt gefasst wird, verbreitet als Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot eingeordnet: Fehle der Sonderbeschluss, sei der Unternehmensvertrag vorläufig wirksam, so dass die Ausgleichsansprüche vorläufig entstünden. Diese Ansprüche dürften nicht entgegen der Wertung des § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG durch einen nachträglichen Beschluss beseitigt werden.¹⁹ Dies überzeugt bereits deshalb nicht, weil § 296 Abs. 2 AktG nicht auf § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG verweist. Die Analogievoraussetzungen sind auch hier nicht gegeben. Vielmehr sprechen teleologische Gesichtspunkte gegen die Erstreckung des Rückwirkungsverbots auf den Sonderbeschluss: Die außenstehenden Gesellschafter können sich gegen den nachträglichen Entzug der Ansprüche aus §§ 304, 305 AktG selbst wehren, indem sie die Zustimmung verweigern. Stimmen sie der Aufhebung dennoch zu, sind sie nicht schutzwürdig.²⁰ Dies gilt konsequent auch in einer Aktiengesellschaft, in der die Aufhebung des Unternehmensvertrags unter einem Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG steht: Hat

6 Mülbert in GroßkommAktG, § 296 Rdnr. 11; Veil in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 296 Rdnr. 11.

7 So die ganz h. M., vgl. nur Langenbacher in K. Schmidt/Lutter, AktG, § 296 Rdnr. 5; Veil in Spindler/Stilz, AktG, § 296 Rdnr. 2, 9 f. Zur rechtspolitischen Kritik vgl. etwa Altmeyen in MünchKommAktG, 3. Aufl., § 296 Rdnr. 9 ff.; Mülbert in GroßkommAktG, § 296 Rdnr. 5.

8 So OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.11.1993, 20 W 317/93, NJW-RR 1994, 296 f.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 3.6.1994, 4 W 122/93, NJW-RR 1994, 1062, 1063; Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl., Anh. § 13 Rdnr. 97; Grigoleit/Servatius, AktG, § 296 Rdnr. 10 f.; Liebscher in MünchKommGmbHG, Anh. § 13 Rdnr. 993 ff.

9 BGH, Urteil vom 31.5.2011, II ZR 109/10, BGHZ 190, 45 = AG 2011, 668 Rdnr. 19. So auch Hüffer/Koch, AktG, § 296 Rdnr. 5; Zöllner/Beurskens in Baumbach/Hueck, GmbHG, SchlAnh Rdnr. 72. Auch in diesem Fall schließen die Geschäftsführer der abhängigen GmbH den Aufhebungsvertrag ab (§ 35 GmbHG).

10 Dazu statt aller Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 13 Rdnr. 49 ff.

11 So überzeugend Zöllner/Beurskens in Baumbach/Hueck, GmbHG, SchlAnh Rdnr. 72. Weitergehend aber Casper in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Anh. § 77 Rdnr. 199; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 296 Rdnr. 7b; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 13 Rdnr. 89: satzungändernde Mehrheit.

12 Für die Notwendigkeit einer notariellen Beurkundung aber Casper in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Anh. § 77 Rdnr. 199; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 296 Rdnr. 7b; Zöllner/Beurskens in Baumbach/Hueck, GmbHG, SchlAnh Rdnr. 72. Dazu rät auch Liebscher in MünchKommGmbHG, Anh. § 13 Rdnr. 995.

13 Zu der höchst umstrittenen Frage, ob § 304 AktG auf eine abhängige GmbH analog anwendbar ist, vgl. einerseits Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 296 Rdnr. 11 (verneinend), andererseits Liebscher in MünchKommGmbHG, Anh. § 13 Rdnr. 921 ff. (bejahend).

14 Für die analoge Anwendung des § 296 Abs. 2 AktG auf die abhängige GmbH zu Recht Liebscher in MünchKommGmbHG, Anh. § 13 Rdnr. 993; Grigoleit/Servatius, AktG, § 296 Rdnr. 11.

15 Zu den Funktionen der notariellen Beurkundung im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Unternehmensvertrags vgl. etwa BGH, Beschluss vom 24.10.1988, II ZR 7/88, BGHZ 105, 324, 338 = NJW 1989, 295.

16 Altmeyen in MünchKommAktG, § 296 Rdnr. 8; Hüffer/Koch, AktG, § 296 Rdnr. 5; Grigoleit/Servatius, AktG, § 296 Rdnr. 9; Liebscher in MünchKommGmbHG, Anh. § 13 Rdnr. 997 ff. So auch Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 296 Rdnr. 7c, der aber bei einer GmbH Ausnahmen für denkbar hält.

17 OLG München, 31 Wx 235/14.

18 Das OLG München lässt diese Frage ausdrücklich offen, vgl. OLG München, 31 Wx 235/14. Unstreitig ist, dass der Sonderbeschluss nach Abschluss des Aufhebungsvertrags, aber vor dem Beendigungszeitpunkt gefasst werden kann, vgl. statt aller Koppenteiner in KölnerKommAktG, § 296 Rdnr. 20.

19 Altmeyen in MünchKommAktG, § 296 Rdnr. 37; Hölter/Deilmann, AktG, 2. Aufl., § 296 Rdnr. 8; Krieger in MünchHdbAG, 3. Aufl., § 70 Rdnr. 191; Mülbert in GroßkommAktG, § 296 Rdnr. 27; Veil in Spindler/Stilz, AktG, § 296 Rdnr. 20.

20 Hüffer/Koch, AktG, § 296 Rdnr. 8; Koppenteiner in KölnerKommAktG, § 296 Rdnr. 21; Langenbacher in K. Schmidt/Lutter, AktG, § 296 Rdnr. 11.

der Vorstand einen Aufhebungsvertrag ohne Zustimmung des Aufsichtsrats abgeschlossen, können dieser oder die Hauptversammlung (§ 111 Abs. 4 Satz 3 AktG) die Zustimmung nach dem Beendigungszeitpunkt erteilen.

4. Wirkung der Eintragung

Schließlich beschäftigt sich das OLG München mit der Frage, ob die Eintragung der Aufhebungsvereinbarung ins Handelsregister bei einer abhängigen GmbH eine konstitutive oder lediglich deklaratorische Wirkung hat. Während eine starke Auffassung im Schrifttum der Handelsregistereintragung eine konstitutive Wirkung beimisst und sich dabei auf eine Analogie zu §§ 53, 54 GmbHG stützt,²¹ geht das OLG München zu Recht einen anderen Weg:²² Wie oben erläutert, bedarf es der formellen Voraussetzungen der §§ 53, 54 GmbHG nicht, so dass die Zustimmung bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung wirksam wird und nicht erst mit der Registereintragung. Das OLG München weist zutreffend darauf hin, dass die formellen Anforderungen im GmbH-Recht nicht strenger sein dürfen als im Aktienrecht. Dort hat die Eintragung nach § 298 AktG eine bloß deklaratorische Wirkung.²³

Wiss. Mitarbeiter Dr. Rafael Harnos, Bonn

²¹ So etwa Casper in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Anh. § 77 Rdnr. 199; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 296 Rdnr. 7b. A. A. aber wohl Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 13 Rdnr. 87, 89 trotz Anknüpfung an die Grundsätze über den Abschluss eines Unternehmensvertrags in einem GmbH-Konzern.

²² Zum Folgenden OLG München, 31 Wx 235/14. Im Ergebnis auch Roth/Altmeyen, GmbHG, Anh. § 13 Rdnr. 102; Zöllner/Beurskens in Baumbach/Hueck, GmbHG, SchlAnh Rdnr. 75.

²³ Statt aller Hüffer/Koch, AktG, § 298 Rdnr. 5.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. InsO § 155 Abs. 2 (*Befugnis des Insolvenzverwalters zur Änderung des Geschäftsjahresrhythmus*)

Der Insolvenzverwalter ist befugt, den mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens neu beginnenden Geschäftsjahresrhythmus zu ändern. Das kann geschehen durch eine Anmeldung zur Eintragung im Handelsregister, aber auch durch eine sonstige Mitteilung an das Registergericht.

BGH, Beschluss vom 14.10.2014, II ZB 20/13

Beurkundungs- und Notarrecht

17. BGB §§ 305, 308, 310; BNotO § 19 Abs. 1, § 14 Abs. 1 und 2; BeurkG § 4, 17 Abs. 2a Nr. 2 (*Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit einer Urkunde; Überlange Angebotsbindung und Fortsetzungsklauseln in Bauträger-AGB*)

1. Ist in einer Kaufvertragsurkunde festgehalten, dass der Verbraucher den Vertragsentwurf zwei Wochen vor dem Beurkundungstermin erhalten hat, spricht die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit von Urkunden für die Richtigkeit des Inhalts. Die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit wirkt sich dahin aus, dass der Verbraucher, der ein ihm günstiges Ergebnis auf Umstände außerhalb der Urkunde stützt, diese zu beweisen hat.

- 2. Eine von dem Bauträger vorformulierte Bindungsfrist, nach der der Erwerber an sein Angebot auf Abschluss eines Bauträgervertrags für sechs Wochen oder länger gebunden ist, überschreitet die regelmäßige gesetzliche Frist des § 147 Abs. 2 BGB von vier Wochen wesentlich; sie ist nur dann nicht unangemessen lang im Sinne von § 308 Nr. 1 BGB, wenn der Verwender hierfür ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann, hinter dem das Interesse des Kunden an dem baldigen Wegfall der Bindung zurückstehen muss.**
- 3. Von dem Schutzzweck der Regelung des § 308 Nr. 1 BGB sind nur solche Schäden erfasst, die gerade und lediglich durch die überlange Bindung des Vertragspartners verursacht worden sind.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

LG Landshut, Urteil vom 5.9.2014, 13 O 3600/13

Der Kläger macht einen Schadensersatzanspruch aus Notarhaftung geltend. Der Zeuge Z. vereinbarte für den Kläger bei dem Beklagten einen Termin für die notarielle Beurkundung eines Angebots an die R. GbR zum Abschluss eines Kauf- und Werkvertrages über die Eigentumswohnung mit der Nummer ... im Objekt E., ... Straße in M. Der Kläger war darin als Käufer der Eigentumswohnung vorgesehen. In dem vereinbarten Termin am 1.10.2007 beurkundete der Beklagte unter der URNr. ... ein solches Angebot. Dieses enthält auf Seite 2 oben folgende Textpassage:

„Nach Belehrung des Käufers darüber, dass nach den beurkundungsrechtlichen Vorschriften zwischen dem Zugang des Entwurfes des Kaufvertragsantrages und der Beurkundung des Kaufvertragsangebotes grundsätzlich ein Zeitraum von zwei Wochen liegen soll, um dem Käufer eine entsprechende Überlegungs- und Überprüfungsfrist zu gewähren, erklärte der Käufer, dass er bzw. sein Vollmachtgeber die Verweiskunde, also auch den Entwurf des Antrages als Anlage der Verweiskunde am 11.9.2007, also vor mehr als zwei Wochen erhalten hat und insoweit die zweiwöchige Überlegungs- und Überprüfungsfrist eingehalten worden ist.“

Ferner enthält die Urkunde unter § 2 folgende Regelung:

„An den Antrag hält sich der Käufer bis zum 7.11.2007 gebunden. Für die Rechtzeitigkeit der Annahme ist der Zugang der Annahmeerklärung nicht erforderlich. Es reicht deren notarielle Beurkundung. Nach Ablauf der Frist erlischt nur die Bindung an den Antrag. Der Antrag selbst gilt solange weiter, bis der Käufer dieses gegenüber dem Vollzugsnotar widerruft. Der Vollzugsnotar ist vom Verkäufer auch zur Entgegennahme des Widerrufs bevollmächtigt worden. Der Käufer ist darüber belehrt, dass er nach Ablauf der Frist den Antrag ausdrücklich widerrufen muss, sofern er nicht mehr an den Antrag gebunden sein will, und der Widerruf erst mit Zugang bei dem Vollzugsnotar wirksam wird.“

Gemäß § 6 der beigelegten Bezugsurkunde beträgt der Kaufpreis für die Eigentumswohnung 104.673 €. Auf den weiteren Inhalt der notariellen Urkunde nebst Bezugsurkunde wird verwiesen.

Am 30.10.2007 beurkundete der Notar S. die Annahme des Angebots des Klägers vom 1.10.2007 durch die R. GbR.

(...)

Der Kläger führt parallel vor dem LG Hannover unter dem Aktenzeichen 16 O 164/12 einen Rechtsstreit gegen die R. GmbH & Co. KG als Rechtsnachfolgerin der R. GbR. Er fordert dort mit einem Antrag, der mit dem Antrag im vorliegenden Verfahren inhaltsgleich ist, die Rückabwicklung des Vertrages über die vorgenannte Eigentumswohnung.

Der Beklagte beurkundete für das Objekt E. nach seiner Erinnerung acht bis zehn Angebote. Den Text für die Angebotsurkunden hat er hierbei entweder von dem Notar S. oder von der R. GbR erhalten. Bei den Beurkundungen für das Objekt E. verwendete er immer diesen Text.

Der Kläger behauptet, bei dem Zeugen Z. handle es sich um einen damaligen Mitarbeiter der I. GmbH, der damaligen Gesellschafterin

der R. GbR. Dieser habe den Kläger unter Kaufdruck gesetzt mit dem Argument, es würde für diese Wohnung mehrere Interessenten geben und der Kläger müsse sich sofort entscheiden, da anderenfalls ein anderer Interessent den Zuschlag erhalte. Dieser Kaufdruck sei ursächlich für die Vereinbarung des Beurkundungstermins bei dem Beklagten gewesen. Von der auf Seite 2 der Angebotsurkunde (Anl. K 2) erwähnten Verweiskunde habe er erst in dem Beurkundungstermin Kenntnis erhalten. Auch einen Vertragsentwurf habe er zuvor nicht erhalten. In dem Beurkundungstermin habe der Beklagte schnell und undeutlich das vorbereitete Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages vorgelesen. Dabei habe er den Kläger nicht gefragt, ob ihm bereits zuvor der Kaufvertragsentwurf zur Verfügung gestellt worden sei. Der Kläger ist der Ansicht, dass der Beklagte hierdurch vorsätzlich gegen seine Pflichten aus § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG in der damals gültigen Fassung verstoßen habe. Weiterhin seien die unter § 2 des Angebots geregelte Bindungsfrist sowie die im Anschluss an die Bindungsfrist vereinbarte Fortgeltung des Angebots (sog. Fortsetzungsklausel) unwirksam. Der Beklagte habe hier vorsätzlich unter Verstoß gegen seine Pflichten aus § 4 BeurkG und § 14 Abs. 2 BNotO ohne diesbezügliche Belehrung eine Beurkundung vorgenommen.

Der Kläger trägt weiter vor, der Abschluss des Vertrages über die Eigentumswohnung sei für ihn nachteilig gewesen. Die „Eigenprovision“ von 16.747,76 € habe er nicht erhalten, sondern diese sei nach dem Modell der Verkäuferfirma in einem Hebelprodukt „reinvestiert“ worden. Der Kläger habe Zinsen und Tilgung auf ein Darlehen bei der ... Bank GmbH i. H. v. 28.369,69 € geleistet. Dem gegenüber habe er Mietpoolausschüttungen von 2007 bis 2011 i. H. v. 7.755,84 € erzielt. Zum 31.12.2011 errechne sich ein Schaden von 20.631,85 €. Zum Zeitpunkt des Erwerbs habe der Verkehrswert der Eigentumswohnung lediglich 40.000 € betragen.

Der Kläger beantragt: Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 87.925,24 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten hieraus über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen lastenfreie Übertragung des Eigentums an der Eigentumswohnung mit der Nr. ... im Objekt E., ... Straße in M., eingetragen im Grundbuch von M des AG M, Blatt....

Der Beklagte beantragt: Die Klage wird abgewiesen.

Der Beklagte trägt vor, er habe bei Erörterung des Belehrungstextes auf Seite 2 der Angebotsurkunde dem Kläger die Frage gestellt, ob er die Unterlagen tatsächlich rechtzeitig bekommen habe. Ein Verstoß seinerseits gegen § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG in der damals gültigen Fassung liege nicht vor. Er sei seinen Pflichten durch die Frage nach dem Erhalt der Bezugsurkunde ausreichend nachgekommen. Weiterhin habe der Kläger auch die Bezugsurkunde – wie auf Seite 2 der Angebotsurkunde festgehalten – am 11.9.2007 erhalten. Ein Verstoß gegen Amtspflichten hinsichtlich der Bindungsfrist und der Fortsetzungsklausel liege nicht vor. Die vereinbarte Bindungsfrist sei wirksam gewesen. Die Unwirksamkeit der Fortsetzungsklausel sei aus der bei Beurkundung vorliegenden Rechtsprechung nicht erkennbar gewesen. Jedenfalls habe keinesfalls eine vorsätzliche Pflichtverletzung vorgelegen. Außerdem fehle es jedenfalls an der Ursächlichkeit einer Pflichtverletzung des Beklagten für den behaupteten Schaden. Weiterhin komme im Hinblick auf das Verfahren vor dem LG Hannover gegen die Rechtsnachfolgerin der R. GbR und im Hinblick auf mögliche Ansprüche gegen die kaufpreisfinanzierende Bank die Subsidiarität der Notarhaftung zur Anwendung.

Die Kammer hat die Parteien angehört. Diesbezüglich wird auf die Protokolle vom 2.4.2014 und 23.7.2014 Bezug genommen. Außerdem hat die Kammer Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen V., W. und Z. Diesbezüglich wird ebenfalls auf das Protokoll vom 23.7.2014 Bezug genommen.

Aus den Gründen:

I.

Die zulässige Klage hat keinen Erfolg.

Der Kläger hat keinen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten aus § 19 Abs. 1 BNotO i. V. m. § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG in der am 1.10.2007 gültigen Fassung.

Der Kläger hat eine Pflichtverletzung des Beklagten bezogen auf § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG a. F. nicht nachweisen können. Nach dieser Bestimmung muss der Notar bei Verbraucherver-

trägen darauf hinwirken, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen. Bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BGB unterliegen, geschieht dies im Regelfall dadurch, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt wird.

Die genannte Regelung ist anwendbar, da es sich bei dem Kläger um einen Verbraucher handelte und für das abgegebene notarielle Angebot die Beurkundungspflicht nach § 311b BGB galt.

1. Der Kläger hat aber schon nicht nachweisen können, dass er den beabsichtigten Text für das Angebot nebst Bezugsurkunde nicht – wie auf Seite 2 der Angebotsurkunde angegeben – am 11.9.2007 erhalten hat, sondern von dem Inhalt der Urkunde erst im Beurkundungstermin Kenntnis erhalten hat.

a) Für die Richtigkeit des Inhalts der Angebotsurkunde spricht die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit von Urkunden (vgl. BGH, NJW 2002, 3164). Dieser Rechtsgrundsatz kommt vorliegend zur Anwendung. Bei der strittigen Textpassage handelt es sich nicht um eine gemäß §§ 305 Abs. 1, 309 Nr. 12b BGB unzulässige Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Eine Änderung der Beweislast zum Nachteil des Klägers findet nicht statt. Vielmehr muss der Kläger als Anspruchsteller einen Verstoß gegen § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG darlegen und beweisen. Der Kläger konnte vorliegend die Vermutung der Richtigkeit der Urkunde nicht entkräften und nicht beweisen, dass er vor dem Notartermin keinen Urkundsentwurf erhalten hat.

b) Die Zeugen V. und W. haben ebenso wie der Kläger ein Angebot für den Kauf einer Eigentumswohnung in dem Objekt E. bei dem Beklagten beurkunden lassen. Sollten diese vorab keinen Urkundsentwurf erhalten haben, wäre dies ein Indiz dafür gewesen, dass dies bei dem Kläger auch nicht der Fall gewesen sein könnte. Die Kammer konnte sich aber keine diesbezügliche Überzeugung bilden.

Der Zeuge V. gab zwar an, vorab keinen Urkundsentwurf erhalten zu haben. Gleichzeitig kam aber in seiner Aussage zum Ausdruck, dass er sich selbst wenig um den Kauf der Eigentumswohnung gekümmert hat („Rundum-Sorglos-Paket“ des Zeugen Z.). Er konnte sich an die Vorgänge, die seinerzeit zu dem Kauf der Eigentumswohnung geführt haben, nur bruchstückhaft erinnern. Er wusste beispielsweise nicht sicher, ob er einen Darlehensvertrag unterschrieben habe. Zur aktuellen Situation konnte er nicht einmal angeben, gegen wen er wegen des Kaufs der Eigentumswohnung Klage erhoben hat. Die Kammer konnte sich daher aufgrund der Aussage des Zeugen V. keine Überzeugung bilden, ob dieser vorab einen Urkundsentwurf erhalten hat oder nicht.

Dasselbe gilt für die Aussage des Zeugen W. Dieser wusste schon nicht mehr, ob ihm vom Zeugen Z. ein Kaufvertragsentwurf gezeigt wurde oder nicht.

c) Der Kläger konnte auch nicht nachweisen, dass der Beklagte die Passage auf Seite 2 der Angebotsurkunde schnell vorlas, ohne ihn nach dem Erhalt des Urkundsentwurfs zu fragen. Auch dies wäre ggf. ein Indiz für den Nichterhalt des Vertragsentwurfs gewesen.

Im Ausgangspunkt ist es unstreitig, dass der Beklagte den Text der Urkunde vorgelesen hat. Die Passage hinsichtlich des Zugangs des Entwurfs des Kaufvertragsantrags befindet sich noch ganz am Anfang der notariellen Urkunde. Aus Sicht der Kammer wäre es daher hier naheliegender gewesen, dass der Kläger auf das Vorlesen eines falschen Datums für den Erhalt des Entwurfs reagiert hätte. Gegenstand des Angebots war im-

merhin der Abschluss eines Vertrags von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung. Weiterhin ist es aus Sicht der Kammer auch naheliegend, dass der Beklagte bei der Nennung des angebliehen Übergabedatums hiernach noch einmal fragt. Diese einfache Nachfrage nimmt nicht viel Zeit in Anspruch und drängt sich für einen Notar aufgrund seiner Pflichten aus § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG auf. Da der Beklagte unstreitig vorher keine Tätigkeit veranlasst hatte, um den Kläger von dem Inhalt der Angebotsurkunde in Kenntnis zu setzen, blieb dem Beklagten nur noch die Möglichkeit, den Kläger zu fragen, ob er die Urkunde auch rechtzeitig erhalten habe. Demgegenüber stehen die Angaben des Klägers bei seiner Anhörung. Seine Angabe, dass der Beklagte nur die Urkunde vorgelesen habe und nichts weiter mit ihm erörtert habe, erscheint der Kammer unglaublich. Zwar ist es für die Kammer nachvollziehbar, dass ein Verbraucher nach mehreren Jahren bezüglich eines Notartermins insbesondere noch das Vorlesen der Urkunde durch den Notar in Erinnerung hat. Dass der Notar jedoch darüber hinaus keinerlei Fragen stellt und nichts erläutert, wäre sehr ungewöhnlich. Der Beklagte gab in seiner Anhörung demgegenüber für die Kammer nachvollziehbar an, dass er in dem auf in E. bezogenen Notartermin eigentlich immer auf die Bezugsurkunde eingegangen sei und die Gemeinschaftsordnung und die Baubeschreibung erläutert habe. Auch nachvollziehbar in diesem Zusammenhang ist die Nachfrage nach dem Erhalt der Unterlagen und der Zweiwochenfrist sowie die vom Beklagten angegebenen Erläuterungen zur Bindungsfrist.

