

Die Löschung einer Vormerkung für lebzeitig befristete Ansprüche oder: Die Folgen der Wiederaufladbarkeit von Vormerkungen

– Notar Marc Heggen, Straelen/Niederrhein –

1. Einleitung

In vielen verschiedenen Situationen werden in der notariellen Praxis Ansprüche auf Eigentumsverschaffung an Grundstücken begründet, die auf Lebenszeit einer Person befristet¹ sein sollen. Zu denken ist nur an Übergabe-Situationen, in denen der Übertragende sich ein Rückforderungsrecht am Übertragungsgegenstand vorbehält, das allerdings nur auf Lebenszeit des Übergebers bestehen und nicht vererblich sein soll.

In diesen Situationen wurde bisher zur Sicherung dieses Anspruchs einfach eine Vormerkung für den Berechtigten im Grundbuch eintragen gelassen. Die bestehende lebzeitige Befristung des Anspruchs würde dann ja dazu führen, dass nach dem Tode des Berechtigten der Grundstückseigentümer relativ leicht die Vormerkung im Grundbuch mit Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 GBO) würde löschen können, da ja aus der notariellen Urkunde, in der der Anspruch bestellt wurde, i. V. mit einer Sterbeurkunde problemlos nachweisbar war, dass der gesicherte Anspruch mit dem Tod des Berechtigten erloschen ist.

2. Die Entscheidungen der Oberlandesgerichte aus den letzten Monaten

In letzter Zeit hat die Möglichkeit einer Löschung einer unbefristet bestellten Vormerkung für einen auf Lebenszeit befristeten Anspruch verschiedene Oberlandesgerichte beschäftigt, nämlich das Schleswig-Holsteinische OLG in Schleswig², das OLG Bremen³, das OLG Köln⁴, das OLG Hamm⁵, das Kammergericht⁶ und das OLG Düsseldorf⁷.

Sämtliche Gerichte stimmen im rechtlichen Ausgangspunkt für ihre Betrachtung überein und – bis auf das OLG Hamm – auch in den daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen: Für die Löschung einer (unbefristeten) Vormerkung zur Sicherung eines auf Lebenszeit einer Person befristeten Anspruchs reicht es nicht, durch eine Sterbeurkunde nachzuweisen, dass der Berechtigte des Anspruchs verstorben ist und für die Befristung des gesicherten Anspruchs auf die notarielle Urkunde über dessen Begründung zu verweisen. Seitdem der BGH die Wiederaufladung einer Vormerkung in mehreren Entscheidungen zugelassen und in diesen Entscheidungen zudem festgestellt hat, dass bei einer Änderung des gesicherten Anspruchs dieses zur Wirksamkeit der Vormerkungssicherung nicht im Grundbuch verlautbart werden muss⁸, kann nämlich eine Vormerkung – auch ohne Wissen des Grundbuchamtes – mittlerweile einen anderen Anspruch sichern als den, für den sie ursprünglich begründet wurde. Daher setzt eine Löschung der Vormerkung – dieses sehen alle Oberlandesgerichte noch gleichermaßen – durch Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO auch noch voraus, dass neben dem Nachweis des Todes des Berechtigten auch in der Form des § 29 GBO der Nachweis geführt werden

muss, dass der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch nicht ausgewechselt worden sein darf.

An dieser Stelle nun geht die weit überwiegende Mehrheit der Oberlandesgerichte davon aus, dass dieser Nachweis, nämlich dass der vormerkungsgesicherte Anspruch eben nicht ausgewechselt wurde, nicht mit den beschränkten Beweismitteln des § 29 GBO geführt werden könne. Auch ein Erfahrungssatz des Inhalts, dass mangels anderer Anzeichen nicht von einer Auswechslung ausgegangen werden dürfe, vermag die Mehrheit der Gerichte nicht aufzustellen. Insoweit verweisen das OLG Bremen und – ihm folgend – das Kammergericht vielmehr darauf, dass doch gerade die beiden oben genannten grundlegenden BGH-Entscheidungen zeigen würden, dass eine Wiederaufladung oder Auswechslung eines vormerkungsgesicherten Anspruchs vorkomme. Sei aber der Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit in diesen Fällen nicht zu führen, so komme nur zur Löschung der Vormerkung in Betracht, eine Löschungsbewilligung des Berechtigten beizubringen, was – auch das verkennen die Gerichte nicht – bei einem auf Lebenszeit des Berechtigten befristeten Anspruch eine Löschungsbewilligung durch dessen Erben erfordert und zudem den Nachweis von deren (Erb-)Berechtigung.

Aus der Reihe schert insoweit lediglich das OLG Hamm, das in dem von ihm zu behandelnden Fall aus den Umständen des Einzelfalls gefolgert hat, dass dort eine Auswechslung des vormerkungsgesicherten Anspruchs derart unwahrscheinlich sei, dass in diesem Fall die Lebenserfahrung dazu führen müsse, diese Möglichkeit auszuschließen. Daher hat es in seiner Entscheidung das Grundbuchamt angewiesen, allein auf den Nachweis des Todes des Berechtigten hin die Löschung vorzunehmen.

1 Dogmatisch eigentlich nicht korrekt ist es, wenn – wie noch häufiger in Urkunden zu lesen ist – der Anspruch auf den Tod des Berechtigten auflösend *bedingt* begründet wird, da doch der Tod einer Person ein Ereignis ist, das mit Sicherheit eintritt, wie schon der lateinische Satz *mors certa, hora incerta* aussagt.

2 Beschluss vom 9. 7. 2010, Az. 2 W 94/10, RNotZ 2011, 108 = FGPrax 2010, 282.

3 Beschluss vom 3. 11. 2010, Az. 3 W 17/10, MDR 2011, 288 und abrufbar unter beck-online als beckRS 2011, 01103 sowie bei www.dnoti.de, unter aktuelle Entscheidungen

4 Beschluss vom 25. 11. 2009, Az. 2 Wx 28/09, MittBayNot 2010, 473 (m. Anm. Amann, S. 451) = ZfIR 2010, 627.

5 Beschluss vom 11. 1. 2011, Az. 15 W 629/10, noch unveröffentlicht, aber abrufbar unter beck-online als beckRS 2011, 05612 und bei www.dnoti.de, unter aktuelle Entscheidungen.

6 Beschluss vom 24. 2. 2011, Az. 1 W 472/10, noch unveröffentlicht, aber abrufbar unter beck-online als beckRS 2011, 05367.

7 Beschluss vom 2. 3. 2011, Az. I-3 Wx 266/10, RNotZ 2011, 295.

8 Grundlegend insoweit die Entscheidungen vom 26. 11. 1999, Az. V ZR 432/98, BGHZ 143, 175 = NJW 2000, 805 = DNotZ 2000, 639 (m. Anm. Wacke, S. 643) = MittRhNotK 2000, 28 = MittBayNot 2000, 104 (m. Anm. Demharter, S. 106 und Amann, S. 197) = LM § 883 BGB Nr. 27 (m. Anm. Stürner/Heggen) und vom 7. 12. 2007, Az. V ZR 21/07, RNotZ 2008, 222 (m. Anm. Heggen, S. 213) = NJW 2008, 578 = ZNotP 2008, 81 (m. Anm. Zimmer, S. 91) = ZfIR 2008, 113

3. Zur Würdigung der Entscheidungen

Der Autor hatte schon in einer früheren Veröffentlichung in der RNotZ zu der zweiten grundlegenden BGH-Entscheidung vom Dezember 2007⁹ die Auffassung geäußert, dass nach dieser Entscheidung der Weg zur Löschung von Vormerkungen für zeitlich befristete Ansprüche über den Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO in Zukunft verschlossen sein werde.¹⁰ Diese Ausführungen – die auch von einigen der Entscheidungen der Oberlandesgerichte als Belegstelle genannt werden – halte ich auch heute noch für eine zwingende Folge der BGH-Rechtsprechung.

Nimmt man es ernst, dass ein vormerkungsgesicherter Anspruch wirksam ausgetauscht werden kann, ohne dass im Grundbuch hierzu die kleinste Eintragung über den Austausch des gesicherten Anspruchs notwendig ist und ist selbst – nach der BGH-Entscheidung von 2007 – unerheblich, ob die Urkunde über den Austausch des gesicherten Anspruchs zeitnah nach dem Austausch zur Grundakte eingereicht wird¹¹, so kann kein Mensch sicher sein, welchen Anspruch die Vormerkung in einem bestimmten Zeitpunkt überhaupt sichert. Deswegen vermag der schlüssig geführte Nachweis, dass der ursprünglich gesicherte Anspruch gänzlich erloschen oder nie entstanden ist, nicht zur Löschung der Vormerkung zu führen, da immer noch die Möglichkeit besteht, dass dieser gesicherte Anspruch bereits ausgetauscht oder neu aufgeladen wurde.

In der Rechtsprechung bestand aber bisher Einigkeit, dass der Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit strengen Anforderungen unterliegt, so dass nicht nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür bestehen muss, dass das Grundbuch momentan unrichtig ist, sondern alle Möglichkeiten widerlegt werden müssen, nach denen die Eintragung doch richtig sein kann.¹² Legt man aber diesen strengen Maßstab an, so kann man *meiner Ansicht nach* die Möglichkeit eines Wiederaufladens oder eines Austausches des gesicherten Anspruchs nicht außer Acht lassen; mit dem OLG Bremen und dem KG ist vielmehr festzuhalten, dass doch gerade die beiden grundlegenden BGH-Entscheidungen zeigen, dass diese Fälle nicht ganz exotisch sind. Dann aber wird in der Regel der Nachweis der „Nicht-Auswechslung“ oder des „Nicht-Wiederaufladens“ der Vormerkung nicht zu erbringen sein, zumal nicht in der (notwendigen) Form des § 29 GBO. Folglich sind die Entscheidungen der Oberlandesgerichte richtig, wenn sie zur Löschung der Vormerkung jeweils eine Löschungsbewilligung der Rechtsnachfolger des – verstorbenen – ehemaligen Berechtigten fordern und den reinen Nachweis des Todes des Berechtigten nicht – mehr – genügen lassen.

Nicht gefolgt werden kann *meiner Ansicht nach* hingegen der „großzügigeren“ Linie des OLG Hamm. Dieses beruft sich auf „besondere Umstände des Einzelfalls“, die eine Auswechslung des vormerkungsgesicherten Anspruchs derart unwahrscheinlich erscheinen ließen, dass diese Möglichkeit außer Betracht bleiben müsse. Ohne in die Einzelheiten dieser Entscheidung zu gehen, ist mir bei der Lektüre der Entscheidungsgründe nicht klar geworden, wo in diesem Fall die außergewöhnlichen Umstände liegen sollten, die eine „Sonderbehandlung“ verdienen. Wie gerade die BGH-Entscheidung aus dem

Jahr 2007 zeigt, kann auch im innerfamiliären Rahmen es vorkommen, dass einer Vormerkung neue Rückforderungsgründe oder gar zusätzliche Rückforderungsgründe unterlegt werden. So wünschenswert vielleicht auch eine etwas größere Flexibilität in diesem Bereich wäre, sehe ich in den meisten Fällen gerade nicht, wie die Möglichkeit des Wiederaufladens oder der Auswechslung eines vormerkungsgesicherten Anspruchs überzeugend ausgeschlossen werden soll, geschweige denn, dass dieses mit den doch eingeschränkten Beweismitteln i. S. von § 29 GBO nachgewiesen werden könnte.¹³

4. „Fundamentalkritik“

Wenn ich auch den Entscheidungen der Mehrheit der vorgenannten Oberlandesgerichte zustimme, da ich diese Entscheidungen für praktisch zwingende Konsequenzen der BGH-Rechtsprechung zur Wiederaufladung einer Vormerkung bzw. zum Auswechseln des vormerkungsgesicherten Anspruchs halte, so halte ich doch diese Richtung insgesamt nicht für richtig.¹⁴ Wenn der vormerkungsgesicherte Anspruch ohne jede Verlautbarung im Grundbuch ausgetauscht, verändert, erweitert werden kann, dann ist die Vormerkung in meinen Augen nichts mehr Anderes als ein großes „Achtung-Schild“ im Grundbuch. Der „Leser“ des Grundbuchs kann sich nämlich nie sicher sein, welchen Anspruch die Vormerkung gerade sichert, ganz egal, was er auch zu dem gesicherten Anspruch in der Grundakte finden mag. Die Vormerkung „verkommt“ damit zur „Wundertüte des Grundbuchs“, hinter der alles und nichts stecken kann.