Die Zeugenaussagen V. und W. sind nicht geeignet, die Behauptung des Klägers zu stützen. Der Zeuge W. konnte sich nicht daran erinnern, ob er und seine Frau gefragt wurden, ob sie einen Kaufvertragsentwurf vor einem bestimmten Datum oder rechtzeitig erhalten hätten. Der Zeuge V. gab an, dass er nicht mehr wisse, ob der Beklagte ihn nach dem Erhalt eines Vertragsentwurfs vor einem bestimmten Zeitpunkt gefragt habe. Sowohl die Zeugen als auch der Kläger in seiner Anhörung konnten sich an Einzelheiten nicht erinnern.

d) Im Übrigen gab der Zeuge Z. an, dass er seinen Kunden die Kaufangebotsentwürfe übergeben habe, wenn die Finanzierung stand. Er führte nachvollziehbar aus, wie es aufgrund seiner Angaben zum Eintrag des Übergabedatums in die Angebotstexte durch die R. GbR kam. Auch gab er an, dass er bei den Notarterminen des Klägers und auch der Zeugen V. und W. dabei gewesen sei und der Beklagte jeweils nach dem Erhalt des Kaufangebotentwurfs zu dem jeweils in der Urkunde angegebenen Datum gefragt habe. Der Kläger habe die entsprechende Frage bejaht. Für eine positive Überzeugungsbildung der Kammer waren die Angaben des Zeugen Z. nicht ausreichend. Die angebliche konkrete Erinnerung des Zeugen an Einzelheiten des Notartermins mit dem Kläger erscheint der Kammer zweifelhaft. Am Anfang seiner Aussage gab der Zeuge selbst an, sich nur noch allgemein an den Ablauf erinnern zu können. Konkrete Hinweise auf Falschangaben des Zeugen liegen jedoch nicht vor.

2. Darüber hinaus läge eine Pflichtverletzung des Beklagten auch dann nicht vor, wenn der Kläger tatsächlich den Urkundsentwurf vor dem Beurkundungstermin nicht erhalten hätte. Der Kläger hat nicht nachweisen können, dass der Beklagte in dem Beurkundungstermin nicht nach dem rechtzeitigen Erhalt des Urkundsentwurfs fragte (vgl. oben). Eine solche Nachfrage, die durch den Verbraucher bejaht wird, war zum Zeitpunkt der Beurkundung am 1.10.2007 zur Erfüllung der Pflichten aus § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG a. F. ausreichend. Dem Notar war damals keine bestimmte Art der Zurverfügungstellung des Urkundsentwurfs vorgegeben. Bei einer Zurverfügungstellung des Urkundsentwurfs durch den

Vertragspartner des Verbrauchers war es daher ausreichend, wenn der Notar sich vergewisserte, dass eine entsprechende rechtzeitige Zurverfügungstellung auch tatsächlich stattgefunden hat. Hierfür war es ausreichend, wenn der Notar den Verbraucher im Beurkundungstermin hiernach fragte und der Verbraucher dies bejahte.

II.

Der Kläger hat gegen den Beklagten auch keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 19 Abs. 1 BNotO i. V. m. § 4 BeurkG sowie § 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BNotO aufgrund der Beurkundung der Bindungsfrist vom 1.10.2007 bis 7.11.2007.

Eine Pflichtverletzung des Beklagten scheidet vorliegend schon deswegen aus, weil die Bindungsfrist von insgesamt fünf Wochen und zwei Tagen wirksam in Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt werden konnte und daher nicht zu beanstanden ist. Bei der Regelung handelt es sich gemäß § 305 Abs. 1, § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Der Beklagte bestätigte im Übrigen auch, dass die in der vorliegenden Angebotsurkunde verwendeten Textpassagen auch in mehreren anderen Fällen Verwendung gefunden haben. Die Klausel hält jedoch einer Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 1 BGB stand. Nach dem Urteil des BGH vom 17.1.2014 (NJW 2014, 857 Rdnr. 10) liegt eine wesentliche Überschreitung der gesetzlichen Frist von vier Wochen mit der Folge einer Unwirksamkeit nach § 308 Nr. 1 BGB bei einem Immobilienkaufvertrag erst ab einer Annahmefrist von sechs Wochen vor.

III.

Der Kläger hat gegen den Beklagten auch keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 19 Abs. 1 BNotO i. V. m. § 4 BeurkG sowie § 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BNotO im Hinblick auf die in der Angebotsurkunde enthaltene Fortsetzungsklausel.

Es liegt schon keine Pflichtverletzung des Beklagten vor. Zwar muss ein Notar die vertraglichen Vereinbarungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gesetz prüfen und ggf. die Parteien über bestehende Rechtsunsicherheiten und die daraus folgenden Gefahren belehren, ihnen bei mehreren Gestaltungsmöglichkeiten den zur Erreichung des erstrebten Ziels sichersten und gefahrlosesten Weg vorschlagen und diesen, soweit ihm die Gestaltung obliegt, wählen (vgl. *Palandt*, 73. Aufl., § 839 Rdnr. 156). Der Kläger hat in diesem Zusammenhang jedoch keine obergerichtlichen oder höchstrichterlichen Entscheidungen oder Beiträge aus der Fachliteratur aufgezeigt, woraus sich zum Zeitpunkt der Beurkundung am 1.10.2007 bereits Zweifel des Beklagten an der Vereinbarkeit der Vereinbarung einer solchen Fortsetzungsklausel mit § 308 Nr. 1 BGB ergeben konnten. Das von dem Kläger angeführte Urteil des OLG Celle stammt vom 5.10.2012. Das Urteil des BGH ist vom 7.6.2013 (BGH, NJW 2013, 3434).

Darüber hinaus würde es auch bei der Annahme einer Pflichtverletzung an einem schlüssigen Vortrag eines adäquat kausal eingetretenen Schadens fehlen. Dies liegt daran, dass die R. GbR unstreitig das Vertragsangebot des Klägers noch innerhalb der Bindungsfrist am 30.10.2007 angenommen hat. Die Fortsetzungsklausel ist somit vorliegend nicht zum Tragen gekommen. Hier kommen die vom BGH in dem Urteil vom 11.6.2010 bezüglich der Bindungsfrist angestellten Erwägungen zum Schutzzweck des § 308 Nr. 1 BGB zur Anwendung. Nach dem Schutzzweck des § 308 Nr. 1 BGB werden nur solche Schäden erfasst, die gerade und lediglich durch die überlange Bindung des Vertragspartners verursacht worden sind. Vorliegend werden solche Schäden nicht vorgebracht, da die Annahme des Vertrags innerhalb der Bindungsfrist erfolgte.

Auch darüber hinaus ist der Vortrag des Klägers zur Schadensursächlichkeit un schlüssig. Die vom Kläger geltend gemachte Vermutung beratungsgerechten Verhaltens kommt nicht zur Anwendung. Voraussetzung für deren Anwendung wäre, dass der Kläger bei einem Hinweis des Beklagten auf die mögliche Rechtswidrigkeit bzw. Unwirksamkeit der Fortsetzungsklausel das notarielle Angebot typischerweise nicht abgegeben hätte und es dadurch letztlich auch nicht zum Abschluss des Vertrags mit der R. GbR gekommen wäre. Vorliegend kommen jedoch auch andere Handlungsalternativen in Betracht. So hätte der Kläger etwa das Angebot unter Streichung der Fortsetzungsklausel abgeben können. Die Angaben des Klägers in seiner Anhörung zu seinem Verhalten bei einer gedachten Belehrung in der mündlichen Verhandlung vom 23.7.2014 überzeugen die Kammer nicht. Bei einer entsprechenden Belehrung hätte der Kläger sich auch bei unveränderter Abgabe des Angebots ohne Weiteres auf die Fortsetzungsklausel einstellen können oder diese eben streichen lassen. Die Kammer hält es daher für unwahrscheinlich, dass der Kläger bei einer Belehrung durch den Beklagten hinsichtlich einer möglichen Unwirksamkeit der Fortsetzungsklausel das notarielle Angebot nicht abgegeben hätte.

IV.

Im Hinblick auf obige Erwägungen zu I. bis III. kommt es auf die Frage der Subsidiarität der Notarhaftung nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO nicht mehr an. Auch hieran würden jedoch die Ansprüche des Klägers scheitern. Eine vorsätzliche Pflichtverletzung des Beklagten ist nach Durchführung der Beweisaufnahme unter keinem Gesichtspunkt ersichtlich. Es fehlt nach der Auffassung der Kammer schon an einer Pflichtverletzung des Beklagten. Aufgrund der zum Zeitpunkt der Beurkundung noch nicht geklärten Rechtslage zu § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG a. F. sowie zur Vereinbarkeit von längeren Bindungsfristen und Fortsetzungsklauseln mit § 308 Nr. 1 BGB scheidet eine vorsätzliche Pflichtverletzung des Beklagten umso mehr aus.

Solange und soweit eine erfolgsversprechende anderweitige Ersatzmöglichkeit für den Kläger ernsthaft in Betracht kommt, greift die Subsidiarität der Notarhaftung ein. Den Kläger trifft hier die Darlegungs- und Beweislast, dass und weshalb die Inanspruchnahme eines Dritten keine Aussicht auf Erfolg hat.

Maßgeblich für das Eingreifen der Subsidiarität ist nicht, ob die in Betracht kommenden Pflichtverletzungen Dritter (etwa des Vertragspartners) und des Notars gleich gelagert sind. Vielmehr ist es typischerweise so, dass den Notar, der den Vertragsparteien neutral gegenüberstehen soll, andere Pflichten treffen als den Vertragspartner. Maßgeblich für das Eingreifen der Subsidiarität der Notarhaftung ist vielmehr, ob der Anspruch des Klägers auf denselben Schaden gerichtet ist.

Vorliegend hat der Kläger unstrittig beim LG Hannover in einem Prozess gegen die Rechtsnachfolgerin der R. GbR einen mit vorliegendem Verfahren inhaltsgleichen Antrag gestellt. Eine Darlegung, wieso diese Klage ggf. keine Aussicht auf Erfolg habe, ist nicht erfolgt.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch das Berufungsurteil des OLG München vom 5.2.2015, 1 U 3768/14, MittBayNot 2015, 339 (in diesem Heft).

18. BGB §§ 305, 308, 310; BNotO § 19 Abs. 1, § 14 Abs. 1 und 2; BeurkG § 4, 17 Abs. 2a Nr. 2 (*Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit einer Urkunde; Überlange Angebotsbindung und Fortsetzungsklauseln in Bauträger-AGB*)

Ein Notar haftet für einen Schaden infolge einer Amtspflichtverletzung nur dann, wenn ihm der Schaden bei wertender Betrachtung, insbesondere mit Rücksicht auf den Schutzzweck der verletzten Norm und Amtspflicht, haftungsrechtlich zuzurechnen ist. Eine Haftung scheidet aus, wenn bei einer insgesamt unangemessen langen Bindung an ein Angebot das Angebot noch innerhalb der zulässig festgelegten Bindungsfrist angenommen wird.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Urteil vom 5.2.2015, 1 U 3768/14

Der Kläger begehrt vom Beklagten, einem Notar, Rückabwicklung eines Wohnungskaufvertrages, gestützt auf den Vorwurf der Verletzung notarieller Pflichten.

Am 1.10.2007 beurkundete der Beklagte ein Angebot des Klägers gegenüber der Firma P. R. GbR als Verkäuferin zum Abschluss eines Kauf- und Werkvertrages über eine Eigentumswohnung im Objekt „E.-C.“ in M. zum Preis von 104.673 €. Den Notartermin hatte der Zeuge Z. vereinbart, ein – nach Vortrag des Klägers – Vermittler der Verkäuferseite bzw. deren Gesellschafterin.

Im Angebot vom 1.10.2007 wurde auf eine Verweiskunde Bezug genommen, die die wesentlichen Grundlagen für den beabsichtigten Vertrag einschließlich eines Musterkaufvertrages enthielt und auf Betreiben der Verkäuferin von einem Notar in M. (sog. Vollzugsnotar) beurkundet worden war. Ausweislich Seite 2 der Angebotsurkunde gibt der Käufer eine Erklärung ab, wonach er die Vertragsunterlagen vor mehr als zwei Wochen erhalten habe, die zweiwöchige Überlegungs- und Überprüfungsfrist entsprechend den beurkundungsrechtlichen Vorschriften also eingehalten sei. Der Beklagte hat für das Objekt „E.-C.“ etwa acht bis zehn Beurkundungen vorgenommen, in denen ein gleichartiger Angebotstext verwendet wurde.

§ 2 der Urkunde vom 1.10.2007 regelt, dass der Käufer bis 7.11.2007 an das Angebot gebunden ist. Weiter heißt es:

„Nach Ablauf der Frist erlischt nur die Bindung an den Antrag. Der Antrag selbst gilt solange weiter, bis der Käufer dieses gegenüber dem Vollzugsnotar widerruft. (...) Der Käufer ist darüber belehrt, dass er nach Ablauf der Frist den Antrag ausdrücklich widerrufen muss, sofern er nicht mehr an den Antrag gebunden sein will, und der Widerruf erst mit Zugang bei dem Vollzugsnotar wirksam wird.“

Am 30.10.2007 beurkundete der Vollzugsnotar die Annahme des Angebots des Klägers vom 1.10.2007 durch die Verkäuferin. Nach Kaufpreiszahlung wurde der Käufer als Eigentümer der gekauften Wohnung in das Grundbuch eingetragen. Er klagt gegen die Verkäuferin bzw. den Bauträger vor dem LG Hannover unter dem Aktenzeichen 16 O 164/12 auf Rückabwicklung des Kaufvertrages.

Im streitgegenständlichen Verfahren fordert der Kläger vom Beklagten Zahlung von 87.925,24 € (Kaufpreis abzüglich einer Rückvergütung von 16.747,76 €) Zug um Zug gegen Übergang der erworbenen Immobilie.

Erstinstanzlich hat der Kläger dem Beklagten vorgeworfen, pflichtwidrig nicht die Einhaltung der Zweiwochenfrist des § 17 BeurkG sichergestellt und den Kläger nicht auf die Unwirksamkeit der unangemessenen Bindungsfrist und der Fortsetzungsklausel hingewiesen zu haben. Bei pflichtgemäßem Handeln des Beklagten hätte der Kläger vom Erwerb der Immobilie Abstand genommen. Der Beklagte bestreitet jegliche Amtspflichtverletzung, darüber hinaus einen kausalen Schaden. Auch stehe der Klage die Subsidiarität der Notarhaftung entgegen.

Das LG, auf dessen tatsächliche Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 ZPO ergänzend Bezug genommen wird, hat mit Urteil vom 5.9.2014 die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das LG ausgeführt, der Kläger habe weder nachgewiesen, dass er den Urkundsentwurf nicht rechtzeitig vor dem Beurkundungstermin erhalten habe, noch dass der Beklagte sich nicht nach dem rechtzeitigen Erhalt des Entwurfs erkundigt habe. Die Bindungsfrist für das Angebot von 1.10.2007 bis

7.11.2002 (fünf Wochen zwei Tage) sei nicht zu beanstanden, da sie nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH nicht zu einer wesentlichen Überschreitung der gesetzlichen Bindungsfrist von vier Wochen führe. Auch im Hinblick auf die Fortgeltungsklausel habe der Kläger keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Beklagten. Es liege schon keine Pflichtverletzung des Notars vor, da nicht ersichtlich sei, dass ein Notar im Oktober 2007 Bedenken gegen die Klausel hätte äußern müssen. Darüber hinaus fehle es an einem schlüssigen Vortrag eines adäquat kausal eingetretenen Schadens. Da die Fortgeltungsklausel nicht zur Anwendung gekommen sei, seien die vom BGH in der Entscheidung vom 11.6.2010, Az. V ZR 85/09 dargelegten Erwägungen zum Schutzzweck von § 308 Nr. 1 BGB anwendbar. Es fehle damit an einem adäquat kausal verursachten Schaden.

Darüber hinaus überzeuge der Vortrag des Klägers nicht, wonach er bei gedachter Belehrung kein Angebot abgegeben hätte. Auf die Frage der Subsidiarität der Notarhaftung komme es nicht mehr an, aber auch daran würde die Klage scheitern.

Gegen das am 11.9.2014 zugestellte Urteil des LG wendet sich der Kläger mit seiner form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung vom 29.9.2014.

Er meint, zu Unrecht habe das LG eine Amtspflichtverletzung des Beklagten in Bezug auf die Beurkundung der als Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendeten Fortgeltungsklausel verneint. Die Regelung habe dem Grundgedanken des Gesetzes widersprochen, was der Beklagte bereits im Jahr 2007 hätte erkennen müssen. Dementsprechend hätte der Beklagte die Beurkundung ablehnen müssen. Unerheblich sei, dass die Klausel letztlich nicht zum Tragen gekommen sei, da dies der Beklagte zum Zeitpunkt der Beurkundung nicht habe wissen können. Die vom LG herangezogene Entscheidung des V. Senats des BGH enthalte keine Aussagen zur Haftung des Notars. Ebenfalls fehlerhaft habe das LG einen kausalen Schaden des Klägers verneint. Der Kläger habe keinen Zweifel daran gelassen, dass er die Immobilie bei entsprechender Belehrung nicht erworben hätte. Es gehe um eine hypothetische bzw. überholende Kausalität, also um eine Reserveursache, für deren Vorliegen der Schädiger darlegungs- und beweispflichtig sei. Auch könne der Kläger nicht auf die Verfolgung von Ersatzmöglichkeiten gegenüber der Verkäuferin verwiesen werden.

(...)

Der Beklagte stützt sich in der Berufung insbesondere darauf, dass er im Jahre 2007 keinen Anlass gehabt habe, die Wirksamkeit der damals gängigen und üblichen Fortgeltungsklausel zu hinterfragen. Erstmals sei vom OLG Celle im Jahr 2012 eine solche Klausel beanstandet worden, wobei der Sachverhalt nicht vergleichbar sei und zudem die Voraussetzungen der Notarhaftung verkannt worden seien. Zu Recht habe das LG außerdem den Zurechnungszusammenhang verneint und auf die Subsidiarität der Notarhaftung verwiesen.

Der Senat hat den Parteien am 30.1.2015 einen Hinweis erteilt, wonach er die Berufung für unbegründet erachtet.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. Das LG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Auf die zutreffenden Ausführungen des LG, die der Senat in den wesentlichen Punkten teilt, kann Bezug genommen werden.

Ergänzend ist festzuhalten:

Der Kläger, der in erster Instanz drei verschiedene Amtspflichtverletzungen geltend gemacht hat, verfolgt in 2. Instanz nur noch den Vorwurf pflichtwidriger Beurkundung einer unzulässigen Fortgeltungsklausel weiter. Er wendet sich nicht gegen die überzeugend begründete Feststellung des LG, wonach der Kläger eine Pflichtverletzung des Beklagten bezogen auf § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG a. F. (Zweiwochenfrist) nicht nachweisen konnte. Auch stellt der Kläger vor dem Hintergrund der aktuellen Entscheidung des BGH vom 17.1.2014, Az. V ZR 5/12 nicht mehr in Frage, dass die Bindungsfrist von vier Wochen zwei Tagen für das Angebot nicht gegen § 308 Nr. 1 BGB verstoßen hat mit der – für die Beurteilung

des Falles wesentlichen – Folge, dass der Kaufvertrag über die fragliche Wohnung durch die notarielle Annahmeerklärung der Verkäuferin am 30.10.2007 rechtswirksam zustande kommen konnte und auch zustande gekommen ist. Der Vorwurf einer Pflichtverletzung in Bezug auf die Bindungsfrist scheidet damit von vornherein aus.

Aber auch aus der Beurkundung der Fortgeltungsklausel kann der Kläger Ansprüche gegen den Beklagten nicht herleiten. Die vom Kläger in der Berufung vorgebrachten Argumente sind aus nachfolgenden Gründen nicht geeignet, die Richtigkeit der landgerichtlichen Entscheidung in Frage zu stellen.

1. Amtspflichtverletzung

Ob dem Beklagten überhaupt zum Vorwurf gemacht werden kann, dass er eine Fortgeltungsklausel beurkundet hat, die als (unstreitig von der Verkäuferin) vorformulierte Bedingung gemäß § 308 Nr. 1 BGB unwirksam sein durfte, lässt der Senat offen. Tatsächlich hat der Kläger weder Rechtsprechung noch Literatur aufgezeigt, die einen pflichtbewussten und gewissenhaften durchschnittlichen Notar zum Zeitpunkt der Beurkundung im Jahr 2007 hätten veranlassen müssen, gegenüber dem Kläger Bedenken in Bezug auf die fragliche Klausel zu äußern. Die BGH-Entscheidungen, die sich mit überlangen Bindungen an Vertragsangebote in Bauträgerverträgen befassen, stammen aus späteren Jahren (vgl. auch Rechtsprechungsnachweis in dem vom Kläger vorgelegten Urteil des OLG Naumburg vom 29.10.2014, S. 13/14). Soweit sich der Kläger im Schriftsatz vom 29.1.2015 auf eine Warnung der Bundesnotarkammer vor systematisch aufgespaltenen Angebots- und Annahmeerklärungen aus dem Jahr 2007 stützt, ist nicht ersichtlich, dass sich hieraus für den Kläger günstige Schlussfolgerungen in Bezug auf die streitgegenständliche Fortgeltungsklausel ziehen lassen könnten. Anhaltspunkte dafür, dass Fortgeltungsklauseln bereits damals in Fachkreisen als rechtlich unzulässig oder bedenklich galten, ergeben sich daraus nicht. Rechtsprechung oder Fachliteratur dahingehend, dass ein Notar im Jahr 2007 die Beurkundung getrennter Angebots- und Annahmeerklärungen bei vorformulierten Bauträgerverträgen grundsätzlich hätte ablehnen oder auf konkrete rechtliche Bedenken hätte hinweisen müssen, behauptet der Kläger selbst nicht.