Daher kann ich auch den Ausführungen von Amann¹⁵ – so sehr ich dessen Ausgangspunkt teile, nämlich das „Unglücklichsein“ mit der Austauschbarkeit des vormerkungsgesicherten Anspruchs nach der BGH-Rechtsprechung – nicht folgen, der unter Berufung auf § 891 BGB annimmt, dass die Vermutung des Grundbuchs mangels anderer Anhaltspunkte dafür spricht, dass kein Austausch des gesicherten Anspruchs erfolgt ist. Die Vormerkung hat meines Erachtens nur so weit am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil, als die für die Vormerkung notwendigen Elemente im Grundbuch zu verlautbaren sind. Aber dies sind nur Gläubiger und Schuldner des Anspruchs¹⁶ und der Inhalt des Anspruchs i. S. der gewünschten Rechtsänderung.¹⁷ Der vormerkungsgesicherte Anspruch hat meines Erachtens daher nicht am öffentlichen Glauben des Grund-

9 Heggen, RNotZ 2008, 213 ff., genauer S. 217 unter 3. c).

10 Ebenso schon Streuer, Rpfleger 2000, 155, 156; ihm zustimmend auch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1543 bei Fn. 299

11 Hierzu Näheres bei Heggen, RNotZ 2008, 213, 215 f.

12 So beispielsweise OLG Zweibrücken, Beschluss vom 6. 6. 2005, Az. 3 W 16/05, FGPrax 2005, 244, ebenso vor Kurzem in großer Deutlichkeit: OLG München, Beschluss vom 27. 11. 2009, Az. 34 Wx 102/09, RNotZ 2010, 135 (unter 2. b) der Gründe).

13 Insofern anderer Ansicht: Amann, MittBayNot 2011, 451, 454 f. (dazu sogleich unter 4.)

14 Ebenso schon Heggen, RNotZ 2008, 213 ff.

15 in MittBayNot 2010, 451, 455.

16 Dieser muss aufgrund des sog. „Identitätsgebots auf der Passivseite“ bei der Vormerkung identisch mit dem gegenwärtigen Grundstückseigentümer sein.

17 vgl. hierzu Heggen, RNotZ 2008, 213, 215.

buchs teil – wenigstens nach der Rechtsprechung des BGH –, und daher kann es auch keine durch § 891 BGB gesicherte Vermutung gegeben, dass keine Auswechsellung oder Wiederaufladung stattgefunden hat.

Kritisch zu hinterfragen wäre aber die Prämisse des BGH, ob wirklich keine Verlautbarung des gesicherten Anspruchs bei der Vormerkung im Grundbuch erfolgen soll. Selbst bei der Eintragung des Eigentumswechsels wird – jedenfalls bei vielen Grundbuchämtern – neuerdings nicht nur das Datum der Auflassung, sondern auch die Urkundennummer des beurkundenden Notars eingetragen, um die Grundlagen für den Eigentumswechsel besser identifizieren zu können. Daher würde es meiner Ansicht nach doch eher nahe liegen, auch für einen wirksamen Austausch der gesicherten Forderung oder für ein Wiederaufladen der Vormerkung zu fordern, dass dieses im Grundbuch durch einen Änderungsvermerk bei der Vormerkung vermerkt werden muss.¹⁸ Wäre ein solcher Vermerk erforderlich, würde man – mit *Amann* – annehmen können, dass ohne Vermerk § 891 BGB die Vermutung begründet, dass eine Auswechsellung des gesicherten Anspruchs oder ein Wiederaufladen der Vormerkung gerade nicht erfolgt ist, so dass die Löschung durch Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO wieder möglich wäre.

5. Ausweg für die Praxis

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass das Problem der Löschung einer unbefristeten Vormerkung zur Sicherung eines befristeten Anspruchs für die Zukunft recht einfach umgangen werden kann:¹⁹ Es wird insoweit nicht nur der Anspruch auf Lebenszeit des Berechtigten befristet, sondern auch die Vormerkung selbst. Eine sog. Löschungserleichterungsklausel nach § 23 GBO ist hingegen nach zutreffender Ansicht bei einer Vormerkung in keiner Weise eintragungsfähig, da „Rückstände“ des dinglichen Rechts – also der Vormerkung selbst – nicht bestehen können.²⁰ Da dann aber das dingliche Recht selbst mit dem Tod der genannten Person erlischt, kann die Löschung durch Vorlage der Sterbeurkunde dann wieder erfolgen.

Es gibt nur eine kleine „Schutzlücke“ gegenüber der bisher üblichen Gestaltung: Wenn z. B. ein Rückforderungsrecht durch den Berechtigten kurz vor seinem Tod geltend gemacht wurde, er aber vor Durchsetzung des Anspruchs verstorben ist, dann erlischt – sofern der geltend gemachte Rückforderungsanspruch (wie nicht unüblich) vererblich gestellt war – für die Erben des bisherigen Berechtigten der Vormerkungsschutz mit dem Tod des ursprünglich Berechtigten. Insoweit dürfte aber nachweisbar sein, dass das Rückforderungsrecht be-

reits ausgeübt wurde und daher können die Erben den daraus folgenden – vererblichen – Anspruch auch im Wege der einstweiligen Verfügung durch Vormerkung (§ 885 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB) oder durch Eintragung eines gerichtlichen Veräußerungsverbots (§ 137 BGB) sichern lassen.

6. Ergebnis

Nach der gegenwärtigen Rechtsprechung des BGH zur Wiederaufladung von Vormerkungen und zur Auswechsellung des vormerkungsgesicherten Anspruchs kann eine unbefristete Vormerkung für einen befristeten, meistens lebzeitigen Anspruch praktisch nicht mehr durch Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO gelöscht werden. Wie die Mehrzahl der Oberlandsgerichte vor kurzem einhellig und meiner Ansicht nach unter der gegenwärtigen Ausgangslage richtig entschieden hat, ist eine Löschungsbewilligung der Erben des Berechtigten samt Erbnachweis insoweit erforderlich. Der vom *OLG Hamm* als Sonderweg verfolgte Versuch des Abstellens auf die Besonderheiten des Einzelfalls dürfte in der Regel gerade nicht möglich sein.

Allerdings wäre es meiner Ansicht nach wünschenswert, die „Uhr etwas zurückzudrehen“ und sich zu fragen, ob nicht die Wiederaufladung einer Vormerkung und die Auswechsellung des vormerkungsgesicherten Anspruchs im Grundbuch nicht doch verlaublichbar werden müsste. Insoweit bleibt zu hoffen, dass ein solcher Fall demnächst vielleicht doch einmal dem BGH vorgelegt wird, damit er die Gelegenheit hat, zu prüfen, ob diese – weit gehenden – Konsequenzen seiner Rechtsprechung wirklich gewollt waren.²¹ Bis dahin wird sich die Praxis aber damit „behelfen“ können, nicht nur den Anspruch (lebzeitig) befristet zu gestalten, sondern auch die Vormerkung selbst.

18 So bereits die Forderung bei *Stürmer/Heggen*, LM § 883 BGB Nr. 27 zur ersten BGH-Entscheidung zum Wiederaufladen der erloschenen Vormerkung aus dem Jahre 1999.

19 Was aber das Problem mit der Vielzahl an Verträgen aus der Vergangenheit, in denen noch befristete Ansprüche durch unbefristete Vormerkungen gesichert wurden, nicht löst.

20 Vgl. hierzu ausführlich: DNotI-Gutachten, DNotI-Report 4/2000, 29, 30 f.; in diesem Sinne auch: BGH, Beschl. v. 26. 3. 1992, Az. V ZB 16/91, BGHZ 117, 390 = DNotZ 1992, 569 = MittRhNotK 1992, 187 und BGH, Beschl. v. 21. 9. 1995, Az. V ZB 34/94, BGHZ 130, 385 = DNotZ 1996, 453 = NJW 1996, 59 = MittRhNotK 1996, 51.

21 Nur hingewiesen werden kann hier auf das rein praktische Problem, dass seit der Einführung des FamFG die Rechtsbeschwerde zum BGH auch in Grundbuchsachen immer von einem Rechtsanwalt am BGH geführt werden muss, was zu nicht unerheblichen Kosten auch der erfolgreichen Rechtsbeschwerde führt, so dass – allein aus Kostengründen – in gewissen Fragen eine höchststrichterliche Klärung nicht mehr herbeigeführt werden wird.

Der unentgeltliche Erwerb von Grundstücksrechten durch Minderjährige

von Notarassessor Dr. Dominik Kölmel, Würzburg*

Einleitung

A. Vorüberlegung

- I. Unterschiede bei Erwerb von Grundstücken und Erwerb von Grundstücksrechten
- II. Begriff des rechtlich lediglich vorteilhaften Rechtsgeschäfts

B. Rechtliche Vorteilhaftigkeit des Erwerbs von Grundstücksrechten

- I. Wohnungseigentum
 1. Grundsätzliche rechtlich lediglich Vorteilhaftigkeit des Erwerbs
 2. Pflichten aus dem Gemeinschaftsverhältnis als rechtlicher Nachteil
 - a) Bisherige Gegenansicht
 - b) Beschluss des BGH vom 30. September 2010 und eigene Stellungnahme

II. Erbbaurecht

1. Zwingender Bestandteil des Erbbaurechts
2. Schuldrechtlich vereinbarte Bestandteile des Erbbaurechts
3. Dingliche Sicherung schuldrechtlich vereinbarter Bestandteile des Erbbaurechts
4. Erbbauzins
5. Dingliche Bestandteile des Erbbaurechts
 - a) Typischerweise rechtlich nachteilhafte Regelungen
 - b) Typischerweise nicht rechtlich nachteilhafte Regelungen

III. Dienstbarkeiten

1. Nießbrauchsrecht
 - a) Nießbrauchsrecht zu den gesetzlichen Bestimmungen
 - b) Vertraglich modifiziertes Nießbrauchsrecht
2. Grunddienstbarkeit und beschränkte persönliche Dienstbarkeit
 - a) Grunddienstbarkeit
 - b) Beschränkte persönliche Dienstbarkeit
 - c) Wohnungsrecht

IV. Vorkaufsrecht

V. Realast

VI. Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld

VII. Vormerkung

Fazit

Einleitung

Der Minderjährige als Urkundsbeteiligter gehört in der notariellen Tätigkeit zum Tagesgeschäft. Aufgrund der Komplexität der gesetzlichen Regelungen, der zahlreichen bestehenden Unklarheiten sowie insbesondere der häufig umstrittenen Einzelprobleme stellt der Minderjährige dennoch immer wieder eine Herausforderung dar.¹ In der notariellen Praxis kommt hierbei dem Immobilienrecht besondere Bedeutung zu. Im Anschluss an den Beitrag zum unentgeltlichen Erwerb von Grundstücken² soll vorliegend der Fall erörtert werden, dass dem Minderjährigen unentgeltlich ein sonstiges Grundstücksrecht übertragen bzw. bestellt werden soll.

A. Vorüberlegung

I. Unterschiede bei Erwerb von Grundstücken und Erwerb von Grundstücksrechten

In weiten Teilen unterscheidet sich der unentgeltliche Erwerb von sonstigen Grundstücksrechten nicht vom unentgeltlichen Erwerb von Grundstücken. Dies gilt insbesondere für den grundsätzlichen Prüfungsaufbau³ sowie die generelle Ausschlussproblematik nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 BGB.⁴ Hier wie dort ist von entscheidender Bedeutung, ob der Vertreter des Minderjährigen in Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt,⁵ sowie ob das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen rechtlich lediglich vorteilhaft ist.⁶ Sowohl bei der Frage

* Dr. Dominik Kölmel ist Notarassessor und zzt. an das Deutsche Notarinstitut in Würzburg abgeordnet. Der Beitrag gibt seine persönliche Auffassung wieder.

1 In dem bereits erschienen Artikel „Der Minderjährige in der notariellen Praxis – Grundlagen“ (Kölmel, RNotZ 2010, 1 ff.) wurde die Systematik des Minderjährigenrechts aus Sicht der notariellen Praxis dargestellt und die Funktionsweise sowie die einzelnen Regelungen des Minderjährigenrechts erörtert.

2 Kölmel, Der Minderjährige in der notariellen Praxis – unentgeltlicher Erwerb von Grundstücken, RNotZ 2010, 618. Der vorliegende Artikel baut auf diesem sowie dem in Fn. 1 genannten Artikel auf und versteht sich als Folgebeitrag.

3 Zu prüfen ist, (1) ob die Person, die handeln will, für den Minderjährigen generell handeln kann, (2) ob die für den Minderjährigen handelnde Person im konkreten Fall von der Vertretung ausgeschlossen ist, sowie (3) ob das vorgenommene Rechtsgeschäft der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. Vgl. hierzu näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 618 m. w. N.

4 Prinzipiell wird der Minderjährige von beiden Elternteilen gemeinsam vertreten. Bei einem Rechtsgeschäft zwischen dem minderjährigen Kind einerseits und einem Elternteil andererseits sind die Eltern jedoch im Grundsatz von der Vertretung des Kindes nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB ausgeschlossen, da sie andernfalls unter Verstoß gegen § 181 BGB auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts beteiligt wären. Gleiches gilt nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB auch bei Rechtsgeschäften zwischen dem Ehegatten, dem Lebenspartner (i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 1 LPartG) oder einem in gerader Linie Verwandten des vertretenden Elternteils einerseits und dem Minderjährigen andererseits. Vgl. hierzu näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 619 f. m. w. N.

5 In diesem Fall greift das Vertretungsverbot nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB aufgrund der ausdrücklichen Ausnahme in § 181 BGB nicht. Vgl. hierzu näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 619 f. m. w. N.

6 In diesem Fall ist das Vertretungsverbot nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 BGB aufgrund teleologischer Erwägungen nicht einschlägig. Vgl. hierzu näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 621 f. m. w. N.

nach einem „Handeln in Erfüllung einer Verbindlichkeit“ als auch bei der Frage nach dem Vorliegen eines „rechtlich lediglich vorteilhaften Verpflichtungsgeschäfts“⁷ bestehen keine nennenswerten Abweichungen. Beim Erfüllungsgeschäft hingegen bestehen aufgrund des unterschiedlichen Gegenstands der Erfüllung Unterschiede, die bei der Frage nach dem Vorliegen eines rechtlich lediglich vorteilhaften Rechtsgeschäfts zu beachten sind.

II. Begriff des rechtlich lediglich vorteilhaften Rechtsgeschäfts

Wann ein Rechtsgeschäft als „rechtlich lediglich vorteilhaft“ zu qualifizieren ist, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.⁸ Bei einem auf einen Erwerb gerichteten Rechtsgeschäft geht der BGH in ständiger Rechtsprechung⁹ davon aus, dass dieses für den Minderjährigen dann nicht rechtlich lediglich vorteilhaft ist, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet.¹⁰

Diese grundsätzliche Definition ist jedoch nach ganz überwiegender Meinung einzuschränken, da aufgrund der aus einem Erwerb stets resultierenden gesetzlichen Haftung des Eigentümers¹¹ ansonsten die Ausnahme des „rechtlich lediglich vorteilhaften Rechtsgeschäfts“ leerzulaufen droht. Umstritten ist jedoch, wie diese Einschränkung vorgenommen werden soll.¹² Der in der Literatur und der obergerichtlichen Rechtsprechung teilweise geforderten generellen Unbeachtlichkeit unerwünschter, aber gesetzlich angeordneter Rechtsnachteile,¹³ ist der BGH wiederholt entgegengetreten und hat klar gestellt, dass auch derartige Rechtsnachteile relevant sind.¹⁴ Dies hat er zutreffend damit begründet, dass das Vermögen des Minderjährigen nicht weniger gefährdet ist, wenn der Eintritt eines Rechtsnachteils zwar von den Parteien des Rechtsgeschäfts nicht gewollt, vom Gesetz jedoch als dessen Folge angeordnet ist. Stattdessen zieht der BGH zur Eingrenzung des rechtlichen Nachteils die wirtschaftlichen Folgen des Rechtsgeschäfts heran. Zur Vermeidung einer zu engen Handhabung des § 107 BGB sollen bestimmte Rechtsnachteile wegen ihres typischerweise ganz unerheblichen Gefährdungspotentials von dem Anwendungsbereich der Vorschrift nicht erfasst werden. Dies soll nach Ansicht des BGH jedenfalls für solche Rechtsnachteile gelten, bei denen

- die persönliche Verpflichtung den Minderjährigen kraft Gesetzes trifft, und
- die persönliche Verpflichtung des Minderjährigen ihrem Umfang nach begrenzt ist, und
- die persönliche Verpflichtung des Minderjährigen wirtschaftlich derart unbedeutend ist, dass sie unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Verweigerung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter oder den Ergänzungspfleger nicht rechtfertigen könnte.

Weiterhin ist nach der Rechtsprechung des BGH die Folge des Rechtsgeschäfts dann unbeachtlich, wenn

diese zwar an sich einen rechtlich relevanten Nachteil begründen würde, sich dieser aber lediglich als zukünftige, derzeit rein theoretische Möglichkeit darstellt.¹⁵

B. Rechtliche Vorteilhaftigkeit des Erwerbs von Grundstücksrechten

Ausgehend von der Rechtsprechung des BGH soll im Folgenden untersucht werden, wann das Erfüllungsgeschäft bei einer Übertragung oder Bestellung eines Grundstücksrechts zugunsten des Minderjährigen als rechtlich lediglich vorteilhaft anzusehen ist, mit der Folge, dass die Eltern den Minderjährigen trotz grundsätzlichen Vorliegens eines Vertretungsausschlusses nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 BGB vertreten können.

I. Wohnungseigentum

Der Übertragung von Wohnungseigentum von den Eltern auf das minderjährige Kind kommt in der notariellen Praxis besondere Bedeutung zu. Ob bzw. wann eine solche Übertragung aufgrund des Gegenstands des Erfüllungsgeschäfts zwingend als nicht rechtlich lediglich vorteilhaft anzusehen ist, wird unterschiedlich beurteilt.

1. Grundsätzliche rechtlich lediglich Vorteilhaftigkeit des Erwerbs

Die bislang wohl überwiegende Ansicht geht davon aus, dass der Erwerb von Wohnungseigentum im Grundsatz rechtlich lediglich vorteilhaft ist. Allein die zwischen den Wohnungseigentümern unmittelbar aufgrund Gesetzes bestehenden Pflichten, sollen die Übertragung nicht rechtlich nachteilhaft machen. Dies wird damit begründet, dass die den Wohnungseigentümer treffenden Pflichten, sofern sie sich zwangsläufig aus der Stellung als Wohnungseigentümer ergeben, nicht anders zu bewerten seien, als die sonst mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenen Pflichten. Ergänzend wird angeführt, dass das Gemeinschaftsverhältnis lediglich

7 Vgl. hierzu näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 621 f. m. w. N.

8 Vgl. zu den Einzelheiten Kölmel, RNotZ 2010, 1, 6 ff. sowie Kölmel, RNotZ 2010, 618, 621 ff. jeweils mit Nachweisen zu den unterschiedlichen Ansichten.

9 Vgl. Beschluss des BGH v. 25. 11. 2004, BGHZ 161, 170 = DNotI-Report 2005, 21 = DNotZ 2005, 549 = FamRZ 2005, 359 = JZ 2006, 147 = MDR 2005, 323 = MittBayNot 2005, 408 = NJW 2005, 415 = NotBZ 2005, 140 = RNotZ 2005, 228 = WM 2005, 144 = ZEV 2005, 66 sowie Beschluss des BGH v. 3. 2. 2005, BGHZ 162, 137 = DNotI-Report 2005, 68 = DNotZ 2005, 625 = FamRZ 2005, 1738 = MDR 2005, 562 = NJW 2005, 1430, 1431 = NotBZ 2005, 165 = Rpfleger 2005, 354 = WM 2005, 942 sowie Beschluss des BGH v. 30. 9. 2010, DNotI-Report 2010, 213 = DNotZ 2011, 346 = FGPrax 2011, 21 = MittBayNot 2011, 129 = NJW 2010, 3643 = NotBZ 2011, 94 = NZM 2010, 903 = WM 2010, 2326.

10 Vgl. hierzu näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 624 ff.

11 Zu denken ist hier bspw. an die Pflicht zur Tragung der laufenden (vgl. hierzu Kölmel, RNotZ 2010, 618, 626 f.) und außerordentlichen (vgl. hierzu Kölmel, RNotZ 2010, 618, 632 f.) öffentlich-rechtlichen Lasten, die potentielle Haftung als Zustandsstörer (vgl. hierzu Kölmel, RNotZ 2010, 618, 633 f.), die Grunderwerbssteuer (vgl. hierzu Kölmel, RNotZ 2010, 618, 629 f.) sowie die Notar- und Gerichtskosten (vgl. hierzu Kölmel, RNotZ 2010, 618, 630 f.).

12 Vgl. hierzu näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 625 ff.

13 Vgl. hierzu näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 625 ff.

14 Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 9.

15 Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 9. Vgl. zum Ganzen weiterhin Kölmel, RNotZ 2010, 618, 626 ff.

Rechte und Pflichten der Sondereigentümer untereinander regelt, was hinzunehmen sei.¹⁶

Der Erwerb von Wohnungseigentum soll nach dieser Ansicht nur bei Hinzutreten besonderer Umstände nicht rechtlich lediglich vorteilhaft sein. So wird ein rechtlicher Nachteil angenommen, wenn in der zwischen den Wohnungseigentümern vereinbarten Gemeinschaftsordnung die den einzelnen Wohnungseigentümer treffenden Verpflichtungen gegenüber den gesetzlichen Regelungen nicht unerheblich verschärft worden sind. Dies wird damit begründet, dass in diesem Fall den Minderjährigen mit Übertragung des Wohneigentums aufgrund seiner Verpflichtung aus der verschärften Gemeinschaftsordnung Pflichten treffen, die über das gesetzlich Vorgesehene hinausgehen.¹⁷ Weiterhin wird vertreten, dass ein rechtlicher Nachteil dann vorliegt, wenn der Minderjährige in den Verwaltervertrag eintritt, der das Auftragsverhältnis zwischen Verwalter und Wohnungseigentümer regelt. Der Verwaltervertrag unterscheidet sich insoweit nicht von dem Abschluss sonstiger Dienst- oder Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben. Dies soll auch dann gelten, wenn ausweislich der Grundakten kein Verwaltervertrag besteht, bereits die Übernahme der Verpflichtungen aus einem möglicherweise bestehenden Vertrag stelle einen rechtlichen Nachteil dar.¹⁸

2. Pflichten aus dem Gemeinschaftsverhältnis als rechtlicher Nachteil

a) Bisherige Gegenansicht

Die Gegenansicht geht hingegen davon aus, dass der Erwerb von Wohnungseigentum nie rechtlich lediglich vorteilhaft ist, auf das Bestehen eines Verwaltervertrags oder auf den genauen Inhalt der Teilungserklärung komme es nicht an. Dies wird damit begründet, dass der Minderjährige mit dem Erwerb des Wohnungseigentums zwingend Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft werde, für deren Verbindlichkeiten er persönlich und ohne Beschränkung auf den zugewandten Gegenstand hafte.¹⁹

b) Beschluss des BGH vom 30. September 2010 und eigene Stellungnahme

In seinem Beschluss vom 30. September 2010²⁰ hat sich der BGH dieser Ansicht angeschlossen. Dies ist ausgehend von seiner bisherigen Rechtsprechung konsequent und verdient Zustimmung.