Das Urteil des OLG Celle, auf das sich der Kläger stützt, erging erst am 5.10.2012, und hatte überdies eine andere Pflichtverletzung eines Notars zum Gegenstand, nämlich die Beurkundung einer Annahmeerklärung auf ein nicht mehr wirksames Angebot nach Ablauf der zulässigen Bindungsfrist. Selbst wenn man sich jedoch die Erwägungen des OLG Celle auf S. 19/20 des Urteils zu eigen machen würde, wonach ein Notar im Jahr 2007 Zweifel hätte haben müssen, dass die vereinbarte Fortgeltungsklausel einer Inhaltskontrolle standhalten würde und er deswegen bei der Beurkundung auf rechtliche Bedenken hätte hinweisen müssen, scheitert die Klage daran, dass ein Schaden, der in den Schutzbereich der verletzten Amtspflicht fällt, nicht geltend gemacht wird (siehe nachfolgend, Ziffer 2).

2. Mangelnde haftungsrechtliche Zurechnung – Schutzbereich der Amtspflicht

Wie allgemein im Schadensersatzrecht kann der Anspruchsteller auch im Bereich der Notarhaftung nur für solche Schadensfolgen Ersatz verlangen, die innerhalb des Schutzbereiches der verletzten Norm liegen. Es muss sich um Folgen handeln, die in den Bereich der Gefahren fallen, um deren Vermeidung die Rechtsnorm erlassen wurde. Zwischen der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage und dem Schaden muss also ein innerer Zusammenhang bestehen; eine

bloß zufällige äußere Verbindung genügt nicht (vgl. statt vieler BGH, Urteil vom 10.7.2008, Az. III ZR 255/07; *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl., S. 616 ff.). Ein Notar haftet für einen Schaden infolge einer Amtspflichtverletzung somit nur dann, wenn ihm der Schaden bei wertender Betrachtung, insbesondere mit Rücksicht auf den Schutzzweck der verletzten Norm und Amtspflicht, haftungsrechtlich zuzurechnen ist.

Durch die Figur des Schutzzwecks der Norm begrenzt die Rechtsprechung die Haftung auf diejenigen Schäden, deren Abwehr bzw. Verhütung die Norm bzw. Amtspflicht bezweckt. Ob nachteilige Folgen in den Schutzzweck einer Norm fallen oder nicht, ist objektiv anhand des Zwecks und der Tragweite der verletzten Norm zu beurteilen.

Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang argumentiert, der Beklagte wende eine Reserveursache bzw. der hypothetischen/überholenden Kausalität ein, wofür er die Beweislast trage, vermengt der Kläger unterschiedliche Aspekte haftungsrechtlicher Zurechnung. Bei der Rechtsfigur der Reserveursache bzw. der hypothetischen/überholenden Kausalität ist ebenso wie beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens die Pflichtverletzung und die Ursächlichkeit eines Schadens (im Sinne der „conditio sine qua non“ Betrachtung) regelmäßig gegeben. Der Schuldner hält dem Anspruch jedoch entgegen, dass der Schaden ohnehin später durch einen anderen Umstand eingetreten wäre (Reserveursache) oder dass der Vermögensnachteil rechtmäßig herbeigeführt hätte werden können, indem der Schuldner eine von der verletzten Pflicht verschiedene andere selbständige Pflicht erfüllt hätte (vgl. BGH, Urteil vom 17.10.2002, IX ZR 3/01; *Ganter/Hertel/Wöstmann*, a. a. O., S. 627 und 628 ff.). Hiervon zu unterscheiden ist die haftungsbegründende Kausalität zwischen Amtspflichtverletzung und einem Schaden (vgl. hierzu unter Ziffer 3), aber auch die Problematik, ob die verletzte Amtspflicht den Geschädigten auch und gerade vor dem geltend gemachten Schaden bewahren soll. Vorliegend scheidet die Klage nicht an einer Reserveursache oder an hypothetischer Kausalität, sondern daran, dass der Schaden nicht vom Schutzzweck der verletzten Amtspflicht umfasst wird.

Entscheidungserheblich ist insoweit, dass sich die geltend gemachte Amtspflichtverletzung auf eine Vertragsklausel bezieht, die in keiner Weise relevant geworden ist. Unstreitig kam der Vertrag zwischen dem Kläger und der Verkäuferin rechtswirksam zustande, dass die Verkäuferin innerhalb der zulässig festgelegten Bindungsfrist von fünf Wochen zwei Tagen das noch wirksame Angebot des Klägers angenommen hat. Es realisierte sich weder die Problematik einer unangemessen langen Bindung an das Angebot, noch verwirklichte sich die Gefahr eines (unerkannten) Scheiterns des Vertragsschlusses infolge des Erlöschens des Angebots vor der Annahme. Sinn und Zweck der Belehrungspflicht eines Notars im Falle der Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln ist es, den Vertragspartner vor den nachteiligen Folgen gerade dieser Klauseln zu bewahren, nicht dagegen grundlegende Bedenken gegen die Seriosität des Vertragspartners, die Finanzierbarkeit oder die Rentabilität des beabsichtigten Geschäftes zu wecken. Hat eine Klausel, wie vorliegend, im weiteren Verlauf keinerlei praktische Bedeutung, fehlt es an einem damit in Zusammenhang stehenden Schaden, unabhängig davon, ob dies bei Vertragsschluss absehbar war oder nicht. Der Schutzzweck seiner Amtspflicht geht insoweit nicht weiter als diejenige des Vertragspartners selbst. Zu Recht hat das LG deshalb gestützt auf die Entscheidung des BGH vom 11.6.2010, V ZR 85/09, Rdnr. 23 ff. festgestellt, dass der vom Kläger geltend gemachte Schaden, der auf Rückabwicklung eines rückblickend als unrentabel erkannten

Kaufvertrages abzielt, nicht vom Schutzzweck der verletzten Norm erfasst ist.

Auch durch den Hinweis auf andere Entscheidungen vermag der Kläger die Richtigkeit der Überlegungen des LG nicht in Frage zu stellen. Sämtliche Entscheidungen, auf die sich der Kläger stützt, betreffen Fälle, in denen entweder ein Verstoß gegen § 17 BeurkG bejaht wurde (so zum Beispiel das LG Berlin, Urteil vom 12.6.2014, Az. 84 I 44/13; BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12) oder ein Vertrag wegen des Erlöschens der Bindungswirkung des Angebots gar nicht zustande gekommen ist (OLG Celle, Urteil vom 5.10.2012, Az. 3 U 42/12). Beide Vorwürfe sind nicht Gegenstand der Berufung.

3. Behauptetes Abstandnehmen vom Kauf der Immobilie

Abgesehen davon wendet sich der Kläger auch erfolglos gegen die auf seiner persönlichen Anhörung beruhenden Feststellung des LG, wonach es unwahrscheinlich ist, dass der Kläger kein notarielles Angebot hätte, wenn er vom Beklagten über eine mögliche Unwirksamkeit der Fortgeltungsklausel belehrt worden wäre.

Die Voraussetzungen für eine Ablehnung der Beurkundung hat der Kläger von vornherein nicht schlüssig dargetan, insbesondere war der Beklagte zweifelsfrei nicht der Überzeugung, dass das Angebot (oder einzelne Klauseln) unwirksam war (vgl. *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl., Rdnr. 188 ff.). Damit stellt sich allenfalls die Frage einer Belehrungspflicht dahingehend, dass die Fortgeltungsklausel gegen § 308 BGB verstoßen könnte. In Übereinstimmung mit dem LG hat der Senat erhebliche Zweifel, dass der Kläger, der sich trotz fehlender Eigenkapitaldecke und geringem verfügbarem Einkommen ersichtlich im blinden Vertrauen auf den Vermittler, den Zeugen Z., zum Kauf einer ihm nicht bekannten Immobilie in M. entschlossen hat, nach einem entsprechenden belehrenden Hinweis über die Fortgeltungsklausel vom Kauf Abstand genommen hätte. Die Fortgeltungsklausel ist eine isolierte Regelung, die nur dann bedeutsam wird, wenn die Angebotsannahme nicht schon während der laufenden Bindungsfrist erklärt wird. Es erscheint durchaus nicht fernliegend, dass für den Kläger, der damals glaubte, die Chance auf den Erwerb einer begehrten, vermeintlich sehr rentablen Immobilie wahrzunehmen, Bedenken gegen die Fortgeltungsklausel völlig unerheblich gewesen wären. In Betracht kommt aber auch, dass ein Angebot ohne Fortgeltungsklausel beurkundet und von der Verkäuferin angenommen worden wäre, nachdem sich diese noch vor Ablauf der Bindungsfrist zur Angebotsannahme entschlossen hat.

Auch die vom Kläger zitierten Entscheidungen führen nicht weiter. Weder greift zugunsten des Klägers ein Anscheinsbeweis, da es naheliegende Handlungsalternativen gibt, die zum Erwerb der Immobilie geführt hätten, noch kann sich der Kläger auf die Rechtsprechung des BGH zur Rechts- und Steuerberaterhaftung stützen. Ebenso wenig enthält die Entscheidung des BGH vom 15.5.2014, Az. IX ZR 267/12 für den Kläger günstige Erwägungen. Der Schutzzweck der in Rede stehenden spezifischen Amtspflicht (Belehrung über die mögliche Unwirksamkeit einer Klausel, dass das Angebot erst mit Widerruf und nicht mit Ablauf der Bindungsfrist erlischt) ist gerade nicht vergleichbar mit dem Schutzzweck grundlegender Beratungs- und Aufklärungspflichten eines Anlageberaters gegenüber einem Anleger.

Es fehlt damit auch an der notwendigen Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden.

(...)

Kostenrecht

19. KostO § 14 Abs. 6 Satz 1, 2 und 4, § 31 Abs. 1 und 3 Satz 1, 3 und 5; RPflG § 11 Abs. 2 (Zur Wertbestimmung für eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zur Absicherung eines Rechts auf Herstellung, Betrieb und Unterhaltung einer Photovoltaikanlage)

1. Zum Beschwerdewert bei Geschäftswertfestsetzung für verschiedene Kostenansätze.
2. Der Rechtspfleger ist für die Festsetzung des Geschäftswerts ausgeschlossen, wenn er zuvor als Kostenbeamter den für die Kostenrechnung maßgeblichen Kostenansatz erstellt hat (wie BayObLGZ 1974, 329).

OLG München, Beschluss vom 28.11.2014, 34 Wx 217/14 Kost

Die Beteiligten zu 1 und 2 erwarben zu gleichen Teilen (je 1/2) mit Eintragung gemäß Auflassung vom 17.2.2012 Grundeigentum zu 2005 m² (Gebäude- und Freifläche). Das Grundbuch enthält in Abt. II einen Vermerk über die Durchführung einer städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme („...-Kaserne“). Verkäuferin war eine Gesellschaft für Stadtentwicklung und Immobilienbetreuung, die als Entwicklungsträgerin und Treuhänderin der Stadt A. mit der Zuführung von Grundflächen im Gelände einer ehemaligen Kaserne zur zivilen Nutzung beauftragt war. Die Eigentumsumschreibung fand am 19.3.2012 statt; zugleich wurde die am 15.10.2010 eingetragene Eigentumsvermerkung gelöscht. Die kaufvertragliche Vereinbarung vom 7.10.2010 weist einen Quadratmeterpreis von 115 € aus. Der Ansatz vom 19.3.2012, mit dem der Beteiligte zu 1 unter Hinweis auf die Mithaftung der Beteiligten zu 2 als Kostenschuldner herangezogen wird, bewertet das Geschäft mit 230.662,50 €, woraus sich für die Eigentumsumschreibung (§ 60 KostO) eine Gebühr von 417 €, für die Katasterfortschreibung eine Gebühr von 125,10 € (Art. 1 Kat-FortGebG) und für die Löschung der eingetragenen Vormerkung (§§ 67, 68 KostO) eine solche von 104,25 € errechnet.

Eine weitere Kostenrechnung vom 4.10.2012 betrifft unter anderem die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (Erstellungs-, Betriebs- und Nutzungsrecht hinsichtlich einer Photovoltaikanlage) auf dem Dach der auf dem Grundstück errichteten und (teilweise) veräußerten Halle (Abt. II/2) sowie die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer entsprechenden Dienstbarkeit zugunsten einer Sparkasse (Abt. II/3), schließlich diesbezügliche Rangänderungen zulasten einer Grundschuld. Als Werte wurden für die Dienstbarkeit 3.000 € und für die Vormerkung 1.500 € angesetzt, so dass sich für die Eintragung der Dienstbarkeit 26 € (§ 62 KostO) und der Vormerkung 10 € (§ 66 KostO) ergeben. Die Rangänderungen wurden unter Verweis auf § 64 KostO für die Dienstbarkeit mit 13 € (0,5-Gebühr) und für die Vormerkung mit 10 € (0,25-Gebühr) berechnet.

Am 12.12.2013 beantragte der örtliche Bezirksrevisor – Beteiligter zu 3 – für die Staatskasse die Einleitung eines Wertermittlungsverfahrens. Es sei nicht zutreffend, im Ansatz vom 19.3.2012 nur den Kaufpreis zu berücksichtigen; hinzuzurechnen seien vielmehr sämtliche von den Käufern übernommenen oder ihnen sonst infolge der Übernahme obliegenden Leistungen, wozu gehörten:

1. Kosten für die erstmalige Herstellung der Ver- und Entsorgungseinrichtungen (Strom, Wasser, Fernwärme, Medien etc. gemäß Kaufvertrag – KV – Ziffer III. 1. d.: 2005 m² x 17,50 € = 35.087,50 €);
2. Wiederkaufsrecht des Verkäufers gemäß Ziffer VIII. KV zur Absicherung der Bauverpflichtung entsprechend den Zielen und Zwecken der städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme nach Maßgabe des geltenden Bebauungsplans (Ziffer VII. KV) bzw. bei Weiterveräußerung ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Verkäufers, für deren Bewertung 10–30 % der voraussichtlichen Herstellungskosten anzusetzen seien; diese müssten nachermittelt werden. Sollte eine Rückfrage erfolglos bleiben, böten sich im Hinblick auf die Eintragung einer Grundschuld im Nennbetrag von 530.000 € und den Weiterverkauf einer Teilfläche von 626 m² aus dem erworbenen Grundstück weitere Gesichtspunkte für eine Bewertung.

Für das Photovoltaikanlagenrecht und die Vormerkung hierzu sei der Wert erfahrungsgemäß wohl um einiges höher als der Ansatz. Inso-

weit müsse nachermittelt werden (kWp-Nennleistung; Verhältnis der Dachfläche auf dem veräußerten Grundbesitz zur restlichen Dachfläche).

Das Grundbuchamt leitete daraufhin mit Verfügung vom 19.12.2013, den beiden Kostenschuldnern förmlich übermittelt am 20.12.2013, ein Wertermittlungsverfahren ein. Eine Stellungnahme seitens der Kostenschuldner ging nicht ein.

Mit Beschluss vom 17.4.2014 hat das Grundbuchamt, ohne die Stellungnahme des Bezirksrevisors vom selben Tag abzuwarten, den Geschäftswert für die Eigentumsumschreibung, die Katasterfortführungsgebühr und die Löschung der Eigentumsvermerkung auf 230.662,50 € entsprechend dem ursprünglichen Kostenansatz festgesetzt. Ebenso festgehalten hat es an der Bewertung des Photovoltaikanlagenrechts (3.000 €) und der diesbezüglichen Vormerkung (1.500 €); (nur) insoweit wurde die Bewertung vom selben Beamten – nun als Rechtspfleger – vorgenommen, der zuvor mit Ansatz vom 4.10.2012 die Kosten berechnet hatte. Den Gründen der Entscheidung ist zu entnehmen, dass sich das Grundbuchamt – Rechtspfleger – jedenfalls nach § 31 Abs. 1 Satz 1 KostO von Amts wegen in der Lage sah („oder es sonst angemessen erscheint“), ein förmliches Verfahren durchzuführen und den Wert verbindlich festzusetzen. Im Übrigen enthält der Beschluss Ausführungen zum Verfahrensgang, nichts jedoch zur Festsetzung selbst.

Gegen den Beschluss richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 3 mit dem Antrag, den Beschluss über die Geschäftswertfestsetzung aufzuheben. In erster Linie wird geltend gemacht, dass der beschließende Rechtspfleger nach § 6 Abs. 1 Satz 2 FamFG von der Beschlussfassung ausgeschlossen sei, weil er beim vorausgegangenen Verwaltungsverfahren mitgewirkt habe. Zu einem Sachantrag sehe sich der Beschwerdeführer im Übrigen derzeit nicht in der Lage, weil die begehrten Wertermittlungen nicht durchgeführt worden seien.

Das Grundbuchamt hat mit Verfügung vom 15.5.2014 nicht abgeholfen. Ein Ausschlussgrund für den beschließenden Rechtspfleger bestehe nicht. In der Sache wird der Standpunkt vertreten, vorauslagte Erschließungskosten seien nach der Rechtsprechung des BayObLG allenfalls mit 20 % anzusetzen und hier praktisch irrelevant. Eine Erhöhung des Geschäftswerts über den vereinbarten Kaufpreis hinaus durch eine angeblich vereinbarte Bauverpflichtung könne nicht mit der notwendigen Bestimmtheit festgestellt werden. Pauschalierungen seien problematisch. Eine wirtschaftliche Bedeutung hier für die Verkäuferseite sei nicht erkennbar. In ähnlichen Fällen sei früher vom damaligen Bezirksrevisor keine Werterhöhung unterstellt worden, der Ansatz, Bausummen mit dem Wert der Bauverpflichtung gleichzusetzen, im Übrigen irrig.

Die Photovoltaikanlage befinde sich im Eigentum eines Dritten. Es sei unwahrscheinlich, dass die Grundstückseigentümer noch sachdienliche Angaben über etwaige Vergütungen machen könnten. Unter Berücksichtigung der Beweismittelbeschränkung (§ 19 Abs. 2 Satz 2 KostO) müsse es beim Ansatz des Regelgeschäftswerts verbleiben.

Der zuständige Einzelrichter hat das Verfahren mit Beschluss vom 14.7.2014 dem Senat (§ 81 GBO; § 122 Abs. 1 GVG) zur Entscheidung übertragen.

Aus den Gründen:

II.

Als Geschäftswertbeschwerde ist das Rechtsmittel für die Werte bezüglich beider Kostenansätze vom 19.3.2012 und vom 4.10.2012 zulässig.

1. Nach Art. 50 des 2. KostRModG ist das GNotKG am 1.8.2013 in Kraft getreten. Indessen sind Kostenansatz einschließlich der Nachforderung Teile des Ausgangsverfahrens, wegen dessen es zur Kostenerhebung kommt (*Pfeiffer* in *Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, GNotKG § 136 Rdnr. 3); es gilt dann die Kostenordnung fort (§ 136 Abs. 1 Nr. 1 GNotKG). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, weil die verfahrenseinleitenden Anträge jeweils vor dem 1.8.2013 beim Grundbuchamt eingegangen sind.

Demnach richtet sich die Beschwerde gegen den Geschäftswertfestsetzungsbeschluss vom 17.4.2014 noch nach § 31 Abs. 3 KostO. Form und Frist sind gewahrt.

Für den erforderlichen Beschwerdewert von mehr als 200 € (vgl. 31 Abs. 3 Satz 1, 3 und 5, § 14 Abs. 6 Satz 1, 2 und 4 KostO) ist auf das Abänderungsinteresse des Beschwerdeführers abzustellen (vgl. BayObLG, Rpfleger 2000, 471). Dieses beziffert der Bezirksrevisor zwar nicht. Hinsichtlich der Wertfestsetzungen, die sich auf den Kostenansatz vom 19.3.2012 beziehen, ist der Beschwerdewert von mehr als 200 € ersichtlich überschritten. Das folgt aus einem Vergleich des Ansatzes zu insgesamt 655,35 € (417 € zuzüglich 104,25 € zuzüglich 125,10 €) mit den voraussichtlichen Beträgen, die der Beteiligte zu 3 für zutreffend hält. Insoweit wäre für den Grundstückswert neben den Kosten für die technische Erschließung (2005 m² x 17,50 € = 35.087,50 €) auch das Wiederkaufsrecht als übernommene Käuferleistung zu bewerten, dessen Wert allerdings noch unbestimmt ist. Zieht man die am 19.3.2012 eingetragene Grundschuld von 530.000 € als Anhaltspunkt für die Herstellungskosten heran und hat dabei auch den Wert aus der Weiterveräußerung an die Eheleute R. vom 13.1.2012 im Auge (der sich hochgerechnet auf das bebaute Gesamtgrundstück auf knapp 1 Mio. € beläuft), liegt das Abänderungsinteresse über der Wertgrenze des § 31 Abs. 3 Satz 1 KostO. Es würde die Begründetheitsprüfung vorwegnehmen, in diesem Stadium bereits auf den voraussichtlich festzusetzenden statt auf einen nach den bisherigen Anhaltspunkten aus der Sicht des Beschwerdeführers möglichen, durchaus noch höheren Wert abzustellen.

3. Erfolgt – wie hier – die Wertfestsetzung für mehrere Kostenrechnungen in einem Beschluss, genügt es nicht, auf die Gesamtabänderung abzustellen. Vielmehr muss für jede der Kostenrechnungen der Beschwerdewert erreicht sein (KG, JurBüro 2003, 31; *Waldner in Rohs/Wedewer*, KostO, Stand November 2011, § 14 Rdnr. 26); die mehr oder minder zufällige Zusammenfassung in einem Festsetzungsbeschluss genügt nicht. Demnach ist grundsätzlich auch für die Ansätze in der Rechnung vom 4.10.2012 gesondert zu prüfen, ob der Beschwerdewert erreicht ist.

a) Die Rechtsprechung, auf die der Bezirksrevisor für die Bewertung des Photovoltaikanlagenrechts ersichtlich zurückgreifen will, stellt in derartigen Fällen auf den üblichen, mindestens den vereinbarten Pachtzins für die genutzten Dachflächen ab (OLG München – 32. Zivilsenat –, Entscheidung vom 8.1.2008, 32 Wx 192/07, ZNotP 2008, 174; OLG Oldenburg, Rpfleger 2011, 569). Als angemessenes Nutzungsentgelt pro kWp-Nennleistung veranschlagt der Beteiligte zu 3, bezogen auf ein Jahr, 20 €. Die gesamte Dachfläche beträgt maximal 950 m² (38 m x 25 m), wie sich dem der Kaufvertragsurkunde vom 13.1.2012 beigehefteten Plan unschwer entnehmen lässt. Zwar steht die genaue kWp-Nennleistung nicht fest; nach allgemein zugänglichen Unterlagen (http://de.w...org/wiki/Watt_Peak) ist jedoch eine Fläche von 6 bis 10 m² notwendig, um 1 kW unter Standard-Testbedingungen zu erzeugen. Wenn auch in der Realität der Wirkungsgrad regelmäßig niedriger sein dürfte, kann sich bei einer – wenn auch wohl nur theoretisch möglichen – Spitzenleistung von 1 kW auf 6 m² für die gesamte Dachfläche eine Leistung von 158 kW und nach den Berechnungsgrundsätzen gemäß § 24 KostO ein Maximalwert von 79.000 € (158 x 20 x 25) ergeben. Zu berücksichtigen ist weiter, dass auch die Rangänderung mit einer (0,5-)Gebühr nach § 64 Abs. 3 bis 5 KostO ins Gewicht fällt, die zwar grundsätzlich als Veränderung des zurücktretenden Rechts – der Grundschuld im Nennbetrag zu 530.000 € – zu behandeln ist (§ 64 Abs. 5 KostO), indessen aber nach § 23 Abs. 3 Satz 1 KostO der jeweils niedrigere Wert des vortretenden oder zurücktretenden Rechts gilt. Greift man – wie richtig – an dieser Stelle einer Begründetheitsprüfung nicht vorweg, so dürfte selbst im Fall einer

Aufteilung im Hinblick auf die dem Nachbargrundstück zuzurechnende Dachfläche (ca. $\frac{1}{3}$) bei neuer Bewertung noch eine mögliche, wenn auch keineswegs zwingende Differenz zu den bereits erhobenen Gebühren von mehr als 200 € bestehen.

b) Unabhängig hiervon sähe sich der Senat aber auch als befugt an, von Amts wegen nach § 31 Abs. 1 Satz 2 KostO die diesbezügliche Festsetzung zu ändern, insoweit auch aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen, nachdem wegen der Festsetzung im Übrigen (siehe zu 2.) eine zulässige Beschwerde in der Rechtsmittelinstanz schwebt (vgl. BayObLG, Entscheidung vom 23.5.2000, 1 Z BR 22/00, bei juris Rdnr. 22).

4. Nichts Abweichendes ergäbe sich, wenn man die gerichtliche Wertfestsetzung (§ 79 GNotKG) – anders als den Kostenansatz – als gesondertes Verfahren erachtete, für das dann wegen Einleitung nach dem 31.7.2013 die Vorschriften des GNotKG gelten würden. Die Zulässigkeit folgt insoweit aus den im Wesentlichen identischen Regelungen in § 83 Abs. 1 Satz 1 und 5 sowie § 79 Abs. 2 Nr. 2, § 81 Abs. 3 und 5 Satz 1, 2 und 4 GNotKG. Die Bewertung selbst richtet sich auch in diesem Fall nach bisherigem Recht (vgl. § 134 Abs. 1 GNotKG).

III.

Die Beschwerde erweist sich im Umfang des Antrags als begründet.

1. Das Verfahren des Rechtspflegers ist mangelhaft, weil im angegriffenen Beschluss selbst eine sachliche Prüfung der beanstandeten Festsetzung nicht stattfand und die (Nicht-) Abhilfeentscheidung sich zwar teilweise mit dem Wertansatz (Einbeziehung des Wiederkaufsrechts und der verauslagten Erschließungskosten) befasst, jedoch eine Wertermittlung zum einzubeziehenden Wiederkaufsrecht (siehe die in den Parallelsachen ergangenen Senatsbeschlüsse Az. 34 Wx 214/14 Kost u. a.) offensichtlich unterblieben ist. Den Kostenschuldnern ist Gelegenheit zu geben, sich zu den Herstellungskosten für die Halle zu äußern, andernfalls eine Schätzung nach Maßgabe der vom Bezirksrevisor aufgezeigten Anhaltspunkte in Betracht kommt. Ergänzend bezieht sich der Senat insoweit auf die Ausführungen des Beteiligten zu 3 vom 17.4.2014 sowie vom 2.5.2014 mit dem Hinweis, dass der Senat mit Verfügung vom 23.5.2014 die Beschwerdeschrift vom 2.5.2014 den Beteiligten zu 1 und 2 bereits mitgeteilt hat. Ob deren Schweigen hierauf Gelegenheit gibt, die maßgeblichen Werte zu schätzen (vgl. *Hartmann*, § 30 KostO Rdnr. 18), bedarf an dieser Stelle keiner Erörterung.

2. Soweit es um die den Ansatz vom 4.10.2012 betreffenden Werte geht, wurde zudem nicht berücksichtigt, dass der Rechtspfleger für die Festsetzung des Geschäftswerts ausgeschlossen ist, wenn er zuvor als Kostenbeamter den für die Kostenrechnung maßgeblichen Kostenansatz erstellt hat (vgl. § 10 RPFg, § 6 Abs. 1 FamFG, § 41 Nr. 6 ZPO; ausführlich BayObLGZ 1974, 329; *Waldner in Rohs/Wedewer*, KostO Stand November 2011 § 14 Rdnr. 16 § 31 Rdnr. 10; *Bassenge/Roth*, RPFg, 12. Aufl., § 4 Rdnr. 8; § 10 Rdnr. 2; andere Ansicht *Lappe in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 31 Rdnr. 25). Das BayObLG hat in der zitierten Entscheidung (a. a. O., S. 335) zutreffend darauf abgestellt, dass die Feststellung der Höhe des Geschäftswerts bei Wertgebühren untrennbarer Bestandteil des Kostenansatzes ist. Richtet sich die Erinnerung gegen den Kostenansatz ausschließlich – wie hier – gegen die Höhe des zugrunde gelegten Geschäftswerts, so wird darüber auch durch eine Wertfestsetzung nach § 31 Abs. 1 Satz 1 KostO mit der Folge entschieden, dass der Kostenansatz insoweit abgeändert und

der Kostenbeamte ohne weiteren Spielraum hieran gebunden ist. Der Senat hat an dieser vom BayObLG entwickelten Rechtsprechung festgehalten (siehe etwa Beschlüsse vom 15.2.2013, 34 Wx 426/12 sowie vom 16.4.2013, 34 Wx 464/12). Sie ist überzeugend, von ihr abzurücken besteht kein Anlass.

Der Wertfestsetzungsbeschluss ist deshalb insgesamt aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Entscheidung über die Beschwerde des Beteiligten zu 3 an das AG zurückzuverweisen (siehe BayObLGZ 1974, 329, 336, dort auch zum weiteren Verfahren). Sollte sich erneut eine Wertfestsetzung nach § 31 Abs. 1 KostO für die verbleibenden Ansätze als angemessen erweisen, so hätte der zur Vertretung des ausgeschlossenen Rechtspflegers zuständige Rechtspfleger tätig zu werden und die ergänzenden Feststellungen zum Photovoltaikanlagenrecht einschließlich der darauf bezogenen Vormerkung und der Rangänderungen (siehe auch Beschluss des Senats vom selben Tag zu 34 Wx 216/14 Kost) zu treffen.

(...)

Anmerkung:

Die noch zur KostO ergangene Entscheidung des OLG München betrifft Eintragungsgebühren des Grundbuchamts. Dennoch sind die dabei vom OLG München getroffenen Aussagen zur Wertbestimmung für eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zur Absicherung eines Rechts auf die Herstellung, den Betrieb und die Unterhaltung einer Photovoltaikanlage auch für Notarkosten von Interesse und Bedeutung.

Gegenstand der Nutzung war in dem entschiedenen Fall, wie bei Photovoltaikanlagen häufig, ein Teil der Dachfläche eines auf dem dienenden Grundstück befindlichen Gebäudes (hier: einer Halle). Für derartige Fälle bestätigt das OLG München die vorherrschende Auffassung, dass der Wert der Dienstbarkeit auf der Grundlage des üblichen, mindestens des vereinbarten Pachtzinses für die genutzte Dachfläche gemäß § 24 KostO zu bestimmen sei.¹ An diesen Bewertungsgrundsätzen hat sich durch das GNotKG nichts geändert.

Der Geschäftswert von Benutzungsrechten ist nach § 52 GNotKG nach wie vor durch Kapitalisierung des zu ermittelnden jährlichen Nutzungswertes zu bestimmen. In den Fällen, in denen kein Nutzungsentgelt vereinbart ist und Erkenntnisse zu üblichen Nutzungsentgelten fehlen, ist der zugrunde zu legende Jahresnutzungswert nach § 36 Abs. 1 GNotKG unter Berücksichtigung des Umfangs des Nutzungsrechts und sonstiger Umstände des Einzelfalles zu bestimmen.²

Beschränkt sich die Nutzung lediglich auf einen Gebäudeteil (zum Beispiel das Dach eines Wohnhauses oder einer Scheune), können nach der in der Literatur schon bisher vertretenen Auffassung der Umfang und die Nennleistung der Photovoltaikanlage (beispielsweise die übliche Nutzungsvergütung pro kWp, angenommen mit einem durchschnittlichen Nutzungsentgelt zwischen 10 € und 20 € pro kWp/Jahr) zur Wertermittlung herangezogen werden.³ Dies wird durch die Entscheidung des OLG München ebenfalls bestätigt.

Fehlen Angaben bzw. Anhaltspunkte zur Nennleistung der betreffenden Photovoltaikanlage, besteht gemäß den ergänzenden Ausführungen des OLG München eine weitere Bewertungsmöglichkeit darin, aus der vom Berechtigten tatsächlich genutzten Dachfläche in Verbindung mit allgemein zugänglichen Unterlagen (hier: Erläuterungen aus dem Online-Lexikon „Wikipedia“) Rückschlüsse auf den Leistungsumfang der Anlage zu ziehen. Nach den vom OLG München hierzu getroffenen Feststellungen ist, gestützt auf die vorgenannten Unterlagen, eine Dachfläche von 6 bis 10 m² nötig, um unter Standard-Testbedingungen 1 kW zu erzeugen. Jedoch dürfte, wie das OLG München weiter ausführt, der Wirkungsgrad der Anlage in der Realität regelmäßig den Spitzenwert von 1 kW auf 6 m² Dachfläche nicht erreichen.

Erfolgt die Bestimmung des jährlichen Nutzungswertes in Ermangelung sonstiger ausreichender Anhaltspunkte auf der Grundlage der vom Berechtigten genutzten Dachfläche und der üblichen Nutzungsvergütung pro kWp (1 kWp = Nennleistung von 1 kW unter Standard-Testbedingung⁴), wird daher empfohlen, sowohl für die Nutzungsvergütung wie auch für den Leistungsumfang der Anlage jeweils von einem durchschnittlichen Wert von ca. 15 € pro kWp/Jahr oder kW/Jahr auszugehen.

Notariatsrat *Franz Heitzer*,
Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

⁴ Quelle: http://de.wikipedia.org/wiki/Watt_Peak.

Öffentliches Recht

20. SGB II § 12 Abs. 1; SGB VIII §§ 34, 41 (*Zur Frage, wann es sich bei einer der Testamentsvollstreckung unterliegenden Erbschaft um verwertbares Vermögen handelt*)

1. **Bei der Beurteilung, ob es sich bei einer der Testamentsvollstreckung unterliegenden Erbschaft um verwertbares Vermögen handelt, ist die zeitliche Dimension, innerhalb der das Vermögen (voraussichtlich) verwertet werden kann, zu berücksichtigen. Kann der junge Volljährige das Vermögen nicht in angemessener Zeit verwerten, verfügt er nicht über bereite Mittel (vgl. BSG, Urteil vom 25.8.2011, B 8 SO 19/10).**
2. **Ein angemessener Zeitrahmen ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn bei einer Gesamtbezugsdauer von Leistungen nach §§ 41, 34 SGB VIII von ca. zwei Jahren zwischen deren Endzeitpunkt und dem Eintritt der voraussichtlichen Verfügungsmöglichkeit ca. fünf Jahre liegen.**

OVG Koblenz, Urteil vom 24.6.2014, 7 A 11246/13

¹ OLG München, Beschluss vom 8.1.2008, 32 Wx 192/07, MittBayNot 2008, 320 = ZNotP 2008, 174 m. Anm. *Tiedtke*; OLG Oldenburg, Beschluss vom 17.3.2011, 12 W 50/11, Rpfleger 2011, 569; *Korintenberg/Schwarz*, 19. Aufl. 2015, § 52 Rdnr. 57; Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rdnr. 1454 ff.

² *Tiedtke*, MittBayNot 2010, 444, 445; Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rdnr. 1455.

³ *Korintenberg/Schwarz*; *Tiedtke*, je a. a. O.; Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rdnr. 1455b, 1470, 1473.

Steuerrecht

21. EStG § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1; BGB § 158 Abs. 1, §§ 160, 161, 177 Abs. 1, § 184 Abs. 1 (*Privates Veräußerungsgeschäft – Verkauf unter aufschiebender Bedingung innerhalb der Veräußerungsfrist mit Eintritt der Bedingung nach Ablauf der Frist*)

1. **Eine Veräußerung im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG liegt vor, wenn die rechtsgeschäftlichen Erklärungen beider Vertragspartner innerhalb der Veräußerungsfrist bindend abgegeben worden sind.**
2. **Ein nach § 158 Abs. 1 BGB aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft ist für die Parteien bindend. Der außerhalb der Veräußerungsfrist liegende Zeitpunkt des Eintritts der aufschiebenden Bedingung ist insoweit für die Besteuerung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG unerheblich.**

BFH, Urteil vom 10.2.2015, IX R 23/13

Der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) erwarb mit Kaufvertrag vom 3.3.1998 von der X-GmbH ein Teilgrundstück – Betriebsanlage einer Eisenbahn – in A-Stadt. In § 3 des Kaufvertrages wurde als Stichtag für den Besitzübergang der 1.4.1998 vereinbart. In § 4 des Kaufvertrages verpflichtete sich der Käufer für den Fall, dass das Kaufgrundstück oder Teile davon innerhalb von zehn Jahren nach der Umschreibung im Grundbuch einer höherwertigen Planung zugeführt würden, dem Verkäufer die sich daraus ergebende Wertsteigerung zu erstatten.

Das in der Folgezeit neu vermessene Grundstück wird seit dem Jahr 1999 unter „B-Straße“ geführt. Der Kläger vermietete das Grundstück an die Y-GmbH.

Am 30.1.2008 schloss der Kläger mit der A-Stadt über das bebaute Grundstück einen notariell beurkundeten Kaufvertrag mit folgenden Regelungen (Auszüge):

„§ 3 Kaufpreis/Fälligkeit

Der Kaufpreis beträgt ... €/qm, mithin auf der Grundlage von ... qm 309.632 € (...).

Der Kaufpreis ist fällig eine Woche nach Vorlage einer Bankbürgschaft in Höhe des Kaufpreises. Diese Bankbürgschaft muss dem Käufer vorliegen. (...)

Der Notar wird angewiesen, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch erst dann zu beantragen, wenn ihm der Zahlungseingang des vollständigen Kaufpreises durch den Verkäufer mitgeteilt wird und die Entwidmung durch die Deutsche Bundesbahn vorliegt. (...)

§ 5 Besitzübergabe

Der Verkäufer hat dem Käufer den Vertragsgegenstand zu übergeben, und zwar am 24.7.2008. Mit diesem Zeitpunkt gehen dann, Besitz, Lasten und Nutzen sowie die Gefahr des zufälligen Unterganges auf den Käufer über. (...)

§ 7 Belehrung/Vollmacht

(...) Der Käufer wurde über die Risiken einer Kaufpreiszahlung bei schwebender Unwirksamkeit des Vertrages hingewiesen. Dennoch soll es bei der Kaufpreisfälligkeit, wie in § 3 dieses Vertrages vereinbart, verbleiben. (...)

§ 9

Dieser Vertrag wird nur dann wirksam (schwebend bedingt), wenn die Deutsche Bundesbahn bzw. die dafür zuständige Behörde/Amt die Entwidmung dieses Grundstücks erklärt hat.

Sollte die Entwidmung versagt werden, wird dieser Vertrag, soweit bereits abgewickelt (Kaufpreiszahlung), aufgehoben und rückabgewickelt. (...)

Unter dem 10.12.2008 erteilte das Eisenbahn-Bundesamt gegenüber der A-Stadt gemäß § 23 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes einen Freistellungsbescheid, mit dem das Grundstück „B-Straße“ als Bahnbetriebszwecken freigestellt wurde.

In dem Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr 2008 vom 3.1.2011 berücksichtigte der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA) aufgrund der Veräußerung des Grundstücks Einkünfte des Klägers aus privaten Veräußerungsgeschäften i. H. v. 124.776 € und setzte die Einkommensteuer auf 65.525 € fest. Das FA führte aus, für die Berechnung des Zehnjahreszeitraums in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG sei der Zeitpunkt maßgebend, in dem der obligatorische Vertrag abgeschlossen werde. Der Übergang von Nutzen und Lasten sei unerheblich. Der Einspruch blieb erfolglos.

Das FG gab der Klage mit seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte 2013, 1336 veröffentlichten Urteil statt. Die zehnjährige Veräußerungsfrist sei überschritten. Im Zeitpunkt der Unterzeichnung des notariellen Kaufvertrages am 30.1.2008 liege keine Veräußerung vor, da der Vertrag zu diesem Zeitpunkt nicht zivilrechtlich wirksam gewesen sei. Er sei erst mit der Erteilung der Freistellungsbescheinigung durch das Eisenbahn-Bundesamt am 10.12.2008 wirksam geworden, weil er unter der aufschiebenden Bedingung der Erteilung geschlossen worden sei.

Mit der Revision rügt das FA die Verletzung materiellen Rechts (§ 22 Nr. 2 i. V. m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG). Eine wirksame Veräußerung sei ab Unterzeichnung des notariellen Kaufvertrages am 30.1.2008 anzunehmen, da dies zu einem verbindlichen Vertrag für die Parteien geführt habe. Entscheidend sei, ob der Kläger selbst innerhalb der Frist die für die Veräußerung erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen abgegeben habe, und ob beide Vertragsbeteiligten am wirtschaftlichen Ergebnis des Rechtsgeschäfts festhalten wollen. Zudem wirke die erteilte Freistellung auf den Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses am 30.1.2008 zurück.

Das FA beantragt,

das angefochtene Urteil des FG aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Die Kaufvertragsparteien hätten sich im Zeitpunkt ihrer notariell beurkundeten Erklärungen am 30.1.2008 nicht gebunden, sondern ihre Erklärungen ausdrücklich aufschiebend bedingt abgegeben. In § 9 des Kaufvertrages sei klar formuliert worden: „Dieser Vertrag wird nur dann wirksam ...“.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision des FA ist begründet. Sie führt gemäß § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Abweisung der Klage. Entgegen der Auffassung des FG liegt ein privates Veräußerungsgeschäft (§ 22 Nr. 2 EStG i. V. m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) vor.

1. Private Veräußerungsgeschäfte (§ 22 Nr. 2 EStG) sind gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG u. a. Veräußerungsgeschäfte bei Grundstücken, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre beträgt.

a) Für die Berechnung des Zeitraums zwischen Anschaffung und Veräußerung sind nach ständiger Rechtsprechung des BFH grundsätzlich die Zeitpunkte maßgebend, in denen die obligatorischen Verträge abgeschlossen wurden (vgl. BFH, Urteile vom 15.12.1993, X R 49/91, BFHE 173, 144, BStBl II 1994, S. 687; vom 8.4.2003, IX R 1/01, BFH/NV 2003, 1171; vom 8.4.2014 IX R 18/13, BFHE 245, 323, BStBl II 2014, S. 826).

Entsprechend dem Normzweck, innerhalb der Veräußerungsfrist realisierte Werterhöhungen eines bestimmten Wirtschaftsgutes im Privatvermögen der Einkommensteuer zu unterwerfen (ständige Rechtsprechung, vgl. zum Beispiel BFH, Urteile vom 27.8.1997 X R 26/95, BFHE 184, 385, BStBl II 1998, S. 135; vom 2.5.2000, IX R 73/98, BFHE 192, 435, BStBl II 2000, S. 614), kann von einer Verwirklichung

des Grundstückswerts nur gesprochen werden, wenn die Vertragserklärungen beider Vertragspartner innerhalb der Veräußerungsfrist bindend abgegeben worden sind (BFH, Urteil vom 2.10.2001, IX R 45/99, BFHE 196, 567, BStBl II 2002, S. 10; BFH, Beschluss vom 18.9.2006, IX B 154/05, BFH/NV 2007, 31; *Tiedtke/Wälzholz*, Die Steuerberatung – Stbg – 2002, 209, 211). Zwar hat der BFH auch ein rechtlich bindendes Verkaufsangebot als Veräußerung im Sinne des § 23 EStG gewertet. Dies geschah indes in Fällen, in denen mit dem Angebot der Verkauf durch den Übergang von Besitz, Gefahr sowie Nutzungen und Lasten wirtschaftlich bereits vollzogen war (vgl. BFH, Urteile vom 23.9.1966, VI 147/65, BFHE 87, 140, BStBl III 1967, S. 73; vom 7.8.1970 VI R 166/67, BFHE 100, 93, BStBl II 1970, S. 806; vom 19.10.1971 VIII R 84/71, BFHE 104, 513, BStBl II 1972, S. 452). Ist aber – wie im Streitfall – bei Abgabe des Verkaufsangebots die Gefahr noch nicht übergegangen und hat der Verkäufer dem Käufer noch kein wirtschaftliches Eigentum verschafft, so müssen beide Vertragserklärungen innerhalb der Frist abgegeben werden. Der Vertragsabschluss muss innerhalb der Veräußerungsfrist für beide Parteien bindend sein. Dem entspricht der für das Steuerrecht im Vordergrund stehende Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit (Gesetz-mäßigkeit) der Besteuerung: Nur ein verwirklichter Tatbestand darf nach bestimmten Zeitabschnitten zugrunde gelegt werden (ständige Rechtsprechung, vgl. BFH, Beschluss vom 5.3.1981, IV R 150/76, BFHE 132, 563, BStBl II 1981, S. 435; BFH, Urteil in BFHE 196, 567, BStBl II 2002, S. 10).

b) Bei einem unbedingten und nicht genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäft ist eine solche Bindung regelmäßig mit dem Vertragsabschluss gegeben. Diese Voraussetzungen können aber auch bei einem Rechtsgeschäft vorliegen, dessen Rechtswirkungen von dem Eintritt einer Bedingung abhängen. Aus dem Wesen der Bedingung und dem Wortlaut des § 158 Abs. 1 BGB folgt, dass das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft tatbestandlich mit seiner Vornahme vollendet und voll gültig ist – die Parteien daher fortan bindet – und seine Wirksamkeit mit dem Bedingungsfall ipso iure eintritt, ohne dass die Willenseinigung der Parteien noch bis dahin Bestand haben müsste; nur die Rechtswirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts befinden sich bis zum Bedingungs-eintritt in der Schwebe (einhellige Auffassung; vgl. Urteil des BGH vom 21.9.1994, VIII ZR 257/93, BGHZ 127, 129; *Palandt/Ellenberger*, 73. Aufl., Einführung vor § 158 Rdnr. 8 und § 158 Rdnr. 2; *Erman/C. Armbrüster*, BGB, 14. Aufl., § 158 Rdnr. 3; *Armgarth* in *jurisPK-BGB*, 6. Aufl. 2012, § 158 BGB Rdnr. 45; *Leenen* in *Festschrift Canaris*, Band I, 699, 703). Die Parteien eines bedingten Rechtsgeschäfts können die Vertragsbeziehungen nicht mehr einseitig lösen, vielmehr sind sie im Hinblick auf den aufschiebend bedingten Rechtserwerb (Anwartschaftsrecht) zur gegenseitigen Treupflicht und zur Beachtung der Schutzvorschriften der §§ 160 f. BGB verpflichtet (vgl. BFH, Urteil vom 8.2.2000, II R 51/98, BFHE 191, 411, BStBl II 2000, S. 318).