Im Ausgangspunkt ist nach der ständigen Rechtsprechung des BGH bei einem auf einen Erwerb gerichteten Rechtsgeschäft ein rechtlich relevanter Nachteil zu bejahen, wenn der Minderjährige in Folge des Rechtsgeschäfts mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet.²¹ Wie der BGH zutreffend ausführt, ist dies beim Erwerb von Wohnungseigentum als Folge des zwingenden Eintritts in die Wohnungseigentümergeinschaft und der hieraus resultierenden Haftung des Minderjährigen nach § 16 Abs. 2 WEG sowie nach § 10 Abs. 8 Satz 1 Halbsatz 1 WEG stets der Fall.

Als Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft ist der Minderjährige nach § 16 Abs. 2 WEG gegenüber den anderen Wohnungseigentümern verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums entsprechend seinem Anteil zu tragen. Während die Pflicht zur anteilmäßigen Tragung der Lasten unproblematisch sein dürfte,²² begründet die Pflicht zur anteilmäßigen Tragung der Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums eine persönliche Haftung des Minderjährigen, die nicht auf die zugewandte Sache beschränkt ist und stellt somit einen Rechtsnachteil dar. Gleiches gilt für die Pflicht des Minderjährigen sich nach § 16 Abs. 2 WEG durch Sonderumlagen an Wohngeldausfällen zu beteiligen. Schließlich begründet auch die Haftung des Minderjährigen nach § 10 Abs. 8 Satz 1 Halbsatz 1 WEG einen Rechtsnachteil. Nach § 10 Abs. 8 Satz 1 Halbsatz 1 WEG haftet der Minderjährige als Wohnungseigentümer für Verbindlichkeiten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, die während seiner Zugehörigkeit zur Gemeinschaft entstanden oder während dieses Zeitraums fällig geworden sind. Die Haftung nach § 10 Abs. 8 Satz 1 Halbsatz 1 WEG ist zwar der Höhe nach auf einen Betrag begrenzt, der dem Anteil des Minderjährigen am Gemeinschaftseigentum entspricht. In diesem Umfang haftet der Minderjährige aber nicht nur mit der ihm zugewandten Eigentumswohnung, sondern auch mit seinem übrigen Vermögen, so dass ein relevanter Rechtsnachteil vorliegt.

Gegen das Vorliegen eines relevanten Rechtsnachteils kann entgegen der oben unter B I. 1. dargestellten Ansicht auch nicht eingewandt werden, dass die Rechtsnachteile den Minderjährigen Kraft Gesetzes treffen und (ggf.) von den Beteiligten nicht gewollt sind. Wie der BGH bereits in seinen Beschlüssen vom 25. November 2004 sowie vom 3. Februar 2005 ausgeführt hat und in

16 Vgl. OLG Celle, NJW 1976, 2214 f.; OLG Hamm, NJW-RR 2000, 1611, 1613; LG Saarbrücken, MittRhNotK 1990, 109, 110; Böttcher in: Meikel, GBO, 10. Aufl. 2009, Einl. I, Rn. 326; Ellenberger in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 107 Rn. 4; Hefermehl in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2009, § 107 Rn. 6; Holland in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl. 2009, Teil 2, Kapitel 7 Rn. 30 f.; Jerschke, Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, A V Rn. 51, 53; Knothe in: Staudinger, Bearbeitung 2004, § 107 Rn. 13; Schaub in: Bauer/v. Oefele GBO, 2. Aufl. 2006, AT VII Rn. 230; Schmitt in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2006, § 107 Rn. 48 bei gg; Stutz, MittRhNotK 1993, 205, 211; Wendtland in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2007, § 107 Rn. 8 ders. in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand 1. 3. 2011, Edition 19, § 107 Rn. 8 jeweils m. w. N.

17 Vgl. hierzu neben den in Fn. 16 genannten Fundstellen auch BGHZ 78, 28, 32; BayObLG, BayObLGZ 1979, 243, 249.

18 Vgl. die in Fn. 16 genannten Fundstellen. Vgl. aus der Rechtsprechung insbesondere OLG Celle, NJW 1976, 2214 f.; OLG Hamm, NJW-RR 2000, 1611 ff. jeweils m. w. N.

19 OLG München, MittBayNot 2008, 389, 389 = RNotZ 2008, 346, 347 = ZEV 2008, 246, 247; Armbrüster in: Bärman, Wohnungseigentumsgesetz, 11. Auflage 2010, § 1 Rn. 90; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2009, Anh. zu § 3 Rn. 60; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3610 m.

20 Nachweis in Fn. 9. Vgl. zu diesem Beschluss weiterhin Kölmel, FamRZ 2011, 206 f.

21 Vgl. hierzu bereits oben unter A II.

22 Die Pflicht zur Tragung der laufenden öffentlichen Grundstückslasten stellt nach Ansicht des BGH keinen relevanten Rechtsnachteil dar, vgl. Beschluss vom 25. November 2004 (Fn. 9). Vgl. hierzu näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 626 ff.

dem Beschluss vom 30. September 2010 nochmals ausdrücklich bestätigt, sind auch derartige Rechtsnachteile relevant, da das Vermögen des Minderjährigen nicht weniger gefährdet ist, wenn der Eintritt eines Rechtsnachteils zwar von den Parteien des Rechtsgeschäfts nicht gewollt, vom Gesetz jedoch als dessen Folge angeordnet ist.²³

Zu Fragen ist allerdings ausgehend von der bisherigen Rechtsprechung des BGH, ob die den Minderjährigen Kraft Gesetzes treffenden persönlichen Verpflichtungen als in ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich so unbedeutend angesehen werden können, dass sie unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Verweigerung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter oder durch einen Ergänzungspfleger nicht rechtfertigen könnten. Dies verneint der BGH zutreffend unter Hinweis darauf, dass jedenfalls die vom Minderjährigen anteilig nach § 16 Abs. 2 WEG zu tragenden Kosten für Instandhaltung und Instandsetzung kaum kalkulierbar sind und je nach dem Alter und dem Zustand des Gebäudes, in dem sich die Eigentumswohnung befindet, ein ganz erhebliches Ausmaß annehmen können. Da die Haftung des Minderjährigen auch bereits hinreichend konkretisiert ist, kann der Nachteil weiterhin auch nicht als lediglich zukünftige, derzeit rein theoretische Möglichkeit angesehen werden, so dass auch eine Unbeachtlichkeit des Nachteils aus diesem Grunde ausscheidet.

Im Ergebnis ist somit der Erwerb von Wohnungseigentum für den Minderjährigen nie rechtlich lediglich vorteilhaft, ohne dass es auf das Bestehen eines Verwaltungsvertrags oder auf den genauen Inhalt der Teilungserklärung ankommt.

II. Erbbaurecht

Ebenfalls erhebliche Bedeutung hat in der notariellen Praxis die Übertragung von Erbbaurechten von den Eltern auf das minderjährige Kind. Ob bei der Übertragung oder Bestellung des Erbbaurechts das Erfüllungsgeschäft für den Minderjährigen rechtlich lediglich vorteilhaft ist, kann allerdings aufgrund der grundsätzlichen inhaltlichen Flexibilität des Erbbaurechts nicht pauschal beantwortet werden. Vielmehr ist es jeweils nötig, nach dem genauen Inhalt des Erbbaurechts zu differenzieren.

1. Zwingender Bestandteil des Erbbaurechts

Zwingender Bestandteil jedes Erbbaurechts ist lediglich der in § 1 ErbbauRG festgelegte Mindestinhalt.²⁴ Hiernach ist für ein Erbbaurecht erforderlich, dass ein Grundstück in der Weise belastet wird, dass demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben. Allein die Übertragung oder Verschaffung dieser Rechtsposition an den Minderjährigen begründet für diesen mangels persönlicher Verpflichtung keinen rechtlichen Nachteil.

2. Schuldrechtlich vereinbarte Bestandteile des Erbbaurechts

Weiterhin können die Beteiligten mit schuldrechtlicher Wirkung als Bestandteil des Erbbaurechts alles verein-

baren, was nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößt.²⁵ Werden hierbei Verpflichtungen des Minderjährigen als Erbbauberechtigtem begründet bzw. auf diesen übergeleitet, so stellen diese stets einen rechtlich relevanten Nachteil dar. Dieser Nachteil betrifft aufgrund seiner lediglich schuldrechtlichen Natur jedoch ausschließlich das Grundgeschäft und lässt das Erfüllungsgeschäft unberührt.²⁶ Dies gilt unabhängig davon, ob man der Gesamtbetrachtungslehre folgt oder nicht, da auch von den Vertretern der Gesamtbetrachtungslehre mittlerweile anerkannt wird, dass die Unwirksamkeit des Grundgeschäfts das Erfüllungsgeschäft unberührt lässt.²⁷ Vom Grundbuchamt kann die Eintragung der Bestellung bzw. Übertragung des Erbbaurechts mithin nicht unter Verweis auf den rechtlichen Nachteil des Grundgeschäfts verweigert werden, der Notar hat die Urkunde grundsätzlich zu vollziehen.²⁸

3. Dingliche Sicherung schuldrechtlich vereinbarter Bestandteile des Erbbaurechts

Die Parteien des Erbbaurechtsvertrages können bestehende schuldrechtliche Abreden nach allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen dinglich absichern, bspw. durch eine Vormerkung oder eine Hypothek.²⁹ Geschieht dies, ist zunächst zu beachten, dass die dingliche Sicherung an der Einordnung der gesicherten schuldrechtlichen Verpflichtung nichts ändert. Die schuldrechtliche Verpflichtung selbst ist auch bei dinglicher Sicherung für die Beurteilung der rechtlichen Vorteilhaftigkeit des Erfüllungsgeschäfts irrelevant. Zu überprüfen ist aber, ob die dingliche Sicherung selbst einen rechtlich relevanten Nachteil darstellt. Hierbei gelten dieselben Grundsätze, die auch bei der Beurteilung der Bestellung eines dinglichen Rechts zulasten eines Grundstücks des Minderjährigen bzw. bei der Übertragung eines dinglich belasteten Grundstücks auf den Minderjährigen gelten. Ob die dingliche Sicherung einen rechtlichen Nachteil des Erfüllungsgeschäfts zur Folge hat, hängt mithin von dem vereinbarten dinglichen Recht sowie seiner genauen Ausgestaltung ab.³⁰ Zumindest regelmäßig wird die Sicherung eines Anspruchs durch eine Vormerkung³¹ oder durch eine Hypothek oder Grundschuld³² nicht zu einem rechtlich relevanten

23 Vgl. hierzu bereits oben unter A II. Zur angeführten Rechtsprechung siehe die Nachweise in Fn. 9.

24 Vgl. näher Hustedt in: Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 9. Aufl. 2010, § 1 Rn. 1 ff.; Maaß in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2008, § 1 ErbbauRG Rn. 7 ff.; v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Auflage 2008, Rn. 4.2; Rapp in: Staudinger, Bearbeitung 2009, § 1 ErbbauRG Rn. 1 ff. jeweils m. w. N.

25 Vgl. Hustedt a.a.O. (Fn. 24) § 1 Rn. 4; v. Oefele/Winkler (a.a.O. Fn. 24) Rn. 4.3 jeweils m. w. N.

26 Dies führt ggf. dazu, dass die Eltern von der Vertretung des minderjährigen Kindes bzgl. des Grundgeschäfts ausgeschlossen sind, mit der Folge, dass die erfolgte Übertragung bzw. Begründung des Erbbaurechts als rechtsgrundlos nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln ist. Vgl. zu den Folgen bei einem wirksamen Erfüllungsgeschäft bei unwirksamem Grundgeschäft näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 619 ff.

27 Vgl. hierzu ausführlich Kölmel, RNotZ 2010, 618, 619 ff.

28 Vgl. hierzu näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 620.

29 Vgl. hierzu näher Hustedt a.a.O. (Fn. 24) § 1 Rn. 4; v. Oefele/Winkler, a.a.O. (Fn. 24) Rn. 4.3 jeweils m. w. N.

30 Vgl. zu den unterschiedlichen dinglichen Rechten ausführlich Kölmel, RNotZ 2010, 618, 636 f.

31 Vgl. näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 642.

32 Vgl. näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 636 f.

Nachteil führen, während die Vereinbarung einer Real-last³³ zumindest ganz regelmäßig zur rechtlichen Nachteilhaftigkeit des Rechtsgeschäfts führt.

4. Erbbauzins

Besondere Bedeutung kommt in der Praxis dem Erbbauzins zu. Auch wenn eine entsprechende Regelung nicht zwingend vorzusehen ist, so wird in der Praxis jedenfalls beim entgeltlichen Erbbaurecht in aller Regel ein Erbbauzins vereinbart.

Prinzipiell kann der Erbbauzins rein schuldrechtlich vereinbart werden.³⁴ Geschieht dies und ist der Minderjährige mithin nur schuldrechtlich zur Zahlung eines Erbbauzinses verpflichtet, so macht diese Vereinbarung entsprechend den obigen Ausführungen unter B. II. 2. zwar das Verpflichtungsgeschäft rechtlich nachteilhaft, sie führt jedoch nicht zu einer rechtlichen Nachteilhaftigkeit des Erfüllungsgeschäfts. Alternativ oder zusätzlich kann neben dem schuldrechtlichen jedoch auch ein dinglicher Erbbauzins vereinbart werden.³⁵ Auch ein dinglicher Erbbauzins ist jedoch nicht dinglicher *Inhalt* des Erbbaurechts, sondern eine dingliche *Belastung* des Erbbaurechts.³⁶ Auf den Erbbauzins finden nach § 9 Abs. 1 ErbbauRG die Regelungen über die Reallast entsprechend Anwendung. Im Ergebnis steht der Minderjährige mithin so, als ob ihm ein mit einer Reallast belastetes Erbbaurecht übertragen bzw. bestellt worden wäre. Dies hat zur Folge, dass der Minderjährige als Eigentümer des Erbbaurechts nach § 1108 BGB für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen grundsätzlich auch persönlich haftet. Diese persönliche Haftung des Minderjährigen stellt einen relevanten rechtlichen Nachteil³⁷ dar und macht mithin die Übertragung bzw. Bestellung eines Erbbaurechts bei Bestehen eines dinglichen Erbbauzinses rechtlich nachteilhaft.

5. Dingliche Bestandteile des Erbbaurechts

Bestimmte vertragliche Vereinbarungen können nach § 2 ErbbauRG zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden. Derartige dingliche Bestandteile des Erbbaurechts betreffen unmittelbar das Erbbaurecht selbst und mithin das Erfüllungsgeschäft. Dies ähnelt der Situation beim Wohnungseigentum, in der den Minderjährigen unmittelbar die aus dem Wohnungseigentum resultierenden Pflichten treffen. Hier wie dort kann ausgehend von der Rechtsprechung des BGH ein rechtlicher Nachteil nicht mit der Begründung verneint werden, die Nachteile würden unmittelbar aus dem Gesetz bzw. aus das Gesetz lediglich konkretisierenden Vereinbarungen folgen.³⁸ Zu fragen ist vielmehr auch beim Erbbaurecht danach, ob der Minderjährige in Folge der Bestellung bzw. der Übertragung des Erbbaurechts mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet.³⁹

§ 2 ErbbauRG eröffnet allerdings lediglich die Möglichkeit, zu bestimmten Bereichen Regelungen zu treffen, die dinglicher Bestandteil des Erbbaurechts werden. Der genaue Inhalt der jeweiligen Regelung wird hingegen von § 2 ErbbauRG nicht vorgegeben, dieser wird vielmehr – in den gesetzlich gezogenen Grenzen – von

den Parteien des Erbbaurechtsvertrags vereinbart. Dies hat zur Folge, dass eine pauschale Einordnung der nach § 2 ErbbauRG prinzipiell möglichen Regelungen als rechtlich (nicht) lediglich vorteilhaft aufgrund der Vielzahl der Gestaltungsvarianten nicht abschließend erfolgen kann. Möglich ist allerdings eine typisierende Einordnung, die freilich eine kritische Überprüfung der tatsächlich getroffenen Regelungen nicht entbehrlich machen kann.

a) Typischerweise rechtlich nachteilhafte Regelungen

Die folgenden nach § 2 ErbbauRG möglichen Regelungen sind für den Minderjährigen als Erbbauberechtigten typischerweise rechtlich nachteilhaft, da er durch sie mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet und diese Pflichten zumindest regelmäßig weder als ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich unbedeutend angesehen werden können, noch diese lediglich eine nur theoretische Haftungsgefahr für den Minderjährigen darstellen:

- Pflicht des Erbbauberechtigten zur Errichtung, Instandhaltung oder Verwendung des Bauwerks (§ 2 Nr. 1 ErbbauRG),
- Pflicht des Erbbauberechtigten zur Versicherung des Bauwerks oder zum Wiederaufbau im Falle der Zerstörung (§ 2 Nr. 2 ErbbauRG),
- Pflicht des Erbbauberechtigten zur Zahlung von Vertragsstrafen (§ 2 Nr. 5 ErbbauRG).

b) Typischerweise nicht rechtlich nachteilhafte Regelungen

Andere nach § 2 ErbbauRG mögliche Regelungen sind typischerweise nicht bzw. zumindest bei bestimmter Ausgestaltung für den Minderjährigen nicht rechtlich nachteilhaft.

Nach § 2 Nr. 3 ErbbauRG kann vereinbart werden, dass der Erbbauberechtigte die öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben zu tragen hat. Zu den laufenden öffentlichen Grundstückslasten hat der BGH entschieden, dass diese keinen rechtlichen Nachteil darstellen, da sie als ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich so unbedeutend anzusehen sind, dass sie unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Verweigerung der Genehmigung nicht rechtfertigen könnten.⁴⁰ Weiterhin begründet die Pflicht zur Tragung

³³ Vgl. näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 641.

³⁴ Vgl. näher Hustedt a.a.O. (Fn. 24.) § 9 Rn. 11; v. Oefele/Winkler, a.a.O. (Fn. 24.) Rn. 6.13; Rapp a.a.O. (Fn. 24.) § 9 Rn. 6 jeweils m. w. N.

³⁵ Vgl. Hustedt a.a.O. (Fn. 24.) § 9 Rn. 9; v. Oefele/Winkler a.a.O. (Fn. 24.) Rn. 6.13; Rapp a.a.O. (Fn. 24.) § 9 Rn. 4 jeweils m. w. N.

³⁶ Vgl. Hustedt a.a.O. (Fn. 24.) § 9 Rn. 21; v. Oefele/Winkler, a.a.O. (Fn. 24.) Rn. 6.25 jeweils m. w. N.

³⁷ Vgl. zur rechtlichen Nachteilhaftigkeit bei der Übertragung eines mit einer Reallast belasteten Grundstücks näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 641 m. w. N.

³⁸ Vgl. oben unter A II sowie unter B I. 2. b).

³⁹ Vgl. oben unter A II.

⁴⁰ Beschluss des BGH v. 25. November 2004 (Nachweise in Fn. 9). Vgl. hierzu näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 626 f. m. w. N.

außerordentlicher Grundstückslasten nach der Rechtsprechung des BGH jedenfalls dann keine rechtlich relevanten Nachteile, wenn es sich bei der Haftung des Minderjährigen ausschließlich um eine zukünftige, theoretische Möglichkeit handelt.⁴¹ Solange die Haftung des Minderjährigen auf diese Fallgestaltungen beschränkt ist, stellt eine entsprechende Regelung demnach keinen rechtlich relevanten Nachteil dar. Anders ist dies allerdings zu beurteilen, wenn der minderjährige Erbbauberechtigte auch verpflichtet ist, die privatrechtlichen Lasten (bspw. Zinsen von Hypotheken/Grundschulden oder Rentenschulden) zu tragen. Die hieraus resultierende persönliche und unbeschränkte Haftung kann richtigerweise nicht als wirtschaftlich unbedeutend oder lediglich theoretische Möglichkeit im Sinne der Rechtsprechung des BGH angesehen werden und begründet somit einen rechtlich relevanten Nachteil.

Nach § 2 Nr. 4 ErbbauRG kann der Erbbauberechtigte verpflichtet werden, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen (Heimfall). Grundsätzlich begründet das Heimfallrecht keinen rechtlich relevanten Nachteil, da der Minderjährige hier ggf. lediglich das ihm Zugewandte wieder verliert. Zu beachten sind allerdings die genauen Modalitäten des Heimfalls. Soweit die Haftung des Minderjährigen nicht ausschließlich auf das Zugewandte beschränkt ist, liegt ein rechtlich relevanter Nachteil vor. Prinzipiell gilt hier Vergleichbares wie bei einer in einem Übertragungsvertrag vereinbarten Rückübertragungsverpflichtung.⁴²

Nach § 2 Nr. 6 ErbbauRG kann die Einräumung eines Vorrechts für den Erbbauberechtigten auf Erneuerung des Erbbaurechts nach dessen Ablauf als Bestandteil des Erbbaurechts vereinbart werden. Da hier der Minderjährige als Erbbauberechtigter nicht verpflichtet wird, sondern ihm lediglich einseitig Rechte eingeräumt werden, stellt eine entsprechende Vereinbarung grundsätzlich keinen rechtlich relevanten Nachteil dar.

Nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG kann eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen, vereinbart werden. Auch hier wird einseitig der Grundstückseigentümer verpflichtet, sodass für den Minderjährigen als Erbbauberechtigten aus einer solchen Regelung grundsätzlich kein rechtlich relevanter Nachteil folgt.

III. Dienstbarkeiten

Wird zugunsten des Minderjährigen ein Nießbrauchsrecht oder eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit oder zugunsten eines im Eigentum des Minderjährigen stehenden Grundstücks eine Grunddienstbarkeit bestellt, so ist auch hier hinsichtlich der rechtlichen Nachteilhaftigkeit des Erfüllungsgeschäfts danach zu fragen, ob der Minderjährige in Folge des Rechtsgeschäfts mit Verpflichtungen belastet wird, für die er auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet.

1. Nießbrauchsrecht

Nach § 1030 Abs. 1 BGB kann eine Sache in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die

Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen der Sache zu ziehen (Nießbrauch).

a) Nießbrauchsrecht zu den gesetzlichen Bestimmungen

Der Inhalt des Nießbrauchsrechts an einem Grundstück ergibt sich grundsätzlich aus §§ 1030–1067 BGB. Wird ein Nießbrauchsrecht mit dem gesetzlichen Inhalt für den Minderjährigen bestellt, so ist dies für den Minderjährigen prinzipiell nicht rechtlich lediglich vorteilhaft. Dies folgt bereits daraus, dass der Minderjährige nach § 1036 Abs. 2 BGB die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten und nach § 1041 BGB für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu sorgen hat. Weiterhin hat der Nießbraucher nach § 1045 BGB die Sache zu versichern. Schließlich ist der Nießbraucher nach § 1047 BGB dem Eigentümer gegenüber zur Lastentragung verpflichtet. Der Minderjährige haftet für diese Verpflichtungen nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen, so dass prinzipiell ein rechtlicher Nachteil vorliegt. Wie dargestellt kann hiergegen auch nicht eingewandt werden, dass die Nachteile auf Gesetz beruhen und evtl. von den Parteien nicht gewollt sind.⁴³

Zu fragen ist ausgehend von der Rechtsprechung des BGH allerdings, ob die den Minderjährigen kraft Gesetzes treffenden persönlichen Verpflichtungen ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich derart unbedeutend sind, dass sie unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Verweigerung der Genehmigung durch die Eltern oder durch einen Ergänzungspfleger nicht rechtfertigen könnten. Dies dürfte für die aus § 1047 1. HS BGB resultierende Pflicht, prinzipiell die auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten zu tragen, im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH zu den öffentlichen Lasten zu bejahen sein.⁴⁴ Allerdings ist der Nießbraucher nach § 1047 1. HS BGB auch verpflichtet diejenigen privatrechtlichen Lasten zu tragen, welche schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten, insbesondere die Zinsen der Hypothekenforderungen und Grundschulden sowie die auf Grund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen. Entsprechend den Ausführungen zur Lastentragungspflicht beim Erbbaurecht⁴⁵ wird man hier eine wirtschaftliche Unbeachtlichkeit kaum annehmen können. Jedenfalls hinsichtlich der Erhaltungspflichten nach § 1036 Abs. 2 BGB und § 1041 BGB scheidet eine Unbeachtlichkeit aus, da es je nach Art der Sache bzw. Art der Nutzung mit erheblichen Kosten und Risiken verbunden sein kann, für die Erhaltung der Sache in ihrem

41 Beschluss des BGH v. 25. November 2004 (Nachweise in Fn. 9). Vgl. hierzu näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 626 sowie 632 f. m. w. N.