2. Da das FG-Urteil diesen Grundsätzen nicht entspricht, ist es aufzuheben. Die Sache ist spruchreif. Die Klage ist abzuweisen.

a) Entgegen der Auffassung des FG war bei der Veräußerung des Grundstücks die zehnjährige Veräußerungsfrist nicht abgelaufen. Die Anschaffung erfolgte unstreitig am 3.3.1998. Die Veräußerung liegt in dem am 30.1.2008 abgeschlossenen Kaufvertrag. Da mit den beiderseitigen Willenserklärungen innerhalb der Haltefrist der Kaufvertragsschluss für die Vertragspartner zivilrechtlich bindend wurde und damit gemäß dem Normzweck des § 23 EStG die Voraussetzungen für eine Realisierung der Wertsteigerungen verbindlich eintraten, ist

es entgegen der Auffassung des Klägers unerheblich, dass der Zeitpunkt des Eintritts der aufschiebenden Bedingung außerhalb der Veräußerungsfrist lag (gl. A. im Erg. *Blümich/Glenk*, § 23 EStG Rdnr. 169; *Tiedtke/Wälzholz*, Stbg 2002, 209, 211; andere Ansicht *Musil* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, § 23 EStG Rdnr. 53 a. E.; *Kube* in *Kirchhof*, EStG, 13. Aufl., § 23 EStG Rdnr. 17). Dementsprechend wurde auch der Kaufpreis dem Kläger schon vor dem vereinbarten Rechtsübergang überwiesen.

b) Dieses Ergebnis steht im Einklang mit den im Urteil des BFH in BFHE 196, 567, BStBl II 2002, S. 10 dargelegten Rechtsgrundsätzen. Dort hat der BFH bei einem wegen vollmachtloser Vertretung auf der Erwerberseite schwebend unwirksamen – genehmigungsbedürftigen – Rechtsgeschäft (vgl. § 177 Abs. 1, § 184 Abs. 1 BGB) auf den Zeitpunkt der Genehmigung und nicht auf den Zeitpunkt der zivilrechtlich rückwirkenden Wirksamkeit des Vertragsabschlusses abgestellt. Anders als im Streitfall lagen dort aber keine bindenden Vertragserklärungen beider Vertragspartner innerhalb der Spekulationsfrist vor. Denn die erforderliche beidseitige schuldrechtliche Bindung ist bei einem Handeln des Vertreters ohne Vertretungsmacht gerade nicht gegeben, da der Vertretene die Genehmigung jederzeit ablehnen kann.

(...)

22. GrEStG § 1 Abs. 3, §§ 16, 18, 19; GmbHG § 33 (*Anteilsvereinigung bei Erwerb eines eigenen Anteils durch eine GmbH*)

Der einzige verbleibende Gesellschafter einer grundbesitzenden GmbH verwirklicht den Tatbestand einer Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG auch dann, wenn nicht er selbst, sondern die GmbH den Geschäftsanteil des anderen Gesellschafters kauft.

BFH, Urteil vom 20.1.2015, II R 8/13

Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) und ein weiterer Gesellschafter (O) gründeten im Jahr 2001 eine GmbH, deren Stammkapital von 50.000 € sie je zur Hälfte übernahmen. In den Jahresabschlüssen der GmbH seit 2003 wurde angegeben, dass die Geschäftsanteile voll eingezahlt seien. Die GmbH erwarb im Jahr 2004 Grundbesitz.

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 28.12.2005 trat O seinen GmbH-Geschäftsanteil unter Hinweis auf einen bereits zuvor mündlich abgeschlossenen Kaufvertrag an die GmbH ab. In dem Vertrag heißt es u. a., der Kaufpreis für den Geschäftsanteil von 50.000 € sei bereits bezahlt. Die Geschäftsanteile seien voll eingezahlt. Einen Hinweis auf den Grundbesitz der GmbH enthält der Vertrag nicht. Der beurkundende Notar übersandte die Vertragsurkunde mit Kurzbrief vom 29.12.2005 an den Beklagten und Revisionsbeklagten (Finanzamt –FA), ohne auf den Grundbesitz der GmbH hinzuweisen.

Das FA nahm an, durch die notarielle Urkunde vom 28.12.2005, von der die Grunderwerbsteuerstelle mehrere Monate später amtsintern eine Ablichtung erhalten hatte, sei der Tatbestand einer Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 des Grunderwerbsteuergesetzes in der in den Jahren 2005/2007 geltenden Fassung (GrEStG) verwirklicht worden, und setzte mit Bescheid vom 22.11.2007 unter Hinweis auf diese Vorschrift auf der Grundlage des gesondert festgestellten Grundstückswerts gegen den Kläger Grunderwerbsteuer i. H. v. 73.780 € fest.

Während des Einspruchsverfahrens schlossen der Kläger, seine Ehefrau, O und die GmbH am 14.12.2007 einen notariell beurkundeten Vertrag, durch den der Vertrag vom 28.12.2005 mit sofortiger Wirkung aufgehoben wurde. Ferner teilte O seinen Geschäftsanteil in zwei Geschäftsanteile mit Nominalwerten von 20.000 € und 5.000 €. Den Geschäftsanteil im Nominalwert von 20.000 € verkaufte O an die GmbH, den anderen Geschäftsanteil verkaufte er an die Ehefrau

des Klägers. Die vereinbarten Kaufpreise entsprachen jeweils dem Nominalwert der Anteile. O trat die Geschäftsanteile zugleich an die Käufer ab und erklärte, die Geschäftsanteile seien voll eingezahlt.

Zur Begründung des Einspruchs verwies der Kläger auf den Vertrag vom 14.12.2007 und führte weiter aus, die Grunderwerbsteuer sei schon deshalb nicht festzusetzen, weil beim Abschluss des Vertrags vom 28.12.2005 das Stammkapital der GmbH nicht vollständig eingezahlt gewesen sei und somit ein Verstoß gegen § 33 Abs. 1 GmbHG vorgelegen habe. Zudem seien die in § 33 Abs. 2 Satz 1 GmbHG bestimmten Voraussetzungen für den Erwerb eigener Anteile durch die GmbH nicht erfüllt gewesen. Der Einspruch blieb erfolglos.

Das FG wies die Klage nach mündlicher Verhandlung, in der der Kläger durch einen Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigten vertreten war, mit der Begründung ab, der angefochtene Grunderwerbsteuerbescheid sei rechtmäßig. Der Tatbestand der Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG sei durch den Vertrag vom 28.12.2005 erfüllt worden. Der Kläger habe nicht zur Überzeugung des Gerichts dargelegt bzw. bewiesen, dass der in dem Vertrag vereinbarte Anteilsübergang gegen § 33 Abs. 1 GmbHG verstoßen habe. Die Behauptung des Klägers, das Stammkapital sei nicht vollständig eingezahlt gewesen, widerspreche früheren, teils notariell beurkundeten Festlegungen des Klägers. Die vom Kläger vorgelegten Einzahlungsbelege, die nur einen Teil der Summe des Stammkapitals der GmbH umfassten, schlossen es nicht aus, dass weitere Einzahlungen auf das Stammkapital stattgefunden hätten. Genauso ins Leere gingen seine Ausführungen bezüglich der angeblich fehlenden Finanzierungsmittel für den Ankauf des Geschäftsanteils des O durch die GmbH. Die Grunderwerbsteuerfestsetzung sei auch nicht gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG aufzuheben. Der Aufhebung stehe § 16 Abs. 5 GrEStG entgegen, da der Erwerbsvorgang vom 28.12.2005 dem FA nicht ordnungsgemäß angezeigt worden sei.

Mit der Revision rügt der Kläger, das FG habe gegen seine Amtsermittlungspflicht gemäß § 76 Abs. 1 FGO verstoßen, da es seinem unter Beweisantritt erfolgten Vorbringen nicht nachgegangen sei. Zudem sei die Vorentscheidung weder mit § 19 Abs. 1 und 2 und § 33 Abs. 1 und 2 GmbHG noch mit §§ 16, 18 und 19 GrEStG vereinbar. Die Grunderwerbsteuer sei wegen Unwirksamkeit des mit Vertrag vom 28.12.2005 vereinbarten Erwerbs des Geschäftsanteils des O durch die GmbH nicht entstanden. Zumindest müsse die Steuerfestsetzung nach § 16 GrEStG aufgehoben werden. Davon abgesehen müsse hinsichtlich der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer beachtet werden, dass der Kaufpreis für den Geschäftsanteil des O laut Vertrag vom 28.12.2005 50.000 € betragen habe, während O für den Geschäftsanteil im Vertrag vom 14.12.2007 nur noch einen Kaufpreis von insgesamt 25.000 € erhalten habe. Die Grunderwerbsteuer sei somit jedenfalls in Höhe der Hälfte der Bemessungsgrundlage nicht zu erheben.

Das FA erklärte die Steuerfestsetzung durch den während des Revisionsverfahrens ergangenen Änderungsbescheid vom 27.10.2014 für vorläufig hinsichtlich der Frage, ob die Heranziehung der Grundbesitzwerte im Sinne des § 138 BewG als Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer verfassungsgemäß ist.

Der Kläger beantragt teils sinngemäß, die Vorentscheidung, den „Einspruchsbescheid“ vom 6.3.2009 und die Steuerbescheide vom 22.11.2007 und 27.10.2014 aufzuheben.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

(...)

Die Sache ist spruchreif. Die Klage ist unbegründet und war daher abzuweisen. Der angefochtene Grunderwerbsteuerbescheid ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Die Steuerfestsetzung ist auch nicht nach § 16 GrEStG aufzuheben.

1. Die Verfahrensrüge ist unzulässig. Der Kläger hat den geltend gemachten Verfahrensmangel nicht den Anforderungen des § 120 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b FGO entsprechend dargelegt. Nach dieser Vorschrift muss die Revisionsbegründung, soweit die Revision darauf gestützt wird, dass das Ge-

setz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, die Bezeichnung der Tatsachen enthalten, die den Mangel ergeben.

Diesen Anforderungen wird die Revisionsbegründung nicht gerecht. Insbesondere hat der Kläger nicht ausgeführt, warum er das Recht, das Unterlassen einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts zu rügen, nicht durch das Unterlassen einer diesbezüglichen Rüge in der mündlichen Verhandlung, in der er durch einen Rechtsanwalt sachkundig vertreten war, gemäß § 155 FGO i. V. m. § 295 Abs. 1 der Zivilprozessordnung verloren habe (vgl. zum Beispiel BFH, Beschlüsse vom 31.1.1989, VII B 162/88, BFHE 155, 498, BStBl II 1989, S. 372; vom 12.10.2012, III B 212/11, BFH/NV 2013, 78 Rdnr. 6; vom 25.10.2013, VI B 144/12, BFH/NV 2014, 181, Rdnr. 11, und vom 15.7.2014 III S 19/12 (PKH), BFH/NV 2014, 1576 Rdnr. 26).

Der Kläger hat ferner nicht, wie erforderlich (vgl. zum Beispiel BFH, Beschluss vom 30.9.2013, III B 20/12, BFH/NV 2014, 58 Rdnr. 5), substantiiert dargelegt, welche konkreten, dem FG nicht bereits vorgetragenen Tatsachen sich bei einer weiteren Sachaufklärung voraussichtlich ergeben hätten und inwiefern diese Tatsachen auf der Grundlage des – ggf. auch unrichtigen – materiellrechtlichen Standpunkts des FG zu einer anderen Entscheidung hätten führen können.

Mit der Rüge, die Sachverhalts- und Beweiswürdigung des FG sei fehlerhaft, macht der Kläger keinen Verfahrensmangel geltend (BFH, Beschluss vom 18.11.2013, III B 45/12, BFH/NV 2014, 342 Rdnr. 10, 26).

2. Mit Abschluss des Vertrags vom 28.12.2005 ist gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 2 GrEStG Grunderwerbsteuer entstanden.

a) Nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG unterliegt u. a. ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übertragung eines oder mehrerer Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft begründet, der Grunderwerbsteuer, wenn durch die Übertragung unmittelbar oder mittelbar mindestens 95 % der Anteile der Gesellschaft in der Hand des Erwerbers allein vereinigt werden würden. Mit dem Anteilserwerb wird Grunderwerbsteuerrechtlich derjenige, in dessen Hand sich die Anteile vereinigen, so behandelt, als habe er die Grundstücke von der Gesellschaft erworben, deren Anteile sich in seiner Hand vereinigen (ständige Rechtsprechung, vgl. BFH, Urteil vom 12.2.2014 II R 46/12, BFHE 244, 455, BStBl II 2014, S. 536 Rdnr. 14, 17 m. w. N.). Die Vorschrift trägt dem Umstand Rechnung, dass demjenigen, der mindestens 95 % der Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft in seiner Hand vereinigt, eine dem zivilrechtlichen Eigentum an einem Grundstück vergleichbare Rechtszuständigkeit an dem Gesellschaftsgrundstück zuwächst (BFH, Urteil in BFHE 244, 455, BStBl II 2014, S. 536 Rdnr. 14, 17 m. w. N.).

Der einzige verbleibende Gesellschafter einer grundbesitzenden GmbH verwirklicht den Tatbestand einer Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG auch dann, wenn nicht er selbst, sondern die GmbH den Geschäftsanteil des anderen Gesellschafters kauft. Der Kaufvertrag ist auch in diesem Fall darauf gerichtet, dass der verbleibende Gesellschafter eine dem zivilrechtlichen Eigentum an einem Grundstück vergleichbare Rechtszuständigkeit an dem Gesellschaftsgrundstück erwirbt. Zivilrechtlich kann eine GmbH zwar eigene Anteile halten (§ 33 Abs. 2 und 3 GmbHG); dies ändert aber nichts daran, dass sie begrifflich keine von ihr selbst verschiedene Person sein kann. Der Gesellschafter, der mindestens 95 % der nicht von der Kapitalgesellschaft selbst gehaltenen Anteile an dieser hält, beherrscht das Vermögen der Gesellschaft in gleicher Weise, wie wenn der Gesellschaft

selbst keine Anteile zustünden (BFH, Urteil vom 18.9.2013 II R 21/12, BFHE 243, 393, BStBl II 2014, S. 326 Rdnr. 19 m. w. N.).

Dieselben Grundsätze gelten auch im Rahmen des § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG. Nach dieser Vorschrift unterliegt die Vereinigung unmittelbar oder mittelbar von mindestens 95 % der Anteile einer grundbesitzenden Gesellschaft der Grunderwerbsteuer, wenn kein schuldrechtliches Geschäft im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG vorausgegangen ist.

b) Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 2 GrEStG sind im Streitfall erfüllt. Der Vertrag vom 28.12.2005 war darauf gerichtet, dass die GmbH den Anteil des O an ihr erwerben und der Kläger abgesehen von diesem Anteil alleiniger Gesellschafter der GmbH werden sollte. Der Vertrag wurde auch so vollzogen.

aa) Der schuldrechtliche Vertrag und die Übertragung des Geschäftsanteils des O auf die GmbH waren nicht wegen eines Verstoßes gegen § 33 Abs. 1 GmbHG nichtig. Nach dieser Vorschrift kann die GmbH eigene Geschäftsanteile, auf welche die Einlagen noch nicht vollständig geleistet sind, nicht erwerben oder als Pfand nehmen. Ein Verstoß dagegen führt gemäß § 134 BGB zur Nichtigkeit sowohl des schuldrechtlichen Vertrags als auch der Anteilsübertragung (Teilurteil des OLG Rostock vom 30.1.2013, 1 U 75/11, Deutsches Steuerrecht 2013, 1554 m. w. N.; *Fastrich in Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl., § 33 Rdnr. 6).

Ein Verstoß gegen § 33 Abs. 1 GmbHG ist im Streitfall nicht gegeben. Der Geschäftsanteil des O an der GmbH war nach den vom FG getroffenen Feststellungen beim Abschluss des Vertrags vom 28.12.2005 voll eingezahlt. Der BFH als Revisionsgericht ist an diese tatsächliche Feststellung gemäß § 118 Abs. 2 FGO gebunden. Zulässige und begründete Revisionsgründe hat der Kläger in Bezug auf diese Feststellung nicht vorgebracht. Die Feststellung verstößt nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze. Ihre Richtigkeit ist vielmehr nach den gegebenen Umständen, insbesondere den Angaben im Vertrag vom 28.12.2005 und in den Bilanzen der GmbH, zumindest möglich.

bb) Ob der im Vertrag vom 28.12.2005 vereinbarte Erwerb des Geschäftsanteils des O durch die GmbH gegen § 33 Abs. 2 Satz 1 GmbHG verstieß, kann auf sich beruhen. Selbst wenn dies zuträfe, wäre gemäß § 33 Abs. 2 Satz 3 GmbHG lediglich das schuldrechtliche Geschäft nichtig, der Anteilserwerb selbst aber wirksam, so dass sich die Rechtmäßigkeit der Steuerfestsetzung aus § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG ergäbe.

cc) Dass das FA in den Erläuterungen des Bescheids § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG als Rechtsgrundlage für die Steuerfestsetzung angegeben hat, führt nicht zur Rechtswidrigkeit des Bescheids. Entscheidend ist vielmehr, dass der der Besteuerung unterworfenene Lebenssachverhalt, nämlich die Vereinigung aller Anteile der GmbH in der Hand des Klägers durch die Notarurkunde vom 28.12.2005, nicht nur den darauf gerichteten schuldrechtlichen Vertrag, sondern für den Fall, dass der schuldrechtliche Vertrag unwirksam ist, auch die Anteilsvereinigung selbst umfasst und sich dadurch am Zeitpunkt der Steuerentstehung und somit auch am Bewertungsstichtag nichts ändert (vgl. BFH, Urteile vom 30.3.1988, II R 76/87, BFHE 153, 63, BStBl II 1988, S. 550, und in BFHE 244, 455, BStBl II 2014, S. 536 Rdnr. 26).

3. Die im Vertrag vom 14.12.2007 vereinbarte Aufhebung des Vertrags vom 28.12.2005 begründet keinen Anspruch auf Aufhebung der Steuerfestsetzung.

a) Erwirbt der Veräußerer das Eigentum an dem veräußerten Grundstück zurück, so wird nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG

auf Antrag sowohl für den Rückerwerb als auch für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang die Steuer nicht festgesetzt oder die Steuerfestsetzung aufgehoben, wenn der Rückerwerb innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang stattfindet. Diese Vorschrift betrifft über ihren Wortlaut hinaus auch Erwerbsvorgänge nach § 1 Abs. 2, 2a und 3 GrEStG. Dies folgt aus § 16 Abs. 5 GrEStG, wonach § 16 Abs. 1 bis 4 GrEStG nicht gilt, wenn einer der in § 1 Abs. 2, 2a und 3 GrEStG bezeichneten Erwerbsvorgänge rückgängig gemacht wird, der nicht ordnungsgemäß angezeigt worden war. Diese Regelung setzt die grundsätzliche Anwendbarkeit der Begünstigungsvorschrift des § 16 GrEStG auch auf Tatbestände des § 1 Abs. 3 GrEStG voraus. Es genügt dabei, wenn durch einen Anteilsrückerwerb das von § 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG vorausgesetzte Quantum von 95 % der Anteile der Gesellschaft unterschritten wird (BFH, Urteil vom 11.6.2013, II R 52/12, BFHE 241, 419, BStBl II 2013, S. 752).

b) Wird ein Erwerbsvorgang im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 2 GrEStG zwar innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer rückgängig gemacht, war er aber nicht ordnungsgemäß angezeigt (§§ 18, 19 GrEStG) worden, schließt § 16 Abs. 5 GrEStG den Anspruch auf Nichtfestsetzung der Steuer oder Aufhebung der Steuerfestsetzung aus.

§ 16 Abs. 5 GrEStG dient der Sicherung der Anzeigepflichten aus §§ 18 und 19 GrEStG und wirkt dem Anreiz entgegen, durch Nichtanzeige einer Besteuerung der in dieser Vorschrift genannten Erwerbsvorgänge zu entgehen. Insbesondere soll die Vorschrift den Beteiligten die Möglichkeit nehmen, einen dieser Erwerbsvorgänge ohne weitere steuerliche Folgen wieder aufheben zu können, sobald den Finanzbehörden ein solches Geschäft bekannt wird (BFH, Beschluss vom 2.3.2011, II R 64/08, BFH/NV 2011, 1009 Rdnr. 93 m. w. N.). Soweit eine Anzeigepflicht sowohl nach § 18 GrEStG als auch nach § 19 GrEStG besteht, ist den Zwecken des § 16 Abs. 5 GrEStG schon dann genügt, wenn nur einer der Anzeigeverpflichteten seiner Anzeigepflicht ordnungsgemäß nachkommt (BFH, Urteil vom 18.4.2012, II R 51/11, BFHE 236, 569, BStBl II 2013, S. 830 Rdnr. 24).

Unter Berücksichtigung dieses Normzwecks ist eine Anzeige schon dann im Sinne des § 16 Abs. 5 GrEStG ordnungsgemäß, wenn der Vorgang innerhalb der Anzeigefristen der §§ 18 Abs. 3 und 19 Abs. 3 GrEStG dem FA in einer Weise bekannt wird, dass es die Verwirklichung eines Tatbestands nach § 1 Abs. 2, 2a und 3 GrEStG prüfen kann. Dazu muss die Anzeige die einwandfreie Identifizierung von Veräußerer, Erwerber und Urkundsperson (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 GrEStG) sowie der grundbesitzenden Gesellschaft (§ 20 Abs. 2 GrEStG) ermöglichen; ferner müssen der Anzeige in der Regel die in § 18 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 19 Abs. 4 Satz 2 GrEStG genannten Abschriften beigelegt werden (BFH, Urteil in BFHE 236, 569, BStBl II 2013, S. 830 Rdnr. 25).