42 Vgl. hierzu näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 621. Beim Heimfallanspruch ist freilich zu beachten, dass dieser ggf. dinglicher Bestandteil des Erbbaurechts ist und somit das Erfüllungsgeschäft betrifft, wohingegen die schuldrechtlich vereinbarte Rückübertragungsverpflichtung lediglich das Verpflichtungsgeschäft betrifft. Weiterhin sind beim Heimfallanspruch die gesetzlichen Vorgaben zu beachten, insbesondere §§ 32, 33 ErbbauRG.

43 Vgl. oben unter A II.

44 Vgl. den Beschluss des BGH v. 25. November 2004 (Nachweise in Fn. 9). Vgl. hierzu näher Kölmel, RNotZ 2010, 618, 626 f. m. w. N.

45 Vgl. B. II. 5. b).

wirtschaftlichen Bestand zu sorgen und die bisherige Nutzung aufrecht zu erhalten. Weiterhin treffen die Erhaltungspflichten den Minderjährigen direkt mit Bestellung des Rechts, es kann mithin auch nicht vom Vorliegen lediglich theoretisch möglicher Nachteile ausgegangen werden. Im Ergebnis liegt somit bei der Bestellung eines Nießbrauchsrechts zu den gesetzlichen Bestimmungen stets ein relevanter Rechtsnachteil vor.⁴⁶

b) Vertraglich modifiziertes Nießbrauchsrecht

Fraglich ist, ob das Nießbrauchsrecht vertraglich so ausgestaltet werden kann, dass es für den Minderjährigen rechtlich lediglich vorteilhaft ist. Dies wird teilweise bejaht, sofern die Verpflichtungen aus §§ 1041, 1045, 1047 BGB beim Eigentümer verbleiben bzw. soweit dem Eigentümer sämtlichen Pflichten aus dem Nießbrauchsrecht zugewiesen werden.⁴⁷ Dem kann richtigerweise nicht gefolgt werden. Zwar können sowohl § 1045 BGB⁴⁸ als auch § 1047 BGB⁴⁹ nach hM mit dinglicher Wirkung abbedungen werden, da beide Normen nicht zum Kernbestand des Nießbrauchsrechts gehören. Die Erhaltungspflicht nach § 1041 Satz 1 BGB ist jedoch nach zutreffender, ganz überwiegender Ansicht dinglich nicht abbedingbar.⁵⁰ Gleiches gilt für die Pflicht des Nießbrauchers nach § 1036 Abs. 2 BGB, bei der Ausübung des Nutzungsrechts die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten.⁵¹ Die aus §§ 1036 Abs. 2, 1041 Satz 1 BGB resultierenden Rechtsnachteile treffen den Minderjährigen somit stets und unabhängig von der genauen Ausgestaltung des Nießbrauchsrechts. Eine (ohne weiteres zulässige) lediglich schuldrechtliche Abbedingung vermag hieran nichts zu ändern, da die grundsätzliche Haftung des Minderjährigen unberührt bleibt. Da die Erhaltungspflichten nach § 1036 Abs. 2 BGB und § 1041 BGB wie dargestellt auch weder als wirtschaftlich unbeachtlich noch als lediglich theoretisches Haftungsrisiko im Sinne der Rechtsprechung des BGH angesehen werden können, ist das Nießbrauchsrechts demnach unabhängig von der genauen Ausgestaltung rechtlich stets auch nachteilhaft.⁵²

2. Grunddienstbarkeit und beschränkte persönliche Dienstbarkeit

a) Grunddienstbarkeit

Nach § 1018 Abs. 1 BGB kann ein Grundstück zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks in der Weise belastet werden, dass dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf oder dass auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder dass die Ausübung eines Rechts ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergibt (Grunddienstbarkeit). Bei der Bestellung einer solchen Grunddienstbarkeit zugunsten eines im Eigentum des minderjährigen Kindes stehenden Grundstücks oder bei der Übertragung eines entsprechend berechtigten Grundstücks auf das minderjährige Kind, ist für die Frage der rechtlichen Vorteilhaftigkeit auf den genauen Inhalt der Grunddienstbarkeit abzustellen, eine pauschale Ein-

ordnung kann aufgrund der Vielgestaltigkeit der Gestaltungsmöglichkeiten nicht erfolgen.

Relevante Nachteile können sich insbesondere aus einer zulasten des Minderjährigen vereinbarten Unterhaltungspflicht ergeben. Gehört zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstück und steht dem Eigentümer das Recht zur Mitbenutzung der Anlage zu, so kann nach § 1021 Abs. 1 Satz 2 BGB bestimmt werden, dass der Berechtigte die Anlage zu unterhalten hat, soweit es für das Benutzungsrecht des Eigentümers erforderlich ist. Wird bzw. ist eine solche Unterhaltungspflicht für den Minderjährigen als Eigentümer des berechtigten Grundstücks vereinbart, so gelten aufgrund der Verweisung in § 1021 Abs. 2 BGB für die Haftung des Minderjährigen die Regelungen über die Reallasten entsprechend. Aufgrund der hieraus resultierenden persönlichen und unbeschränkten Haftung des Minderjährigen folgt – wie bei der Reallast generell – ein rechtlich relevanter Nachteil.⁵³ Gleiches gilt aufgrund der Verweisung in § 1022 Satz 2 BGB für die Unterhaltungspflicht bei Anlagen auf baulichen Anlagen nach § 1022 Satz 1 BGB. Schließlich kann ein rechtlicher Nachteil auch aus der Unterhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB resultieren. Zwar fehlt hier im Unterschied zur Regelung in § 1021 BGB eine Verweisung auf die Regelungen über die Reallasten. Dennoch haftet der Minderjährige bei einer Verletzung seiner Unterhaltungspflicht persönlich und unbeschränkt.⁵⁴ Angesichts der Tatsache, dass – insbesondere bei größeren Anlagen – die Unterhaltung der Anlage mit erheblichen Kosten verbunden sein

46 Im Ergebnis ganz hM, vgl. bspw. Frank in: Staudinger, Bearbeitung 2009, Vorbem. zu § 1030 ff. Rn. 30; Pohlmann in: Münchener Kommentar BGB, 5. Auflage 2009, § 1030 Rn. 94; Schmitt a.a.O. (Fn. 16) § 107 Rn. 48; Schöner/Stöber a.a.O. (Fn. 19) Rn. 3610 h jeweils m.w.N. A. A. Knothe a.a.O. (Fn. 16), § 107 Rn. 14 mit dem (vom BGH in seinem Beschluss v. 25. November 2004 [Nachweise in Fn. 9] generell verworfenen) Argument, die Nachteile seien unbeachtlich, da sie nicht aus dem Erwerbsakt resultieren würden, sondern Inhalt des erworbenen Rechts seien.

47 Vgl. LG Augsburg, MittBayNot 1977, 181; LG Stuttgart, BWNotZ 1976, 170 = MittRhNotK 1976, 628; LG Stuttgart, BWNotZ 1981, 65; LG Ulm, BWNotZ 1977, 91; Böttcher a.a.O. (Fn. 16), Einl. I Rn. 330; Frank a.a.O. (Fn. 46) § 1030 ff. Rn. 30; Knothe a.a.O. (Fn. 16) § 107 Rn. 14; Klüsener, Rpfleger 1981, 258, 262; Stutz, MittRhNotK 1993, 205, 213.

48 Vgl. bspw. Wegmann in: Bamberger/Roth, BGB 2. Aufl., 2008, § 1045 Rn. 18 m. w. N.

49 Vgl. bspw. Pohlmann a.a.O. (Fn. 46) § 1047 Rn. 18 m. w. N.

50 Vgl. KG DNotZ 2006, 470; BayObLG, Rpfleger 1977, 407; Bassenge in: Palandt, 70. Aufl. 2010, § 1041 Rn. 2; Frank a.a.O. (Fn. 46) vor 1030 Rn. 13; Michalski in: Erman, 12. Aufl. 2008, § 1041, Rn. 1; Pohlmann a.a.O. § 1041 (Fn. 46) Rn. 8; Stürner in: Soergel, 13. Aufl. 2001, § 1041 Rn. 2; Wegmann a.a.O. (Fn. 48) § 1041 Rn. 8 jeweils m. w. N. auch zur Gegenansicht.

51 Vgl. KG DNotZ 2006, 470; Bassenge a.a.O. (Fn. 50) § 1036 Rn. 2; Frank a.a.O. (Fn. 46) vor 1030 Rn. 13; Pohlmann a.a.O. (Fn. 46) § 1036 Rn. 15; Stürner a.a.O. (Fn. 50) vor § 1030 Rn. 11 a; Wegmann a.a.O. (Fn. 48) § 1041 Rn. 8 jeweils m. w. N.

52 Im Ergebnis ebenso OLG Saarbrücken DNotZ 1980, 113 f.; LG Aachen MittRhNotK 1978, 100 f.; FG Saarland EFG 1990, 316; Pohlmann a.a.O. (Fn. 46) § 1030 Rn. 96; Stürner a.a.O. (Fn. 50) § 1030 Rn. 2 a. Ebenso auch das Bundesministerium der Finanzen in seinem Schreiben vom 24. Juli 1998 an die Obersten Finanzbehörden der Länder, BStBl 1998, Teil 1, 914, 915.

53 Vgl. zur rechtlichen Vorteilhaftigkeit der Reallast zu Lasten des Minderjährigen Kölmel, RNotZ 2010, 618, 641.

54 Vgl. zu den verschiedenen Ansprüchen bei Verletzung der Unterhaltungspflicht Joost in: Münchener Kommentar BGB 5. Aufl. 2009, § 1020 Rn. 12 m. w. N.

kann, wird man die Haftung des Minderjährigen auch nicht als ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich völlig unbedeutend im Sinne der Rechtsprechung des BGH ansehen können. Allein die den Minderjährigen nach § 1020 Satz 1 BGB stets treffende Pflicht zur schonenden Ausübung wird man hingegen nicht als rechtlich relevanten Nachteil anzusehen haben. Zwar begründet § 1020 Satz 1 BGB eine persönliche Rechtspflicht, bei deren Verletzung der Minderjährige ggf. persönlich haftet. Dennoch stellt dies keinen relevanten rechtlichen Nachteil dar, da richtigerweise hier lediglich das dem Minderjährigen Zugewandte beschränkt wird. Die Haftung resultiert demnach nicht aus der Zuwendung selbst, sondern allenfalls aus einem zukünftigen Handeln durch den Minderjährigen.

b) Beschränkte persönliche Dienstbarkeit

Nach § 1090 Abs. 1 BGB kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder dass ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann (beschränkte persönliche Dienstbarkeit). Auch bei der Bestellung einer solchen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten des minderjährigen Kindes ist für die Frage der rechtlichen Vorteilhaftigkeit auf den genauen Inhalt der Dienstbarkeit abzustellen, eine pauschale Einordnung ist nicht möglich. Aufgrund der Verweisung in § 1090 Abs. 2 BGB (u. a.) auf die Vorschriften der §§ 1020, 1021 und 1022 BGB gelten die obigen Ausführungen zur Grunddienstbarkeit insoweit entsprechend.

c) Wohnungsrecht

Nach § 1093 Satz 1 BGB kann als beschränkte persönliche Dienstbarkeit auch das Recht bestellt werden, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes unter Ausschluss des Eigentümers als Wohnung zu benutzen. Wird dem Minderjährigen ein solches Wohnungsrecht bestellt, so gilt aufgrund der Verweisung in § 1093 Satz 2 BGB auf die für den Nießbrauch geltenden Vorschriften der §§ 1031, 1034, 1036 BGB, des § 1037 Abs. 1 BGB und der §§ 1041, 1042, 1044, 1049, 1050, 1057, 1062 BGB im Wesentlichen das zum Nießbrauch Ausgeführte entsprechend. Auch wenn auf § 1045 BGB und § 1047 BGB nicht verwiesen wird, so ist beim Wohnungsrecht bei gesetzlicher Ausgestaltung doch stets ein rechtlicher Nachteil aufgrund der Erhaltungspflicht nach § 1041 BGB anzunehmen. Geht man davon aus, dass die Erhaltungspflicht auch beim Wohnungsrecht nicht mit dinglicher Wirkung abbedungen werden kann, so gilt auch beim Wohnungsrecht, dass durch vertragliche Vereinbarungen nicht erreicht werden kann, dass die Bestellung des Wohnungsrechts rechtlich lediglich vorteilhaft ist.