Die Anzeige muss grundsätzlich an die Grunderwerbsteuerstelle des zuständigen FA übermittelt werden. Es genügt aber auch, wenn sich eine nicht ausdrücklich an die Grunderwerbsteuerstelle dieses FA adressierte Anzeige nach ihrem Inhalt eindeutig an die Grunderwerbsteuerstelle richtet. Dazu ist erforderlich, dass die Anzeige als eine solche nach dem GrEStG gekennzeichnet ist und ihrem Inhalt nach ohne weitere Sachprüfung – insbesondere ohne dass es insoweit einer näheren Aufklärung über den Anlass der Anzeige und ihre Grunderwerbsteuerrechtliche Relevanz bedürfte – an die Grunderwerbsteuerstelle weiterzuleiten ist (BFH, Urteil vom 23.5.2012, II R 56/10, BFH/NV 2012, 1579 Rdnr. 15).

c) Die Anwendung des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG ist demgemäß im Streitfall bereits deshalb ausgeschlossen, weil der Erwerbsvorgang aufgrund des Vertrags vom 28.12.2005 der Grunderwerbsteuerstelle des FA nicht diesen Anforderungen entsprechend angezeigt wurde. Der Kläger hat den Erwerbsvorgang entgegen seiner Pflicht aus § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 oder 5 i. V. m. § 13 Nr. 5 Buchst. a GrEStG nicht angezeigt. Die Anzeige des Klägers wurde auch nicht durch eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Anzeige des Notars (§ 18 Abs. 2 Satz 2 GrEStG) ersetzt. Der Kurzbrief vom 29.12.2005 war weder an die Grunderwerbsteuerstelle des FA adressiert noch als Anzeige nach dem GrEStG gekennzeichnet. Weder aus dem Kurzbrief noch aus der Vertragsurkunde ging hervor, dass es sich bei der GmbH um eine grundbesitzende Gesellschaft handelt. Die Grunderwerbsteuerstelle hat den Kurzbrief und die Vertragsurkunde auch nicht innerhalb der Anzeigefristen der §§ 18 Abs. 3 und 19 Abs. 3 GrEStG, sondern erst mehrere Monate später erhalten.

Ob die Anzeige darüber hinaus auch aus anderen Gründen nicht ordnungsgemäß im Sinne des § 16 Abs. 5 GrEStG war, kann somit auf sich beruhen.

d) Offen bleiben kann auch, ob der Vertrag vom 14.12.2007 die Anforderungen des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG an eine Rückgängigmachung des ursprünglichen Erwerbsvorgangs vom 28.12.2005 erfüllt, obwohl O nach den im Vertrag vom 14.12.2007 getroffenen Vereinbarungen nicht wieder Gesellschafter der GmbH wurde, sondern den überwiegenden Teil des geteilten Geschäftsanteils an der GmbH erneut auf diese und den anderen Teil an die Ehefrau des Klägers verkauft und übertragen hat.

4. Nicht nachvollziehbar ist die vom Kläger unter Hinweis auf das BFH, Urteil vom 23.5.2012 II R 21/10 (BFHE 237, 466, BStBl II 2012, S. 793) vertretene Ansicht, die Grunderwerbsteuer für die Anteilsvereinigung aufgrund des Vertrags vom 28.12.2005 sei nur zur Hälfte zu erheben, weil O für seinen Geschäftsanteil einen Kaufpreis von 50.000 € erhalten habe, während im Vertrag vom 14.12.2007 nur noch ein Kaufpreis von insgesamt 25.000 € vereinbart worden sei. Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ist nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG der gemäß § 138 Abs. 3 BewG auf den Besteuerungszeitpunkt gesondert festgestellte Grundbesitzwert.

(...)

23. BGB § 518 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2; EStG § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2; AO § 179 Abs. 1, § 180 Abs. 1 Nr. 2 lit. a (*Vollzug einer Schenkung bei unentgeltlicher Zuwendung einer atypisch stillen Beteiligung*)

Die unentgeltliche Zuwendung einer atypisch stillen Beteiligung ist mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags zivilrechtlich wirksam vollzogen (Bestätigung und Fortentwicklung des BGH-Urteils vom 29.11.2011 II ZR 306/09, BGHZ 191, 354).

BFH, Urteil vom 17.7.2014, IV R 52/11

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist eine 1995 durch M als Alleingesellschafter gegründete GmbH. Von 1999 bis 2004 war zunächst die Ehefrau des M als stille Gesellschafterin an der Klägerin beteiligt. M gewährte der Klägerin im Jahr 2002 ein Darlehen, das am 31.12.2004 mit 5.894 € valutierte.

Mit privatschriftlichem, nicht notariell beurkundetem Schenkungsvertrag vom 2.1.2005 versprach M seiner Tochter (der Beigeladenen), ihr von seiner Darlehensforderung gegenüber der Klägerin

einen Teilbetrag i. H. v. 5.000 € unentgeltlich zuzuwenden. Mit diesem Betrag sollte die Beigeladene ihre Einlageverpflichtung aus einem Vertrag über die Errichtung einer stillen Gesellschaft vom 5.1.2005 (Gesellschaftsvertrag – GV) erfüllen. Die Zahlungsverpflichtung sollte im Weg der Verrechnung erfüllt werden. Die Beigeladene nahm die Schenkung an und die Klägerin stimmte ihr zu.

Nach dem ebenfalls nur privatschriftlich geschlossenen GV stand die Geschäftsführung der stillen Gesellschaft ausschließlich der Klägerin zu (§ 4 Abs. 1 GV), die Geschäftsführung bedurfte aber innerrechtlich der Zustimmung der Gesellschafterversammlung für solche Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb des Unternehmens hinausgingen (§ 4 Abs. 2 GV). Auf jeweils volle 500 € der atypisch stillen Einlage bzw. des Stammkapitals entfiel eine Stimme in der Gesellschafterversammlung (§ 5 Abs. 3 GV), wobei diese in allen mit der Geschäftsführung zusammenhängenden Angelegenheiten mit einfacher Mehrheit, bei das Geschäftsverhältnis betreffenden Fragen mit einer Mehrheit von drei Vierteln entschied (§ 5 Abs. 2 GV). Die Beigeladene und die Klägerin waren am Gewinn und Verlust im Verhältnis ihrer jeweiligen Beteiligung zum Gesamtkapital der Gesellschaft beteiligt (§ 7 Abs. 1 GV). Im Falle eines Ausscheidens erhielt der stille Gesellschafter seinen buchmäßigen Kapitalanteil sowie den auf ihn nach Maßgabe seiner Beteiligung entfallenden Anteil an den stillen Reserven (§ 12 GV).

Mit Erklärung ebenfalls vom 5.1.2005 trat die Beigeladene der Klägerin mit einer Einlage i. H. v. 5.000 € als atypisch stille Gesellschafterin bei; dem stimmte die Klägerin zu. Laut der Beitrittserklärung wurde die Einlage i. H. v. 5.000 € mit dem Darlehensanspruch, den die Beigeladene gegen die Klägerin hatte, verrechnet. In der Buchführung der Klägerin wurden 5.000 € vom Darlehen des M auf ein Kapitalkonto „atypisch stille Beteiligung“ der Beigeladenen umgebucht.

Im Jahr 2005 (Streitjahr) erwirtschaftete die Klägerin einen Verlust i. H. v. 5.198 €. Nach ihrer Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Gewinnfeststellung für die stille Gesellschaft entfielen hiervon 2.168 € auf die Beigeladene.

Mit unter dem Vorbehalt der Nachprüfung ergangenen Bescheid vom 4.12.2006 folgte dem der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA) zunächst im Wesentlichen. Nach endgültiger Überprüfung des Sachverhalts hob das FA den vorgenannten Bescheid allerdings mit weiterem Bescheid vom 14.2.2008 auf, weil die stille Gesellschaft mit der Beigeladenen nicht anerkannt werden könne.

Nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhob die Klägerin gegen den Aufhebungsbescheid vom 14.2.2008 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 30.10.2008 Klage vor dem Finanzgericht – FG, mit welcher sie geltend machte, bei der atypisch stillen Gesellschaft würden mehr Rechte und Pflichten übertragen als bei einer typisch stillen Gesellschaft, weshalb mit Begründung der Mitgliedschaft die Schenkung in jedem Fall vollzogen sei. Die atypisch stille Beteiligung sei mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags, spätestens aber mit der Einbuchung der Beteiligung vollzogen. Es liege auch kein schädlicher Gesamtplan vor.

Mit in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2012, 46 veröffentlichtem Urteil gab das FG der Klage statt. Das FG wandte die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) zu Vereinbarungen unter nahen Angehörigen auf den Streitfall an und gelangte zu der Auffassung, dass der Schenkungsvertrag vom 2.1.2005 und der Gesellschaftsvertrag vom 5.1.2005 zivilrechtlich wirksam zustande gekommen seien. Beide Verträge hätten zwar der notariellen Beurkundung bedurft. Der Formfehler sei jedoch nach § 518 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) durch Vollzug der Schenkung geheilt.

Dagegen richtet sich die Revision des FA, mit der es die Verletzung der §§ 179 Abs. 1, 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a der Abgabenordnung (AO) geltend macht. Zwar seien im Streitfall die Voraussetzungen für die Annahme einer atypisch stillen Beteiligung gegeben. Das FG habe sich aber zu Unrecht auf das BFH, Urteil vom 16.1.2008 II R 10/06 (BFHE 220, 513, BStBl II 2008, S. 631) berufen und die Auffassung vertreten, die Mitunternehmerstellung der Beigeladenen bewirke, dass sie rechtswirksam Inhaberin einer eigenen Einkunftsquelle in Gestalt einer atypisch stillen Beteiligung geworden und dadurch die Schenkung der Einlage vollzogen worden sei, so dass es keiner notariellen Beurkundung des Schenkungsvertrags mehr bedürfe. Für die einkommensteuerrechtliche Anerkennung einer schenkweise neu gegründeten atypischen GmbH & Still zwischen

nahen Angehörigen sei grundsätzlich die notarielle Beurkundung erforderlich. Vertragsverhältnisse zwischen nahen Angehörigen seien steuerrechtlich nur anzuerkennen, wenn die Verträge bürgerlich-rechtlich wirksam vereinbart worden seien und sowohl die Gestaltung als auch die Durchführung des Vereinbarten dem zwischen Fremden Üblichen entsprächen. An den entsprechenden Nachweis seien strenge Anforderungen zu stellen. Als maßgebliches Beweisanzeichen für die Ernsthaftigkeit des Vereinbarten sei der Abschluss in einer Form anzusehen, die Zweifel an der zivilrechtlichen Rechtswirksamkeit nicht aufkommen lasse.

Die GmbH & Still sei eine Innengesellschaft ohne Gesellschaftsvermögen. Der stille Gesellschafter sei kein Handelsgesellschafter, sondern indirekt Beteiligter. Zivilgerichtliche Rechtsprechung zur Schenkung von Kommanditbeteiligungen sei deshalb auch nicht einschlägig. Ein privatschriftlicher Vertrag reiche insoweit nicht aus, um eine Unterbeteiligungsgesellschaft entstehen zu lassen, weil er bezüglich der Vermögensbeteiligung und Gewinnbeteiligung sowie der sonstigen Rechte lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung begründe. Diese Verpflichtung bedürfe aber, da sie unentgeltlich eingegangen werde, der notariellen Beurkundung. Die Tatsache, dass ein atypisch stiller Gesellschafter steuerrechtlich wie ein Kommanditist als Mitunternehmer anzusehen sei, heile insoweit nicht den Formmangel bei der schenkweisen Begründung der Beteiligung zwischen nahen Angehörigen, weil der Beteiligte handelsrechtlich eine andere Rechtsstellung inne habe als ein Kommanditist. Bei einer KG werde der eintretende Kommanditist durch Anwachsung Miteigentümer am Gesellschaftsvermögen. Dadurch werde die Schenkung vollzogen. Bei einer stillen Beteiligung gehe die erbrachte Einlage aber in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts über, was auch in der aktuellen finanzgerichtlichen Rechtsprechung so gesehen werde.

Das FA beantragt sinngemäß, das Urteil des Niedersächsischen FG vom 29.9.2011 10 K 269/08 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Zur Begründung führt sie aus, dem FG sei darin zu folgen, dass durch den eingetretenen Vollzug der Schenkung der Mangel einer fehlenden notariellen Beurkundung geheilt worden sei. Die vom FA zitierte Rechtsprechung des BGH sei über 50 Jahre alt. Zwar habe der BGH entschieden, dass bei einer Innengesellschaft in Fällen, in denen der Geschäftsinhaber dem stillen Gesellschafter den zu leistenden Einlagebetrag durch Ein- bzw. Umbuchung von seinem Kapitalkonto auf das Einlagekonto schenke, lediglich ein Schenkungsversprechen begründet werde, das der notariellen Beurkundung bedürfe; die Begründung des stillen Gesellschaftsverhältnisses sei damit kein Schenkungsvollzug nach § 518 Abs. 2 BGB. In neuerer Zeit habe der BGH zur streitgegenständlichen Frage seine alte Rechtsprechung aber nicht mehr bestätigt. Der BGH unterscheide nunmehr zwischen einer KG und einer Innengesellschaft, weil bei der schenkweisen Einräumung einer Kommanditistenstellung nicht nur eine schuldrechtliche Beziehung, sondern auch ein Gemeinschaftsverhältnis begründet werde, während bei einer Innengesellschaft nur schuldrechtliche Beziehungen Gegenstand der Schenkung seien. Dies aber sei ein Widerspruch, der nicht zu rechtfertigen sei, denn auch bei einer stillen Gesellschaft könne die Gesellschafterstellung jedenfalls dann Gegenstand einer Schenkung sein, wenn durch die Schenkung die Gesellschaft erst begründet werde. Der entsprechende Gesellschaftsvertrag enthalte insoweit nicht nur das Versprechen, eine Gesellschafterstellung zu schenken, er gewähre diese Stellung vielmehr auch bereits. Jedenfalls bei einer atypisch stillen Gesellschaft werde deshalb durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags ein Schenkungsversprechen, das ohne die notarielle Form erteilt worden sei, vollzogen, und durch diesen Vollzug werde der Formmangel geheilt.

Der BFH habe sich zwar bisher der vom BGH vertretenen Auffassung angeschlossen. In der neueren finanzgerichtlichen Rechtsprechung werde die Auffassung aber nicht immer geteilt.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG ist zu Recht davon ausgegangen, dass die zwischen der Klägerin und der Beigeladenen begründete atypisch stille Gesellschaft steuerlich anzuerkennen und deshalb ein Feststellungsverfahren durchzuführen war. Zwar

hätten der Schenkungsvertrag vom 2.1.2005 und der Gesellschaftsvertrag vom 5.1.2005 der notariellen Beurkundung bedurft, der entsprechende Formfehler wurde aber nach § 518 Abs. 2 BGB durch Vollzug der Schenkung geheilt.

1. Gemäß § 179 Abs. 1 i. V. m. § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO werden einkommen- und körperschaftsteuerpflichtige Einkünfte gesondert und einheitlich festgestellt, wenn an den Einkünften mehrere Personen beteiligt und die Einkünfte diesen Personen steuerlich zuzurechnen sind. Bei einem Gewerbebetrieb ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn mehrere Personen den Betrieb als Unternehmer (Mitunternehmer) führen (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG). Mitunternehmer in diesem Sinne ist nach ständiger Rechtsprechung des BFH auch, wer sich am Betrieb eines anderen als atypisch stiller Gesellschafter beteiligt (vgl. BFH, Urteil vom 27.5.1993 IV R 1/92, BFHE 171, 510, BStBl II 1994, S. 700). Mitunternehmer ist ein stiller Gesellschafter regelmäßig, wenn er nicht nur am laufenden Gewinn und Verlust des vom tätigen Teilhaber betriebenen Unternehmens teilhat, sondern im Innenverhältnis schuldrechtlich auch an den stillen Reserven und an einem Geschäftswert beteiligt sein soll, etwa in der Weise, dass er bei einer Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses nach Maßgabe einer Auseinandersetzungsbilanz und seiner prozentualen Gewinnbeteiligung auch einen Anteil an den Wertsteigerungen des Betriebsvermögens erhalten soll (vgl. BFH-Urteile vom 25.6.1981, IV R 61/78, BFHE 134, 261, BStBl II 1982, S. 59; in BFHE 171, 510, BStBl II 1994, S. 700; vom 22.8.2002, IV R 6/01, BFH/NV 2003, 36; vom 16.12.2003 VIII R 6/93, BFH/NV 2004, 1080). Insgesamt muss sich aus der gebotenen Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls ergeben, dass der Beteiligte auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrags Mitunternehmerisiko trägt und Mitunternehmerinitiative entfalten kann (vgl. BFH, Urteil in BFHE 171, 510, BStBl II 1994, S. 700).

2. Vereinbarungen unter nahen Angehörigen, insbesondere zwischen Eltern und Kindern, werden aufgrund des zwischen solchen Personen in der Regel fehlenden natürlichen Interessengegensatzes steuerlich nur anerkannt, wenn sie zivilrechtlich wirksam, klar, eindeutig und leicht nachprüfbar sind und dem entsprechen, was unter sonst gleichen Umständen auch zwischen fremden Personen hätte vereinbart werden können. Zudem muss die tatsächliche Durchführung des Vertrags wie unter fremden Dritten erfolgt sein (BFH, Urteil vom 14.4.1983, IV R 198/80, BFHE 138, 359, BStBl II 1983, S. 555 m. w. N.). Gesellschaftsverträge zwischen nahen Angehörigen können zwar auch dann anerkannt werden, wenn die Beteiligung oder die zum Erwerb der Beteiligung aufzuwendenden Mittel dem in die Gesellschaft aufgenommenen Angehörigen unentgeltlich zugewendet worden sind, dies aber nur unter der Voraussetzung, dass die vorgenannten Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. BFH, Urteile vom 21.2.1991, IV R 35/89, BFHE 164, 238, BStBl II 1995, S. 449; vom 27.1.1994 IV R 114/91, BFHE 174, 219, BStBl II 1994, S. 635). Diese Rechtsgrundsätze sind auch zu beachten, wenn Vereinbarungen nicht unmittelbar zwischen Angehörigen, sondern zwischen einer Kapitalgesellschaft und Angehörigen der Gesellschafter geschlossen sind und die Gesellschafter, mit deren Angehörigen die Verträge bestehen, die Gesellschaft beherrschen (vgl. Urteile des FG Münster vom 14.8.2013, 2 K 2483/11 F, EFG 2014, 29, und des FG Baden-Württemberg vom 31.10.2013, 7 K 3633/10, EFG 2014, 909). Maßgebend für die Beurteilung, ob Verträge zwischen nahen Angehörigen steuerlich anerkannt werden können, ist allerdings seit der Neuaufrichtung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung im Anschluss an den Beschluss des BVerfG vom 7.11.1995 2 BvR 802/90 (BStBl II 1996, S. 34,

unter B. I. 2.) die Gesamtheit der objektiven Gegebenheiten. Zwar ist sonach auch weiterhin Voraussetzung, dass die vertraglichen Hauptpflichten klar und eindeutig vereinbart sowie entsprechend dem Vereinbarten durchgeführt werden. Jedoch schließt nicht mehr jede geringfügige Abweichung einzelner Sachverhaltsmerkmale vom Üblichen die steuerrechtliche Anerkennung des Vertragsverhältnisses aus. Vielmehr sind einzelne Kriterien des Fremdvergleichs im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung unter dem Gesichtspunkt zu würdigen, ob sie den Rückschluss auf eine privat veranlasste Vereinbarung zulassen (zum Ganzen BFH, Urteile vom 16.12.1998, X R 139/95, BFH/NV 1999, 780, unter II. 1.; vom 13.7.1999 VIII R 29/97, BFHE 191, 250, BStBl II 2000, S. 386, unter 2. a; vom 17.7.2013, X R 31/12, BFHE 242, 209, BStBl II 2013, S. 1015 Rdnr. 24).

3. Allgemeines Erfordernis der steuerlichen Berücksichtigung von Vereinbarungen zwischen Familienangehörigen ist es insoweit, dass die Vereinbarungen, die Grundlage der Besteuerung werden sollen, ernsthaft gemeint sind und damit die Gewähr ihrer tatsächlichen Durchführung für die Zeitdauer ihrer Gültigkeit bieten (vgl. zuletzt BFH, Urteil vom 22.10.2013, X R 26/11, BFHE 242, 516, BStBl II 2014, S. 374 Rdnr. 71). Daraus ergibt sich, dass die Ernsthaftigkeit der Vereinbarung zum Beispiel eines Gesellschaftsvertrags zwischen Familienangehörigen Tatbestandselement der auf der Grundlage dieses Gesellschaftsvertrags begehrten steuerrechtlichen Gewinnzurechnung ist. Maßgebliches Beweisanzeichen für die Ernsthaftigkeit der Vereinbarung ist insoweit der Abschluss der Vereinbarung in einer Form, die Zweifel an ihrer zivilrechtlichen Rechtswirksamkeit nicht aufkommen lässt (BFH, Urteil vom 19.9.1974, IV R 95/73, BFHE 113, 558, BStBl II 1975, S. 141; für die indizielle Bedeutung der zivilrechtlichen Unwirksamkeit auch BFH, Urteile in BFHE 191, 250, BStBl II 2000, S. 386; vom 7.6.2006, IX R 4/04, BFHE 214, 173, BStBl II 2007, S. 294; in BFHE 242, 516, BStBl II 2014, S. 374 Rdnr. 68).

4. Ein Vertrag über die Gründung einer stillen Gesellschaft ist zwar grundsätzlich nicht formbedürftig. Eine Beurkundungspflicht kann sich jedoch aus der Koppelung mit einem formbedürftigen Schenkungsversprechen ergeben. Ist Gegenstand des Schenkungsversprechens die Einlage in eine stille Gesellschaft, so erstreckt sich die Formbedürftigkeit des Schenkungsversprechens (§ 518 Abs. 1 Satz 1 BGB) auch auf den Gesellschaftsvertrag (vgl. BFH, Urteile in BFHE 113, 558, BStBl II 1975, S. 141; vom 14.5.2003 X R 14/99, BFH/NV 2003, 1547). Nichts anderes kann aber dann gelten, wenn – wie im Streitfall – eine Forderung zugewendet wird, mit der der Beschenkte seine Einlageverpflichtung aus einer bereits eingegangenen oder aber im Schenkungsvertrag schon avisierten Beteiligung an einer stillen Gesellschaft bewirken soll.

5. Sind nach den vorstehenden Grundsätzen der Schenkungs- und der Gesellschaftsvertrag jeweils nach § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB formbedürftig, ist die dort vorgeschriebene notarielle Beurkundung aber nicht eingehalten worden, so ist zu prüfen, ob der bestehende Formmangel nach § 518 Abs. 2 BGB durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt worden ist.

a) Nach der früheren Rechtsprechung des BGH stellt allerdings die einfache Gutschrift einer Einlage noch nicht die Vollziehung der Schenkung dar, weil danach ein solcher Buchungsvorgang nur die eine formlose Verpflichtung durch eine andere gleicher Art ersetze und auf diesem Wege nicht der Mangel der Form bei einem derartigen Schenkungsversprechen in einem mündlichen oder privatschriftlichen Gesellschaftsvertrag nach § 518 Abs. 2 BGB als geheilt angese-

hen werden könne (BGH, Urteil vom 24.9.1952, II ZR 136/51, BGHZ 7, 174). Die bloße Einbuchung eines Anteils am Geschäftsvermögen stelle keine Bewirkung der versprochenen Leistung dar, denn der Anteil an einem Geschäftsvermögen sei nicht durch eine in den Geschäftsbüchern vorzunehmende Umbuchung übertragbar. Das gelte auch dann, wenn die Umbuchung auf einem Vertrag beruhe, durch den eine Innengesellschaft begründet werde. Das Wesen der Innengesellschaft ohne Geschäftsvermögen bestehe darin, dass nur ein Gesellschafter das Vermögen des betriebenen Geschäfts inne habe und dass er dem anderen nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags lediglich schuldrechtlich verpflichtet sei. Gehe seine Verpflichtung dahin, den anderen an seinem Vermögen zu beteiligen, so solle es nach dem Parteiwillen gerade nicht zu einer Vermögensübertragung kommen; die Zusage solle sich vielmehr in einer schuldrechtlichen Verpflichtung erschöpfen und bedürfe darum, wenn sie unentgeltlich erteilt werde, zu ihrer Wirksamkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Der Formmangel könne nicht dadurch geheilt werden, dass der Geschäftsinhaber den vereinbarten Anteil buchmäßig, steuerlich oder sonstwie als Vermögen des anderen Beteiligten führe, denn auch durch eine derartige Handhabung werde der andere nicht stärker als schuldrechtlich an dem Vermögen des Geschäftsinhabers beteiligt (BGH, Urteil vom 29.10.1952, II ZR 16/52, BGHZ 7, 378).

b) Die vorgenannte Auffassung des BGH hat in der zivilrechtlichen Literatur zwar teilweise Unterstützung erfahren, sie ist aber überwiegend abgelehnt bzw. für zu undifferenziert gehalten worden (vgl. die umfangreichen Nachweise dazu im BGH, Urteil vom 29.11.2011, II ZR 306/09, BGHZ 191, 354). Im Wesentlichen richtet sich die Kritik an der unter a) dargestellten BGH-Rechtsprechung darauf, die dort vorgenommene pauschale Differenzierung zwischen Außen- und Innengesellschaft sei im Hinblick auf die Anforderungen an den Schenkungsvollzug im Sinne des § 518 Abs. 2 BGB abzulehnen, weil auch die Beteiligung an einer Innengesellschaft typischerweise über die bloße Einräumung einer schuldrechtlichen Forderung auf Vermögensleistungen (Gewinn und Auseinandersetzungsguthaben) hinausgehe, indem sich mit der Einräumung der Beteiligung auch eine Reihe von mitgliederschaflichen Verwaltungsrechten und -pflichten verbänden. Außerdem unterschieden sich die „Vollzugsakte“ einer unentgeltlichen Beteiligung an einer Außen- bzw. Innengesellschaft nicht grundlegend voneinander (vgl. MünchKommBGB/*Ulmer/Schäfer*, 6. Aufl., § 705 Rdnr. 45 m. w. N.). Der stille Gesellschafter erhalte insoweit mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags alles, was ihm versprochen worden sei, nämlich die Gesellschafterstellung, die über die bloße vermögensrechtliche Position hinausreiche und einen übertragbaren Vermögenswert darstelle (vgl. MünchKommBGB/*J. Koch*, a. a. O., § 518 Rdnr. 29). Zumindest die verbandsrechtlich gestaltete stille Beteiligung, richtigerweise aber jede atypisch stille Beteiligung lasse über die bloße Forderungszuwendung hinaus eine Rechtsposition entstehen, die sich als tauglicher Zuwendungsgegenstand darstelle (MünchKommHGB/*Kars-ten Schmidt*, 3. Aufl., § 230 Rdnr. 103).

c) Soweit der BFH sich mit der unter a) dargestellten älteren BGH-Rechtsprechung zu befassen hatte, ergibt sich kein einheitliches Bild: Teilweise ist der BFH nämlich der BGH-Rechtsprechung gefolgt (vgl. BFH, Urteile vom 1.7.1982, IV R 152/79, BFHE 136, 244, BStBl II 1982, S. 646; in BFH/NV 2003, 1547), teilweise konnte er allerdings die Frage auch offenlassen, ob er den zivilrechtlichen Lehrmeinungen folgen würde, wenn er über die Rechtsfrage selbst abschließend zu entscheiden hätte (BFH, Urteil in BFHE 113, 558, BStBl II 1975, S. 141). Dies begründete er damit, dass derjenige, der

steuerrechtlich geltend machen wolle, die schenkweise Einräumung einer stillen Beteiligung oder einer Unterbeteiligung sei ernsthaft gemeint, für die Schenkung die Form der notariellen Beurkundung schon deshalb wählen müsse, weil der stille Gesellschafter oder der Unterbeteiligte nach dem Stand der BGH-Rechtsprechung bei einer etwaigen Auflösung der Gesellschaft seinen Anspruch auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens gegen den Willen des Inhabers des Handelsgewerbes bzw. des Hauptgesellschafters nicht gerichtlich durchsetzen könne. Der II. Senat des BFH hat sich demgegenüber im Urteil in BFHE 220, 513, BStBl II 2008, S. 631 der in der Literatur geäußerten Kritik an der älteren BGH-Rechtsprechung angeschlossen, ohne dass dies für den von ihm zu entscheidenden Fall entscheidungserheblich gewesen wäre. Er entschied, bei der Zuwendung einer atypischen Unterbeteiligung sei – anders als bei derjenigen einer typischen Unterbeteiligung – die Schenkung bereits mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags oder doch spätestens mit der Einbuchung der atypischen Unterbeteiligung vollzogen.

d) Der BGH hatte sich mit der unter b) genannten Kritik zwar zunächst nicht auseinanderzusetzen (vgl. BGH, Urteil vom 2.7.1990 II ZR 243/89, BGHZ 112, 40). In seinem – von den Beteiligten noch nicht berücksichtigten – Urteil in BGHZ 191, 354 hat er allerdings nunmehr entschieden, dass die unentgeltliche Zuwendung einer durch den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags entstehenden Unterbeteiligung, mit der dem Unterbeteiligten über eine schuldrechtliche Mitberechtigung an den Vermögensrechten des dem Hauptbeteiligten zustehenden Gesellschaftsanteils hinaus mitgliedschaftliche Rechte in der Unterbeteiligungsgesellschaft eingeräumt werden, mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags im Sinne des § 518 Abs. 2 BGB vollzogen ist. Zwar sah sich der BGH nicht gehalten, seine bisherige Rechtsprechung grundsätzlich zu überdenken. Allerdings hat er für den Fall der unentgeltlichen Einräumung einer Unterbeteiligung, die nicht nur schuldrechtliche Ansprüche auf Beteiligung am Gewinn und auf eine Abfindung bei Auflösung der Innengesellschaft begründete, sondern auch mitgliedschaftliche Mitwirkungsrechte an der Geschäftsführung der Innengesellschaft – nämlich in Form eines Zustimmungserfordernisses des Unterbeteiligten für Handlungen, die über gewöhnliche Entscheidungen im Sinne des § 116 Abs. 1, 2 des Handelsgesetzbuchs in den Beteiligungsgesellschaften hinausgingen – begründeten, seine Rechtsprechung eingeschränkt und in diesem Fall die Schenkung bereits mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags als vollzogen betrachtet. Zwar komme es auch bei der Zuwendung einer solchen Unterbeteiligung – anders als bei der Zuwendung einer Beteiligung an einer Außengesellschaft – nicht zu einer dinglichen Mitberechtigung an der Hauptgesellschaft, da die Innengesellschaft – wie bei einer solchen Fallgestaltung regelmäßig – über kein Gesamthandsvermögen verfüge. Beschränke sich aber die Unterbeteiligung nicht nur auf schuldrechtliche Ansprüche gegen den zuwendenden Hauptbeteiligten auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös, sondern würden dem Unterbeteiligten in der Innengesellschaft darüber hinaus mitgliedschaftliche Rechte eingeräumt, durch die er Einfluss auf die Innengesellschaft nehmen könne, so erhalte er nicht nur die Stellung eines schuldrechtlichen Gläubigers, sondern eine in dem Anteil an der Innengesellschaft verkörperte mitgliedschaftliche Rechtsposition. Das rechtfertige die Annahme, dass die unentgeltliche Zuwendung einer derartigen Beteiligung an einer Innengesellschaft ebenso wie die unentgeltliche Einräumung einer Beteiligung an einer Außengesellschaft mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags vollzogen sei.

e) Der BFH hatte sich mit der unter d) dargestellten neueren Rechtsprechung des BGH bislang noch nicht zu befassen. Der erkennende Senat schließt sich ihr an und geht davon aus, dass die dort dargestellten Rechtsprechungsgrundsätze nicht nur für den Fall einer atypischen Unterbeteiligung, sondern ebenso für den Fall einer atypisch stillen Gesellschaft gelten (ebenso *Schmidt/Wacker*, EStG, 33. Aufl., § 15 Rdnr. 773; noch weitergehend für den Fall einer typisch stillen Unterbeteiligung Urteil des FG Rheinland-Pfalz, Entscheidung vom 31.1.2013, 5 K 2009/10, EFG 2013, 835). Die Überzeugung, dass für beide Gesellschaftsformen als Innengesellschaften die gleichen Vorgaben gelten müssen, hat er bereits in seinem Urteil in BFHE 113, 558, BStBl II 1975, S. 141 geäußert.

6. Das FG ist – jedenfalls im Ergebnis – von den vorstehenden Grundsätzen ausgegangen und hat diese zutreffend auf den Streitfall angewendet. Es ist bezogen auf die streitbefangene atypisch stille Gesellschaft zu Recht davon ausgegangen, dass diese als Mitunternehmerschaft anzuerkennen war, weil der bezüglich des Schenkungsvertrags vom 2.1.2005 und des Gesellschaftsvertrags vom 5.1.2005 bestehende Formmangel durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags nach § 518 Abs. 2 BGB geheilt worden ist. Die Einkünfte dieser Mitunternehmerschaft waren deshalb nach § 179 Abs. 1 i. V. m. § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO gesondert und einheitlich festzustellen.

a) Es besteht im Streitfall zunächst kein Zweifel daran, dass durch den Gesellschaftsvertrag und die Beitrittserklärung der Beigeladenen vom 5.1.2005 zwischen der Klägerin und der Beigeladenen eine atypisch stille Gesellschaft errichtet worden ist.

aa) Die Beigeladene ist nach § 7 Abs. 1 GV neben der Klägerin am Gewinn und Verlust im Verhältnis ihrer jeweiligen Beteiligung zum Gesamtkapital der Gesellschaft beteiligt worden und erhält nach § 12 GV im Falle ihres Ausscheidens ihren buchmäßigen Kapitalanteil sowie den auf sie nach Maßgabe ihrer Beteiligung entfallenden Anteil an den stillen Reserven. Damit trägt sie ein entsprechendes Mitunternehmerisiko.

bb) Ihr sind aber auch Mitgliedschaftsrechte (Stimmrechte) übertragen worden, die eine Umqualifikation von einem bloßen Geflecht schuldrechtlicher Ansprüche in eine einem Stammrecht vergleichbare Rechtsposition rechtfertigen. So bedarf nach § 4 Abs. 2 GV die Geschäftsführung zur Eingehung von Rechtsgeschäften und zur Vornahme von Rechtshandlungen, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen, innenrechtlich der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Dort entfällt nach § 5 Abs. 3 GV auf jeweils volle 500 € der atypisch stillen Einlage bzw. des Stammkapitals eine Stimme, wobei die Gesellschafterversammlung nach § 5 Abs. 2 GV in allen mit der Geschäftsführung zusammenhängenden Angelegenheiten mit einfacher Mehrheit, bei das Gesellschaftsverhältnis betreffenden Fragen mit einer Mehrheit von drei Vierteln entscheidet. Damit erhielt die Beigeladene gewichtige Mitwirkungsrechte, mit denen sie Mitunternehmerinitiative entfalten konnte.

b) Die sonach bestehende Mitunternehmerschaft ist auch unter Anwendung der Rechtsprechung zu den Verträgen unter Angehörigen anzuerkennen.

aa) Dies folgt zunächst daraus, dass die vorgenannten Verträge – was von den Beteiligten übereinstimmend so gesehen wird und vom FG auch festgestellt wurde – wie vereinbart durchgeführt worden sind. Das lässt sich insbesondere aus dem Umstand entnehmen, dass in der Buchführung der Klägerin 5.000 € vom Darlehen des M auf das Kapitalkonto „atypisch

stille Beteiligung“ in der Person der Beigeladenen umgebucht worden sind. Die Verträge sind auch klar, eindeutig und leicht nachprüfbar und halten einem Fremdvergleich stand.

bb) Der zunächst bestehende Formmangel durch fehlende notarielle Beurkundung ist zudem nach § 518 Abs. 2 BGB geheilt worden, da die Beigeladene eine in dem Anteil an der Innengesellschaft verkörperte mitgliedschaftliche Rechtsposition erhalten hat, weil die stille Beteiligung nicht nur auf schuldrechtliche Ansprüche gegen den zuwendenden M auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös gerichtet war, sondern ihr darüber hinaus mitgliedschaftliche Rechte eingeräumt wurden, durch die sie Einfluss auf die Innengesellschaft nehmen konnte.

cc) Angesichts des heutigen Standes der zivilgerichtlichen Rechtsprechung und der Tatsache, dass die an der atypisch stillen Gesellschaft Beteiligten die Verträge wie vereinbart durchgeführt haben, kann ihnen nicht entgegengehalten werden, sie hätten die Verträge nicht ernsthaft durchführen wollen. Dies gilt auch insoweit, als der BGH sein Urteil in BGHZ 191, 354 erst nach der Vereinbarung der streitbefangenen Verträge gefällt hat, weil er die an seiner Rechtsprechung geäußerte Kritik bereits im Urteil in BGHZ 112, 40 aufgenommen hatte, ohne dazu entscheiden zu müssen.

c) Die atypisch stille Beteiligung der Beigeladenen begründet damit steuerrechtlich eine Mitunternehmerstellung im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG im Verhältnis zur Klägerin mit der Folge, dass die Beigeladene rechtswirksam Inhaberin einer eigenen Einkunftsquelle in Gestalt einer atypisch stillen Beteiligung geworden ist und ihr deshalb entsprechende Gewinn- bzw. Verlustanteile als eigene Einkünfte zuzurechnen waren.

7. Nach den vorstehenden Ausführungen war die Revision des FA als unbegründet zurückzuweisen.

Anmerkung:

Die Entscheidung des BFH gibt Anlass, das Verhältnis von Zivil- und Schenkungsteuerrecht noch einmal näher zu beleuchten. Insbesondere stellt sich die Frage, ob und inwieweit die vom BFH aufgestellten Voraussetzungen für die steuerliche Anerkennung einer Mitunternehmerschaft bei Innengesellschaften einerseits und die vom BGH im Suhrkamp-Urteil¹ formulierten zivilrechtlichen Kriterien für den Vollzug der unentgeltlichen Zuwendung einer Unterbeteiligung deckungsgleich sind.

1. Maßgeblichkeit der Zivilrechtslage für die steuerliche Beurteilung von Schenkungsfällen

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert ist. Eine Bereicherung des Bedachten wiederum setzt voraus, dass dieser über das Zugewendete im Verhältnis zum Schenker tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich nach ständiger Rechtsprechung des BFH ausschließlich nach der Zivilrechtslage.² Das Zivilrecht ist somit maßgeblich für die steuerliche Bestimmung des Zuwendungsgegenstandes und der Bereicherung des Zuwendungsempfängers.

¹ BGH, Urteil vom 29.11.2011, II ZR 306/09, MittBayNot 2012, 479 m. Anm. Lutz.

² Vgl. nur BFH, Urteil vom 27.8.2014, II R 43/12, DNotZ 2015, 72; BFH, Urteil vom 28.6.2007, II R 21/05, ZEV 2007, 440.

Wird eine stille Beteiligung an einer Gesellschaft oder eine Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil schenkweise eingeräumt, ist zunächst zu prüfen, ob die Schenkung zivilrechtlich überhaupt wirksam ist. Ist dies zu verneinen, fehlt es schenkungsteuerrechtlich an der freigebigen Zuwendung eines Vermögensgegenstandes, über den der Empfänger tatsächlich und rechtlich verfügen könnte.

Auch ertragsteuerlich werden Verträge unter nahen Angehörigen grundsätzlich nur anerkannt, wenn sie zivilrechtlich wirksam sind und tatsächlich verwirklicht werden. Vor allem bei der Gewährung von Darlehen aus Mitteln, die der spätere Darlehensnehmer dem Darlehensgeber zuvor geschenkt hat (sog. Umwandlungsfälle), wird ein zwischen Familienangehörigen abgeschlossener Darlehensvertrag der Besteuerung nur zugrunde gelegt, wenn die vorausgegangene Schenkung zivilrechtlich wirksam ist und die getroffenen Vereinbarungen tatsächlich durchgeführt werden.³ Selbst wenn die Modalitäten der Darlehensgewährung einem Fremdvergleich standhalten, wird ein Darlehensvertrag zwischen nahen Angehörigen nicht anerkannt, wenn im Verhältnis zwischen Schenker und Beschenkten (häufig einem Kind des Darlehensnehmers) noch keine endgültige Vermögensverschiebung stattgefunden hat.⁴ Auch in diesen Fällen ist also zunächst zu prüfen, ob der Formmangel eines Schenkungsversprechens, das entgegen § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht notariell beurkundet wurde, durch Bewirkung der versprochenen Leistung gemäß § 518 Abs. 2 BGB geheilt wurde.⁵

2. Schenkungsrechtliche Gleichbehandlung von atypischer Unterbeteiligung und atypischer stiller Beteiligung

Vor dem Suhrkamp-Urteil stand die Rechtsprechung des BGH auf dem Standpunkt, dass sowohl die unentgeltliche Einräumung einer Unterbeteiligung als auch die unentgeltliche Zuwendung einer stillen Beteiligung an einer Gesellschaft mangels dinglicher Mitberechtigung des Unterbeteiligten bzw. des Stillen am Gesellschaftsvermögen der Hauptgesellschaft weder durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags noch durch die Einbuchung der Einlage zivilrechtlich wirksam vollzogen werden könne.⁶ Bei beiden Gesellschaftsformen (Unterbeteiligung und stille Gesellschaft) handele es sich um Innengesellschaften ohne Gesamthandsvermögen, die dem Unterbeteiligten bzw. dem Stillen lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Teilhabe am Gewinn der Gesellschaft bzw. an dem auf den Gesellschaftsanteil des Hauptbeteiligten entfallenden Gewinn vermitteln würden. Da es bei beiden Vertragsverhältnissen nicht zu einer Vermögensübertragung auf den Unterbeteiligten/den Stillen komme, bedürfe das Schenkungsversprechen zu seiner Wirksamkeit zwingend der notariellen Form. Werde diese nicht eingehalten, sei der Zuwendungsempfänger erst dann bereichert, wenn ihm aus seiner Beteiligung Gewinnanteile oder Liquidationserlöse zufließen.

In der Suhrkamp-Entscheidung ist der BGH erstmals von dieser starren Haltung abgewichen ist. Der BGH weist dabei un-

³ Vgl. dazu auch BMF vom 29.4.2014, IV C 6 – S 2144/07/10004, DStR 2014, 953. Zu den Voraussetzungen für die ertragsteuerliche Anerkennung einer atypischen Gesellschaft bzw. einer atypischen Unterbeteiligung siehe H 15.9 (1) EStH 2013.

⁴ Vgl. dazu BFH, Urteil vom 22.10.2013, X R 26/11, DStR 2013, 2677; BFH, Urteil vom 12.2.1992, X R 121/88, NJW 1993, 2556.

⁵ Exemplarisch dazu BFH, Urteil vom 22.10.2013, X R 26/11, DStR 2013, 2677.

⁶ Vgl. dazu die Nachweise bei BGH, Urteil vom 29.11.2011, II ZR 306/09, MittBayNot 2012, 479.

ter anderem auf ein Urteil des BFH aus dem Jahr 2008 hin, in dem der BFH bei der Bestimmung des Zuwendungsgegenstandes zwischen einer typischen und einer atypischen Unterbeteiligung unterschieden hat.⁷ Bei Letzterer sei die Zuwendung bereits mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags vollzogen, da der Unterbeteiligte vermögensrechtlich über eine Teilhabe an den Betriebsergebnissen hinaus am Anteil des Hauptbeteiligten beteiligt sei und aufgrund der ihm eingeräumten Stimm-, Verwaltungs- und Kontrollrechte an der Geschäftsführung der Innengesellschaft mitwirken könne.

Inwieweit dieser differenzierten Sichtweise grundsätzlich zu folgen ist, hat der BGH im Suhrkamp-Urteil allerdings offen gelassen. Stattdessen hat er sich nur insoweit festgelegt, als dass jedenfalls bei der unentgeltlichen Einräumung einer Unterbeteiligung, bei der dem Unterbeteiligten mitgliederschafliche Rechte eingeräumt würden, durch die er Einfluss auf die Innengesellschaft nehmen könne, die Schenkung mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags vollzogen sei. Wie genau diese in dem Anteil an der Innengesellschaft verkörperten Mitwirkungsbefugnisse beschaffen sein müssen, hat der BGH leider nicht näher präzisiert. Im konkreten Fall hat er es für ausreichend erachtet, dass der Unterbeteiligte vor der Vornahme von Handlungen von besonderer Bedeutung durch den Hauptbeteiligten anzuhören und seine Zustimmung für Maßnahmen einzuholen war, die über gewöhnliche Entscheidungen im Sinne des § 116 Abs. 2 HGB in den Beteiligungsgesellschaften hinausgingen.

In Anbetracht der dogmatischen Parallelen zwischen einer (atypischen) Unterbeteiligung und einer (atypischen) stillen Gesellschaft spricht indes nichts dagegen, im Anschluss an den BFH die Grundsätze der Suhrkamp-Entscheidung auf andere Innengesellschaften wie stille Gesellschaften zu übertragen.⁸ Abweichend von den Vorschriften der §§ 230 ff. HGB, die auf Unterbeteiligungsgesellschaften prinzipiell analog anzuwenden sind,⁹ kann auch eine stille Beteiligung vertraglich so ausgestaltet werden, dass dem atypisch Stillen vergleichbare Mitwirkungsrechte eingeräumt werden wie einem atypisch Unterbeteiligten im Innenverhältnis gegenüber dem Hauptbeteiligten.