IV. Vorkaufsrecht

Nach § 1094 Abs. 1 BGB kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, dem Eigentümer gegenüber zum Vorkauf berechtigt ist. Nach § 1094 Abs. 2 BGB kann das Vorkaufsrecht auch zugunsten des je-

weiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden. Die Bestellung eines solchen dinglichen Vorkaufsrechts zugunsten des Minderjährigen, dessen Bestellung zugunsten eines im Eigentum des Minderjährigen stehenden Grundstücks oder die Übertragung eines derartig berechtigten Grundstücks auf den Minderjährigen, haben keine relevanten Rechtspflichten des Minderjährigen zur Folge und sind mithin rechtlich lediglich vorteilhaft.

V. Reallast

Nach § 1105 Abs. 1 BGB kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind (Reallast). Nach § 1105 Abs. 2 BGB kann die Reallast auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden. Die Bestellung einer solchen Reallast zugunsten des Minderjährigen, deren Bestellung zugunsten eines im Eigentum des Minderjährigen stehenden Grundstücks oder die Übertragung eines derartig berechtigten Grundstücks auf den Minderjährigen, haben keine relevanten Rechtspflichten des Minderjährigen zur Folge und sind mithin rechtlich lediglich vorteilhaft.

VI. Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld

Nach § 1113 Abs. 1 BGB kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist (Hypothek). Nach § 1191 Abs. 1 BGB kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist (Grundschuld). Dieser Zahlungsanspruch begründet für den Minderjährigen, zu dessen Gunsten eine solche Hypothek bzw. Grundschuld an einem fremden Grundstück bestellt bzw. auf den sie übertragen wird, keine Rechtspflicht, ist mithin rechtlich lediglich vorteilhaft. Ggf. bestehende schuldrechtliche Verpflichtungen⁵⁵ lassen die dingliche Bestellung bzw. Übertragung des dinglichen Rechts unberührt.⁵⁶

Zu überlegen ist allerdings, ob bestimmte unmittelbar aus dem Gesetz folgende Nebenpflichten des Hypotheken- bzw. Grundschuldgläubigers die Bestellung bzw. Übertragung der Hypothek bzw. der Grundschuld auf den Minderjährigen rechtlich nachteilhaft machen. Zu denken ist hier an § 1144 BGB. Hiernach kann der Eigentümer gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Hypothekenbriefs und der sonstigen Urkunden verlangen, die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlich sind. Für die Grundschuld gilt grundsätzlich Entsprechendes aufgrund der Verweisung in § 1192 Abs. 1

⁵⁵ Bspw. aufgrund der Sicherungsabrede oder des Eintritts in einen Sicherungsvertrag.

⁵⁶ Zu beachten ist allerdings, dass ein (bei einer Grundschuld regelmäßig vorliegender) den Minderjährigen persönlich verpflichtender Sicherungsvertrag regelmäßig zu einer rechtlichen Nachteilhaftigkeit des Grundgeschäfts führt.

BGB.⁵⁷ Sonstige Urkunden in diesem Sinne sind die Löschungsbewilligung,⁵⁸ die Berichtigungsbewilligung⁵⁹ oder die löschungsfähige Quittung.⁶⁰ Weiterhin kann der Eigentümer die Aushändigung all derjenigen Urkunden verlangen, die zum Nachweis des Gläubigerrechts und damit zum Nachweis des (nunmehrigen) Rechts des Eigentümers an der Hypothek notwendig sind (bspw. Abtretungserklärungen bei einer Briefhypothek oder Erbschein/öffentliches Testament etc.).⁶¹ Da die Pflicht den Minderjährigen persönlich trifft und seine Haftung nicht auf die zugewendete Sache beschränkt ist, begründet die Pflicht aus § 1144 BGB prinzipiell einen rechtlichen Nachteil.

Ausgehend von der Rechtsprechung des BGH ist jedoch danach zu fragen, ob diese den Minderjährigen kraft Gesetz treffende Pflicht ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich derart unbedeutend ist, dass sie unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Verweigerung der Genehmigung durch die Eltern oder durch einen Ergänzungspfleger nicht rechtfertigen könnte. Hierbei ist zwischen den unterschiedlichen Urkunden zu differenzieren. Die Pflicht zur Aushändigung des Hypothekenbriefs stellt einen solchen wirtschaftlich völlig unbeachtlichen Nachteil dar, da die Aushändigung für den Minderjährigen nicht mit Kosten verbunden ist. Solche können sich allenfalls dann ergeben, wenn der ursprünglich vorhandene und dem Minderjährigen ausgehändigte Hypothekenbrief zum Zeitpunkt der Anspruchsgeltendmachung nicht mehr auffindbar ist. Eine solche theoretische gesetzliche Haftung aufgrund eines ungewissen zukünftigen Ereignisses ist auf Grundlage der Rechtsprechung des BGH⁶² jedoch als unbeachtlich anzusehen. Auch die Pflicht zur Erteilung einer Löschungsbewilligung, einer Berichtigungsbewilligung oder einer löschungsfähigen Quittung ist als wirtschaftlich völlig unbeachtlich im Sinne der Rechtsprechung des BGH anzusehen. Dies folgt daraus, dass der Minderjährige als Gläubiger zwar zur Erteilung verpflichtet ist, die Kosten der Beschaffung jedoch vom Eigentümer zu tragen sind.⁶³ Insoweit ist davon auszugehen, dass die Haftung des Minderjährigen unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Verweigerung der Genehmigung durch die Eltern oder durch einen Ergänzungspfleger nicht rechtfertigen könnte. Anders könnte dies allerdings bei der Pflicht zur Aushändigung all derjenigen Urkunden, die zum Nachweis des Gläubigerrechts erforderlich sind, zu beurteilen sein, da die Kosten für die Beschaffung dieser Urkunden vom Gläubiger und mithin vom Minderjährigen zu tragen sind.⁶⁴ Wird eine Hypothek oder Grundsuld jedoch originär zugunsten des Minderjährigen bestellt, ist eine solche Pflicht des Minderjährigen nicht denkbar, da keine weiteren Urkunden zum Nachweis des Gläubigerrechts erforderlich sind. Wird eine bestehende Grundsuld oder Hypothek auf den Minderjährigen übertragen, so ist eine solche Pflicht jedenfalls dann nicht denkbar, wenn die Übertragung grundbuchlich erfolgt oder wenn bei einer Briefhypothek die Abtretungserklärung im Sinne von § 1155 BGB bzw. die in § 1155 Satz 2 BGB genannten Urkunden in der erforderlichen Form vorliegen. Auch insoweit resultiert aus der Verpflichtung des Minderjährigen nach § 1144 BGB mithin kein relevanter Rechtsnachteil.

VII. Vormerkung

Nach § 883 Abs. 1 BGB kann zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Nach § 883 Abs. 2 BGB ist eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Diese Grundbuchsperre einer zugunsten des Minderjährigen bestellten Vormerkung hat keine relevanten Rechtspflichten des Minderjährigen zur Folge und ist mithin rechtlich lediglich vorteilhaft. Prinzipiell rechtlich nachteilhaft ist allenfalls die Verpflichtung des Minderjährigen zur Beseitigung der Vormerkung nach § 886 BGB bzw. zur Abgabe der Berichtigungsbewilligung nach § 894 BGB. Dies setzt allerdings voraus, dass der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch entfallen oder dauerhaft einredebehaftet im Sinne des § 886 BGB ist. Sofern der gesicherte Anspruch zum Zeitpunkt der Bestellung der Vormerkung besteht und nicht einredebehaftet ist, wird man diesen Nachteil als lediglich zukünftige, derzeit rein theoretische Möglichkeit und damit als unbeachtlich im Sinne der Rechtsprechung des BGH anzusehen haben. Weiterhin wird man den Beseitigungs- bzw. Bewilligungsanspruch entsprechend den Ausführungen zu Hypothek und Grundsuld aufgrund der Kostentragungsregelung in § 897 BGB als wirtschaftlich derart unbedeutend ansehen können, dass er unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Verweigerung der Genehmigung durch die Eltern oder durch einen Ergänzungspfleger nicht rechtfertigen könnte, so dass der Anspruch auch aus diesem Grund keinen relevanten Rechtsnachteil begründet.

Fazit

Der unentgeltliche Erwerb von Grundstücksrechten durch den Minderjährigen folgt in weiten Teilen denselben Regeln wie der unentgeltliche Erwerb von Grundstücken. Unterschiede bestehen allerdings hinsichtlich der rechtlichen Nachteilehaftigkeit des Erfüllungsgeschäfts. Während das Erfüllungsgeschäft beim Grundstückserwerb im Grundsatz rechtlich lediglich vorteilhaft ist, führt beim Erwerb von Grundstücksrechten teilweise bereits der Gegenstand des Erfüllungsgeschäfts zu einem relevanten Rechtsnachteil. So ist beim Erwerb von Wohnungseigentum das Erfüllungsgeschäft für den

57 Vgl. BGH, DNotZ 1989, 355, 356 = NJW 1988, 3260, 3261; Bas-senge a.a.O. (Fn. 50) § 1144 Rn. 9 (Dies gilt allerdings nur, soweit auf die Grundsuld geleistet wurde. Wurde lediglich auf die gesicherte Forderung geleistet, besteht nur ein schuldrechtlicher Anspruch aus dem Sicherungsvertrag, der für die Beurteilung des dinglichen Rechtsgeschäfts irrelevant ist.)

58 Vgl. Eickmann in MünchKommBGB, 5. Aufl. 2009 § 1144 Rn. 10 ff. m. w. N.

59 Vgl. Eickmann a.a.O. (Fn. 58) § 1144 Rn. 16 m. w. N.

60 Vgl. Eickmann a.a.O. (Fn. 58) § 1144 Rn. 17 ff. m. w. N.

61 Vgl. Eickmann a.a.O. (Fn. 58) § 1144 Rn. 23 ff. m. w. N.

62 Entsprechend seiner Ausführungen zu den ungewissen außerordentlichen Grundstückslasten im Beschluss vom 25. 11. 2004 (Nachweise in Fn. 9).