3. Atypische stille Beteiligung und Mitunternehmerschaft

Angesichts der unscharfen Abgrenzungskriterien des BGH bleibt die Frage nach dem Verhältnis einer atypischen stillen Beteiligung, die mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags zivilrechtlich wirksam vollzogen ist, und dem Vorliegen einer steuerlichen Mitunternehmerschaft. Einkommensteuerrechtlich erzielt ein typisch stiller Gesellschafter Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG. Demgegenüber werden einem atypisch stillen Beteiligten, der die Stellung eines Mitunternehmers im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG innehat, Gewinnausschüttungen als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zugerechnet. Das Unternehmen des Inhabers des Handelsgewerbes wird für die Dauer des Bestehens der atypischen stillen Gesellschaft ertragsteuerlich der Mitunternehmerschaft zugeordnet.¹⁰ Der stille Gesellschafter verfügt

damit über Betriebsvermögen im Sinne des § 97 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BewG i. V. m. § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG, weshalb die erstmalige Einräumung oder die Weiterübertragung einer atypischen stillen Beteiligung – ebenso wie einer atypischen Unterbeteiligung – nach § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG erbschaftsteuerrechtlich begünstigt ist.¹¹

Für den ertragsteuerlichen Typusbegriff des Mitunternehmers ist kennzeichnend, dass er aufgrund eines Gesellschaftsverhältnisses oder eines wirtschaftlich damit vergleichbaren Verhältnisses zusammen mit anderen Personen Mitunternehmerinitiative entfalten kann und Mitunternehmerisiko trägt.¹² Mitunternehmerinitiative meint Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen, wobei die Möglichkeit zur Ausübung von Gesellschafterrechten genügt, die den Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechten eines Kommanditisten nach §§ 164, 166 HGB zumindest angenähert sind¹³ oder den Kontrollrechten nach § 716 Abs. 1 BGB entsprechen.¹⁴ Mitunternehmerisiko bedeutet, dass der Gesellschafter am Erfolg oder Misserfolg des Gewerbebetriebs teilhat. Dies ist in der Regel der Fall, wenn er nicht nur am laufenden Gewinn und Verlust des Unternehmens teilnimmt, sondern auch an dessen stillen Reserven einschließlich eines Geschäftswerts partizipiert.¹⁵

Eine dingliche (Mit-)Berechtigung am Betriebsvermögen ist für die Qualifikation als Mitunternehmer nicht erforderlich.¹⁶ Es genügt, wenn sich die beiden Merkmale des Mitunternehmerrisikos und der Mitunternehmerinitiative aus schuldrechtlichen Abreden mit dem tätigen Teilhaber des betriebenen Unternehmens ergeben. Eine Mitunternehmerschaft kann auch dann bejaht werden, wenn eines der beiden Merkmale nur schwächer ausgeprägt ist, im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung jedoch festgestellt wird, dass dies durch das andere, stärker ausgeprägte Merkmal kompensiert wird.¹⁷

Werden dem stillen Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag Mitwirkungs- und Kontrollrechte entsprechend dem Regelstatut der §§ 164, 166 HGB gewährt, die über die in § 233 BGB normierten Kontrollrechte hinausgehen, erfüllt dies nicht nur die Kriterien der Mitunternehmerinitiative, sondern auch die Anforderungen, die der BGH an die mitgliederschafliche Ausgestaltung der Mitwirkungsrechte an der Geschäftsführung der Innengesellschaft stellt. Steuerlich riskant ist jedoch, wenn der stille Gesellschafter keinen für die Annahme eines Mitunternehmerrisikos hinreichenden Anteil an den stillen Reserven und am Geschäftswert erhält und dies auch nicht durch eine starke Mitunternehmerinitiative ausgeglichen wird. Da der BGH in der Suhrkamp-Entscheidung keine qualifizierten Vorgaben für den Anspruch des Unterbeteiligten auf Beteiligung am Gewinn und Verlust (Liquidationserlös) der Hauptgesellschaft formuliert hat, könnte in solchen Konstellationen die Schenkung zivilrechtlich mit Abschluss

¹¹ Vgl. nur LfSt Bayern, Verf. v. 7.3.2013, S 3811.1.1-2/6 St 34, ZEV 2013, 228; BFH, Urteil vom 1.9.2011, II R 67/09, ZEV 2012, 51; *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, Stand: Oktober 2014, § 13b Rdnr. 74.

¹² Näher dazu BFH, Beschluss vom 25.4.1984, GrS 4/82, NJW 1984, 1481; BFH, Urteil vom 20.3.2002, II R 53/99, ZEV 2002, 245; *Schmidt/Wacker*, § 15 Rdnr. 262 ff.

¹³ Vgl. BFH, Urteil vom 29.4.1981, IV R 131/78, BStBl II 1981, S. 663; BFH, Urteil vom 4.11.1997, VIII R 18/95, DStR 1998, 843.

¹⁴ Siehe BFH, Urteil vom 16.1.2008, II R 10/06, ZEV 2008, 252; BFH, Urteil vom 10.10.2012, VIII R 42/10, DStR 2012, 2532.

¹⁵ BFH, Urteil vom 28.10.1999, VIII R 66-70/97, DStR 2000, 193; BFH, Urteil vom 1.9.2011, II R 67/09, ZEV 2012, 51.

¹⁶ *Schmidt/Wacker*, § 15 Rdnr. 273.

¹⁷ Vgl. nur BFH, Urteil vom 25.4.2006, VIII R 74/03, NJW-RR 2006, 1337 m. w. N.

⁷ BFH, Urteil vom 16.1.2008, II R 10/06, ZEV 2008, 252 m. N. zur gleichen Ansicht im zivilrechtlichen Schrifttum.

⁸ So auch *Strnad*, ZEV 2012, 394, 396 f. m. w. N. zum Streitstand; *Schmidt/Wacker*, EStG, 33. Aufl. 2014, § 15 Rdnr. 773.

⁹ Vgl. dazu auch Rdnr. 19 der Suhrkamp-Entscheidung; *Lutz*, MittBayNot 2012, 482; *MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer*, Band 5, 6. Aufl., 2013, vor § 705 Rdnr. 92 m. w. N.

¹⁰ Vgl. BFH, Urteil vom 12.11.1985, VIII R 364/83, GmbHR 1986, 363.

des Gesellschaftsvertrags vollzogen sein, ohne dass der Stille damit automatisch die ertragsteuerliche Stellung eines Mitunternehmers erlangen würde.¹⁸ Da ein Schenkungsvollzug im Sinne des § 518 Abs. 2 BGB in diesen Fällen jedoch nach wie vor ungewiss ist, sollte eine geplante freigebige Zuwendung einer stillen Beteiligung dieser Art vorsorglich notariell beurkundet werden.

Schenkungsteuerrechtlicher Zuwendungsgegenstand ist bei Fehlen eines hinreichenden Mitunternehmerrisikos die Einräumung einer schlichten Einlage. Bewertungsrechtlich ist eine solche Einlage – wie jede andere typische stille Beteiligung oder Unterbeteiligung auch – als verzinsliche Kapital-

18 In diese Richtung weist auch ein Urteil des FG Rheinland-Pfalz vom 31.1.2013, 5 K 2009/10, DStRE 2014, 773, wonach die schenkweise Zuwendung einer typischen Beteiligung an einen Angehörigen mit der Einbuchung bei der Personengesellschaft als bewirkt i. S. d. § 518 Abs. 2 BGB anzusehen sei, wenn dem stillen Gesellschafter von Anfang an mitgliedschaftliche Rechte an der Personengesellschaft gewährt würden. Dagegen geht der BFH in seiner Entscheidung vom 16.1.2008, ZEV 2008, 252, offenbar davon aus, dass bei unentgeltlicher Einräumung einer Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil, die nicht alle ertragsteuerrechtlichen Voraussetzungen einer Mitunternehmerschaft erfüllt, die Schenkung mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags zivil- und steuerrechtlich noch nicht vollzogen ist; kritisch zu dieser Entscheidung *Hübner*, ZEV 2008, 254.

forderung zu behandeln, bei der an die Stelle einer festen Verzinsung die Gewinnbeteiligung tritt.¹⁹ Auf die Auskehrung der laufenden, auf den stillen Gesellschafter entfallenden Gewinnanteile als Früchte der ihm eingeräumten Kapitalforderung kommt es dagegen nicht an.²⁰ In der Gestaltungspraxis ist deshalb darauf zu achten, dass die Zuwendung einer Einlage an den stillen Gesellschafter, die nach Maßgabe der Suhrkamp-Entscheidung des BFH bereits mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags vollzogen sein könnte, zugleich alle ertragsteuerlichen Merkmale einer Mitunternehmerschaft im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EstG erfüllt, um die Inanspruchnahme der schenkungsteuerrechtlichen Verschonungen für den Übergang von Betriebsvermögen gemäß § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG sicherzustellen.

Notar Dr. *Jörg Ihle*, Bergisch Gladbach-Bensberg

19 Allg. zur vermögens- und bewertungsrechtlichen Qualifikation einer typischen stillen Beteiligung BFH, Urteil vom 7.5.1971, III R 7/69, DB 1971, 1847; R B 12.4 ErbStR 2011; *Crezelius* in FS Schaumburg, 2009, 239, 241; *Hübner*, ZEV 2008, 254.

20 Unzutreffend insoweit *Strnad*, ZEV 2012, 394, 396, der meint, dass die Schenkungsteuer trotz zivilrechtlich wirksamer Schenkung erst mit der Ausschüttung des Gewinns oder der Auskehrung des Liquidationserlöses anfallen würde.

STÄNDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Bernhard Barthel, Marklkofen,
verstorben am 19.4.2015

Notar a. D. Dr. Karl Bauer, Kirchheimbolanden,
verstorben am 15.5.2015

Notar a. D. Dr. Heinz Nawratil, Friedberg,
verstorben am 15.5.2015

Notar a. D. Dr. Benno Keim, München,
verstorben am 24.5.2015

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.6.2015

Notar a. D. Peter Suttner, Landshut

Mit Wirkung zum 1.9.2015

Notar a. D. Dr. Karl Wübben, Wolfratshausen

Mit Wirkung zum 1.1.2016

Notar a. D. Martin Eicher, Wörth a. Donau

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.6.2015:

Landshut	dem Notar
(in Sozietät mit	Michael Senftleben
Notar Trautner)	(bisher in Sulzbach-Rosenberg)

Nürnberg	dem Notar
(in Sozietät mit	Florian Kroier
Notar Dr. Adrian)	(bisher in Lichtenfels)

Mit Wirkung zum 1.7.2015:

Würzburg	dem Notar
(in Sozietät mit	Matthias Adam
Notar Dünninger)	(bisher in Mellrichstadt)

4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Die Notarstelle Furth i. Wald (letzter Inhaber: Ralph-Christoph Knerr) wurde mit Wirkung zum 1.6.2015 aufgehoben. Die Gemeinden Arnschwang, ausgenommen der Gemeindeteil Zenching, Furth i. Wald und Weiding wurden ab diesem Zeitpunkt dem Amtsbereich Waldmünchen zugeordnet. Der Inhaber der Notarstelle Waldmünchen hat in Furth i. Wald eine ständige Geschäftsstelle zu unterhalten.

Notarassessor Dr. Michael Brockmann, München (Notarstellen Dr. Walz/Dr. Vollrath), führt seit 23.5.2015 den Namen Bernauer

Oberinspektorin i. N. Stefanie Meyer, Ochsenfurt (derzeit in Elternzeit), ab 1.5.2015 in Schweinfurt (Notarstellen Dr. Ott/Dr. Dörnhöfer)

5. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtfrau i. N. Christine Pfisterer, München (Notarstellen Dr. Ott/Dr. Dr. Forst), ab 1.7.2015 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Wolfgang Halke, München (Notarstelle Dr. Pfisterer), ab 1.7.2015 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Udo Then, München (Notarstellen Dr. Wicke/Herrler), ab 1.8.2015 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Günter Arleth, Haßloch (Notarstelle JR Dr. Sefrin), ab 1.8.2015 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Hans Werner Baldauf, Schifferstadt (Notarstellen Hutzler/Regel), ab 1.9.2015 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Hermann Bloß, Altdorf b. Nürnberg (Notarstellen Dr. Limpert/Dr. Burkhardt), ab 1.10.2015 ausgeschieden

Oberinspektor i. N. Florian Siflinger, Rosenheim (Notarstelle Aigner), ab 1.10.2015 ausgeschieden

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

München, Notarstelle Joanna Zehetmeier
Kardinal-Faulhaber-Straße 15, 80333 München

Traunstein, Notarstellen Jenewein/Gleißner
Stadtplatz 38, 83278 Traunstein

Burghausen, Notarstelle Brigitte Burgmann
Martkler Straße 2b, 84489 Burghausen
Telefon: 08677 989540
Telefax: 08677 989549

SONSTIGES

Meldung von Ausbildungsstellen zum/zur Notarfachangestellten sowie Stellen für Privatbeschäftigte im Bereich der Notarkasse A. d. ö. R.

Die Notarkasse A. d. ö. R. weist darauf hin, dass sie auf ihrer Homepage unter www.notare.bayern.de/karriere/jobboerse/ eine Jobbörse unterhält, in die Notarinnen und Notare aufgenommen werden, die über offene Ausbildungsplätze verfügen und Auszubildende für den Beruf des/der Notarfachangestellten suchen.

Neben einer Jobbörse für freie Ausbildungsstellen zum/zur Notarfachangestellten bietet das neue Portal Notarinnen und Notaren auch die Möglichkeit, Jobgesuche für Privatbeschäftigte aufzugeben. Gerne können Sie Gesuche bei der Geschäftsstelle, Frau Ben Rejeb, Tel. 089 55166247, E-Mail: Nathalie.BenRejeb@notarkasse.de, zur Einstellung einreichen.

Um mit einem Stellengesuch einen noch breiteren Empfängerkreis zu erreichen, steht Notarinnen und Notaren auch die Jobbörse der zuständigen Agentur für Arbeit zur Verfügung. Eine Handreichung, wie Notarinnen und Notare freie Ausbildungsstellen zum/zur Notarfachangestellten bei der für sie zuständigen Agentur für Arbeit melden können, sowie eine Empfehlung zur inhaltlichen Ausgestaltung eines Stellengesuches bietet die folgende Übersicht der Agentur für Arbeit München.

Notarkasse A. d. ö. R., München

Meldung von Ausbildungsstellen zum/zur Notarfachangestellten bei der zuständigen Agentur für Arbeit

(Kriterium: Sitz der entsprechenden Notarstelle unter Angabe der Betriebsnummer)

Ihr Ansprechpartner im Arbeitgeber-Service unterstützt Sie gerne beim Erstellen Ihres Anforderungsprofils. Sie nennen die Anforderungen und Ihr Ansprechpartner erstellt Ihre Stellenbeschreibung für einen Ausbildungsplatz. Dabei werden „harte“ Kriterien ebenso berücksichtigt, wie Ihre Vorstellungen hinsichtlich persönlicher oder sozialer Kompetenzen der Bewerberinnen und Bewerber. Sie entscheiden, ob sich die Interessenten telefonisch, schriftlich oder persönlich bei Ihnen vorstellen sollen. Weiterhin haben Sie die Möglichkeit, sämtliche Funktionen der JOBBÖRSE unter <http://jobboerse.arbeitsagentur.de/> zu nutzen.

Ihre zuständige Agentur für Arbeit vor Ort erfahren Sie unter www.arbeitsagentur.de
-> Schnellzugriff -> Dienststelle vor Ort

Im Arbeitgeberservice der Agentur für Arbeit **München** ist Ihr persönlicher Ansprechpartner im Rahmen von Ausbildungsstellen Frau Melanie Tillner, (Mo-Mi), Tel. 089-5154-7265, Fax 089-5154-7645, Mail: muenchen.545-arbeitgeber-service@arbeitsagentur.de

So geben Sie Ihr Ausbildungsstellenangebot auf:

1. arbeitsagentur.de -> Schnellzugriff -> Formulare -> „Vermittlungsauftrag Ausbildungsstellen“.

Oder

2. Jobbörse für Arbeitgeber -> „Personalbedarf melden“.

Oder

3. Anmeldung als Arbeitgeber in der Jobbörse unter <https://jobboerse.arbeitsagentur.de/vamJB/anmeldung.html>

Bitte lassen Sie sich von Ihrem persönlichen Ansprechpartner Ihre Zugangsdaten einmalig geben (Benutzername und Kennwort). Im Anschluss können Sie als angemeldeter Benutzer unter „Neues Stellenangebot erfassen“ Ihr Gesuch selbstständig eingeben. Am Ende der Dateneingabe empfiehlt es sich, das Stellenangebot an den zuständigen Arbeitgeberservice vor Ort in Betreuung zu übergeben (Button: „Vermittlungsauftrag erteilen“). Ihr persönlicher Ansprechpartner berät Sie gerne und vermittelt Ihnen passende Bewerber. Sie verkürzen damit Ihre Suchzeit und erhöhen die Erfolgchancen.

Empfehlungen bei der Erfassung von Ausbildungsstellenangeboten

Das freie Textfeld zur Stellenbeschreibung bietet ausreichend Platz die Notarstelle adäquat zu präsentieren und sich von vergleichbaren Anzeigen positiv abzuheben:

Kurze Präsentation:

Nennung der Fachgebiete/Spezialisierungen, evtl. Mitarbeiteranzahl, z. B. Information analog zur Internetpräsentation der Notarstelle;

Was bietet meine Notarstelle dem potentiellen Auszubildenden (m/w) an?

Stichwort – Attraktivität Ausbildungsbetrieb

- Kann im Vorfeld ein Schnuppertag oder Praktikum zum gegenseitigen Kennenlernen absolviert werden? Anm.: erster Rekrutierungsweg für Auszubildende
- Ist der Einstieg auch flexibel möglich, d. h. vor dem 1. September?
- Sind auch Wechsler (Kanzlei oder fachfremde) und/oder Studienabbrecher willkommen?
- Bietet die Kanzlei weitere Sozialleistungen wie Erstattung der Fahrkosten etc. an?
- Liegt die Ausbildungsvergütung evtl. über der Empfehlung der zuständigen Notarkasse?

Es ist sinnvoll eine kurze Beschreibung des Ausbildungsberufes und seine Tätigkeiten anzugeben, um noch zögernde Jugendliche für den Beruf des Notarfachangestellten (m/w) zu begeistern und anzusprechen, siehe z. B. unter www.berufenet.de.

Die Voraussetzungen bzw. Anforderungen, die an den Bewerber gestellt werden sollten in freundlicher, wertschätzender Art und Weise angegeben werden unter Berücksichtigung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG). Gerne auch in Stichpunkten abgefasst wie z. B.:

„Wir freuen uns über engagierte Bewerber (m/w) mit

- Mittlerer Reife, gerne Wirtschaftszweig oder auch Abitur,
- guten Noten in den Fächern Deutsch, Mathematik sowie

- mit Interesse und Verständnis für wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhänge.

Auch Studienabbrecher oder Wechsler sind willkommen.“

Geben Sie an, wenn eine Übernahme nach Abschluss bei entsprechender Eignung möglich ist.

Sie erwarten, dass auch Ihre potentiellen Auszubildenden gut und sicher mit der EDV insbesondere mit der E-Mail-Kommunikation umgehen können? Fordern Sie daher im Stellenangebot explizit dazu auf, sich online zu bewerben.

Als Abschluss der freien Stellenbeschreibung bietet sich die Angabe Ihrer Homepage an.

Bitte halten Sie den Kontakt zu Ihrem persönlichen Ansprechpartner im Arbeitgeberservice und teilen ihm zeitnah Veränderungen im Stellenbesetzungsprozess mit.

Die Betreuer Ihres Stellenangebotes führen für Sie zusätzlich regelmäßige interne Suchläufe nach passenden Bewerbern durch. Dies erfolgt im sog. Matching-Prozess. Dieser Datenabgleich benötigt sowohl von Seiten der in der Jobbörse gemeldeten Stellen- wie auch der Bewerberprofile präzise Angaben.

Veröffentlichen Sie Ihre vakanten Ausbildungsstellen neben der Jobbörse auch auf Ihrer Homepage. So signalisieren Sie potentiellen Auszubildenden deren Stellenwert für Ihr Notariat.

Für weitergehende Beratung und Anfragen stehen Ihnen gerne Ihre Ansprechpartner des Arbeitgeberservice vor Ort zur Verfügung.

4. Symposium des Instituts für Notarrecht der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

„Die neue europäische Erbrechtsverordnung“

Mittwoch, 22. Juli 2015, von 9:30 Uhr bis 17:15 Uhr im Großen Seminarraum des Tagungszentrums an der Sternwarte,
Geismar Landstraße 11, 37083 Göttingen

9.30 Uhr	Begrüßung: Prof. Dr. <i>Joachim Münch</i> und Prof. Dr. <i>Volker Lipp</i> , Göttingen
9.45 Uhr	Die europäische Erbrechtsverordnung – eine Einführung: Prof. Dr. <i>Volker Lipp</i> , Göttingen
10.45 Uhr	Kaffeepause
11.00 Uhr	Die Annahme notarieller Urkunden: Prof. Dr. <i>Joachim Münch</i> , Göttingen
12.00 Uhr	Rechtswahl und Gerichtsstandvereinbarungen: PD Dr. <i>Kathrin Kroll-Ludwigs</i> , Würzburg
13.00 Uhr	Mittagspause
14.00 Uhr	Erbverträge, Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträge: Rechtsanwalt und Notar <i>Wolfgang Eule</i> , Neuenhaus
15.00 Uhr	Erbfolge und Güterrecht: Prof. Dr. <i>Anatol Dutta</i> , M. Jur. (Oxford), Regensburg
16.00 Uhr	Kaffeepause
16.15 Uhr	Das europäische Nachlasszeugnis: Notar <i>Christian Hertel</i> , LL.M. (GWU), Weilheim in Oberbayern
17.15 Uhr	Verabschiedung

Organisatorische Hinweise

Teilnahmebescheinigung:

Auf Wunsch erhalten die Teilnehmer im Anschluss an das Symposium eine Teilnahmebescheinigung.

Übernachtung:

Sollten Sie ein Hotelzimmer benötigen, so können Sie sich gerne an uns wenden. Wir werden dann das Weitere in Absprache mit Ihnen veranlassen.

Tagungsbeitrag (inklusive Tagungsunterlagen und Teilnahmebescheinigung):

- frei für Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind, sowie für Studierende/MitarbeiterInnen der Georg-August-Universität
- € 40 für Notare a. D., die Mitglied der NotRV sind
- € 100 für Notare a. D., Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung
- € 150 für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. (NotRV)
- € 195 für Nichtmitglieder

Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung auf das Konto der Georg-August-Universität mit Verwendungszweck: „1565105057/4480006“ bei der Norddeutschen Landesbank, IBAN: DE28 2505 0000 0106 0326 18, SWIFT/BIC: NOLADE2H, zu überweisen.

Anmeldungen richten Sie bitte bis Freitag, den 26. Juni 2015 an das Institut für Notarrecht an der Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen, Tel.: 0551/39-7396, Fax: 0551/39-7395, E-Mail: Notarrecht@uni-goettingen.de, Betreff: Symposium Notarrecht Göttingen