63 Vgl. Eickmann a.a.O. (Fn. 58) § 1144 Rn. 31 m. w. N.

64 Vgl. Eickmann a.a.O. (Fn. 58) § 1144 Rn. 31 m. w. N.

Minderjährigen aufgrund der Haftung nach § 16 Abs. 2 WEG sowie nach § 10 Abs. 8 Satz 1 Halbsatz 1 WEG stets rechtlich nachteilhaft. Beim Erbbaurecht kann hingegen aufgrund dessen grundsätzlicher inhaltlichen Flexibilität nicht pauschal beantwortet werden, ob ein rechtlicher Nachteil vorliegt, sodass im Einzelfall eine genaue Prüfung durchzuführen ist. In der Praxis wird wohl meist ein rechtlicher Nachteil vorliegen, bspw. aufgrund dinglicher Vereinbarung eines Erbbauzinses, einer Errichtungs-, Instandhaltungs- oder Verwendungspflicht nach § 2 Nr. 1 ErbbauRG, einer Versicherungs- oder Wiederaufbaupflicht nach § 2 Nr. 2 ErbbauRG oder einer Pflicht zur Zahlung von Vertragsstrafen nach § 2 Nr. 5 ErbbauRG. Ebenso rechtlich nachteilhaft ist die Bestellung eines Nießbrauchsrechts zu den gesetzlichen Bestimmungen für den Minderjährigen aufgrund dessen Haftung nach §§ 1036, 1041, 1045, 1047 BGB. Nach zutreffender Ansicht kann auch durch vertragliche Regelungen kein rechtlich lediglich vorteilhaftes Nießbrauchsrecht geschaffen werden, da die Haftung nach § 1041 Satz 1 BGB sowie nach § 1036 Abs. 2 BGB nicht

mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden kann. Bei Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten ist eine pauschale Beantwortung der Frage, ob aus dem Gegenstand des Erfüllungsgeschäfts ein relevanter Rechtsnachteil resultiert, nicht möglich. Es ist vielmehr notwendig, ausgehend von dem genauen Inhalt der Dienstbarkeit eine sorgfältige Prüfung durchzuführen, wobei sich relevante Nachteile insbesondere aus zulasten des Minderjährigen vereinbarten Unterhaltungspflichten ergeben können. Handelt es sich bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit um ein Wohnungsrecht nach § 1093 Satz 1 BGB, so ist dieses aufgrund der Verweisung in § 1093 Satz 2 BGB auf § 1041 BGB entsprechend den Ausführungen zum Nießbrauchsrecht stets rechtlich auch nachteilhaft. Regelmäßig rechtlich lediglich vorteilhaft sind mangels relevanter rechtlicher Verpflichtungen hingegen die Bestellung eines Vorkaufsrechts, einer Reallast, einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld sowie die Eintragung einer Vormerkung zugunsten des Minderjährigen.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht – Zum Grundstückserwerb durch eine bestehende GbR

(BGH, Beschluss vom 28. 4. 2011 – V ZB 194/10)

GBÖ §§ 20; 47 Abs. 2 S. 1

Erwirbt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) Grundstücke- oder Wohnungseigentum, reicht es für die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch aus, wenn die GbR und ihre Gesellschafter in der notariellen Auflassungsverhandlung benannt sind und die für die GbR Handelnden erklären, dass sie deren alleinige Gesellschafter sind; weitere Nachweise der Existenz, der Identität und der Vertretungsverhältnisse dieser GbR bedarf es gegenüber dem Grundbuchamt nicht.

Zum Sachverhalt:

I. [1] Die Bet. zu 2), eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), kaufte mit notariellem Vertrag vom 16. 10. 2009 von der Bet. zu 1) das in dem Eingang dieses Beschlusses bezeichnete Wohnungseigentum. Die Auflassung wurde erklärt. Für die Bet. zu 2) traten Frau J. S. und Herr Dr. M. S. auf, die ausweislich der Präambel des Kaufvertrags „als Gesellschafter einer aus ihnen bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ handelten.

[2] Am 12. 11. 2009 bestellte die Bet. zu 2), für die bei der Beurkundung wiederum Frau J. S. und Herr Dr. M. S. auftraten, im eigenen Namen sowie – aufgrund einer in dem Kaufvertrag erteilten Belastungsvollmacht – im Namen der Bet. zu 1) eine Buchgrundschuld zugunsten der Bet. zu 3).

[3] Das GBA hat die Anträge auf Eintragung der Buchgrundschuld, Eigentumsumschreibung und Löschung einer zugunsten der Bet. zu 2) eingetragenen Auflassungsvormerkung zurückgewiesen. Die hiergegen erhobene Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Bet. zu 2) die Anträge weiter.

Aus den Gründen:

II. [4] Nach Ansicht des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung unter anderem in ZIP 2010, 1847 veröffentlicht ist, steht der Umschreibung des Eigentums ein nicht behebbares rechtliches Hindernis entgegen. Die zum Nachweis der Auflassung vorgelegte Urkunde sei nicht geeignet, die Identität der Bet. zu 2) mit der für Grundbucheintragungen notwendigen Bestimmtheit festzustellen. Denn es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die darin benannten Gesellschafter neben der Bet. zu 2) noch andere Gesellschaften bürgerlichen Rechts gegründet hätten. Weitere Angaben, die eine eindeutige Identifizierung der Bet. zu 2) erlaubten (z. B. Gründungszeitpunkt und -ort, Name, Sitz), seien in dem Kaufvertrag nicht enthalten. Auf diese könne allenfalls dann verzichtet werden, wenn gleichzeitig mit dem Kaufvertrag ein (notarieller) Gesellschaftsvertrag geschlossen werde. Das sei hier aber nicht der Fall gewesen. Die Kenntnis der Gesellschafter von der Identität der GbR sei für das Grundbuchverfahren unerheblich, weil es sich dabei um einen außerhalb der Eintragungsbewilligung liegenden Umstand handele.

[5] Den weiterhin gestellten Anträgen auf Eintragung der Grundschuld und Löschung der Auflassungsvormerkung könne schon im Hinblick auf eine von den Bet. vorgenommene Verbindung mit dem Antrag auf Eigentumsumschreibung nicht entsprochen werden. Hinsichtlich der Grundschuld fehle es zudem – trotz der in dem notariellen Kaufvertrag gegenüber der Bet. zu 2) erteilten Belastungsvollmacht – an der erforderlichen Bewilligung der Bet. zu 1). Notwendig sei der Nachweis, dass Frau J. S. und Herr Dr. M. S. im Zeitpunkt der Grundschuldbestellung noch die alleinigen Gesellschafter der Bet. zu 2) und daher zu deren Vertretung

berechtigt gewesen seien. Dieser Nachweis könne indes mit den grundbuchrechtlich zugelassenen Beweismitteln nicht geführt werden.

[6] Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

[7] 1. Die statthafte (§ 78 Abs. 1 GBO) Rechtsbeschwerde ist auch im Übrigen zulässig (§ 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG). Nach der Rechtsbeschwerdschrift sollen offenbar sowohl die Bet. zu 2) als auch deren Gesellschafter Rechtsbeschwerdeführer sein. Das ist nicht zu beanstanden; denn sie alle sind zur Einlegung des Rechtsmittels berechtigt. Die GbR kann aufgrund ihrer Rechtsfähigkeit die durch die Zurückweisung des Eintragungsantrags betroffenen Rechte selbständig geltend machen. Daneben sind auch die Gesellschafter zur Erhebung der Rechtsbeschwerde berechtigt, denn im Hinblick darauf, dass die Eintragung der GbR in das Grundbuch nach § 47 Abs. 2 S. 1 GBO auch die Eintragung ihrer Gesellschafter erfordert, sind sie durch die Antragszurückweisung in ihrer Rechtsstellung betroffen.

[8] 2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet. Das von dem Beschwerdegericht als Grund für die Zurückweisung der Anträge angeführte rechtliche Hindernis besteht nicht.

[9] a) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts scheitert die Umschreibung des Wohnungseigentums auf die Bet. zu 2) nicht daran, dass diese in dem Vertrag vom 16. 10. 2009 nicht hinreichend bestimmt bezeichnet ist.

[10] aa) Zutreffend ist allerdings, dass ein Rechtsgeschäft, bei dem eine GbR Grund- und Wohnungseigentum erwirbt, im Grundbuch nur vollzogen werden darf, wenn die Identität der Gesellschaft feststeht und diese somit von anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts unterschieden werden kann (vgl. BGHZ 179, 102, 112 Rn. 20 für die Eintragung einer Sicherungshypothek). Hierbei handelt es sich um eine Folge des Bestimmtheitsgrundsatzes, der das gesamte Grundbuchrecht beherrscht (BGHZ 73, 211, 214). Dieser verlangt im Hinblick auf die durch das Grundbuch bezweckte Sicherheit des Rechtsverkehrs, dass nicht nur das betroffene Grundstück selbst sowie der Inhalt des dinglichen Rechts, sondern auch die Person des Berechtigten klar und eindeutig feststehen müssen (vgl. OLG München ZIP 2010, 1293, 1294; Bauer/von Oefele/Bauer, GBO, 2. Aufl. AT Rn. I 16; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. Rn. 18).

[11] bb) Die sich hieraus ergebenden Anforderungen werden durch die in dem Vertrag enthaltene Benennung der Bet. zu 2) und ihrer beiden Gesellschafter erfüllt. Der Angabe weiterer Unterscheidungsmerkmale bedarf es nicht.

[12] (1) Das folgt aus der Regelung in § 47 Abs. 2 S. 1 GBO. Nach dieser durch das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG) vom 11. 8. 2009 (BGBl. I S. 2713) eingefügten Vorschrift wird ein Recht einer GbR in der Form in das Grundbuch eingetragen, dass neben der

Gesellschaft als derjenigen, der es materiell-rechtlich zusteht (Senat NJW 2008, 1379 Rn. 7; BGH NJW 2006, 3716 Rn. 10), auch die Gesellschafter im Grundbuch eingetragen werden. Eine Eintragung der GbR alleine unter der gewählten Bezeichnung kommt – anders als nach der vor dem Inkrafttreten des ERVGBG bestehenden Rechtslage (BGHZ 179, 102, 112 Rn. 20) – nicht in Betracht. Der Name GbR steht somit für das Grundbuchverfahren nicht (mehr) als taugliches Abgrenzungskriterium gegenüber anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts zur Verfügung. Die Identifizierung der Gesellschaft erfolgt über die notwendige Benennung ihrer Gesellschafter (vgl. Senat NJW 2011, 615, 616 Rn. 10 unter Bezugnahme auf die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum ERVGBG, BT-Drucks. 16/13437, S. 24 li. Sp.; WM 2011, 642, 644 Rn. 18). Diese müssen nach § 15 Abs. 1 Buchstabe c GBV in einer Weise bezeichnet werden, die bei natürlichen Personen den Anforderungen des § 15 Abs. 1 Buchstabe a GBV (Name, Geburtsdatum, ggf. Beruf und Wohnort) und bei juristischen Personen sowie Handels- und Partnerschaftsgesellschaften denjenigen des § 15 Abs. 1 Buchstabe b GBV (Name oder Firma, Sitz) genügt. Ist das – wie hier – der Fall, ist die Gesellschaft hinreichend bestimmt, ohne dass noch weitere Angaben erforderlich sind (ebenso Böttcher, AnwBl. 2011, 1, 3; a. A. OLG München ZIP 2010, 1293, 1294; OLG Frankfurt, Beschluss vom 17. 6. 2010 – 20 W 194/10, juris Rn. 6; Hügel/Reetz, 2. Aufl., § 47 GBO Rn. 112; Heinze, RNotZ 2010, 289, 302; Krauß, notar 2010, 360, 361; Werner, MDR 2010, 721, 722).

[13] (2) Etwas anderes ergibt sich nicht deshalb, weil die Regelung in § 15 Abs. 1 Buchstabe c GBV die Möglichkeit eröffnet, zusätzlich zu den Gesellschaftern auch den Namen und den Sitz der GbR in das Grundbuch einzutragen. Solche zusätzlichen Angaben kann das GBA hinzufügen, wenn dies – ähnlich wie bei namensgleichen natürlichen Personen – geboten ist, um die einzutragende GbR von anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts mit identischem Gesellschafterbestand zu unterscheiden. Weitergehende Anforderungen an die Identifizierung hat der Gesetzgeber mit der Regelung jedoch nicht angestrebt. Er hat das Problem möglicher Identitätszweifel bei der Eintragung einer GbR gesehen, es aber unter Hinweis darauf, dass sich insoweit keine wesentlichen Unterschiede gegenüber anderen Rechtsträgern ergeben, für nicht durchgreifend erachtet (Beschlussempfehlung a. a. O., S. 24 re. Sp.; ebenso schon BGHZ 179, 102, 112 Rn. 20 für die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des ERVGBG). Deshalb besteht grundsätzlich keine Notwendigkeit für die Eintragung von Namen und Sitz der GbR (Steffek, ZIP 2009, 1445, 1447). Dessen ungeachtet können mögliche Schwierigkeiten bei der Feststellung der Identität einer GbR durch die Angabe zusätzlicher, über die Benennung der Gesellschafter hinausgehender Unterscheidungsmerkmale allenfalls verringert werden. Vollständig ausschließen lassen sie sich nicht. Bestehen also – wie hier – keine konkreten Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer anderen GbR mit identischen Gesellschaftern, hat das GBA keinen Anlass, solche zusätzlichen Angaben einzutragen und deshalb auch keinen Anlass, deren Nachweis zu verlangen.

[14] (3) Gibt somit – wie hier – eine GbR eine Grundbucherklärung ab und ist sie dabei in Übereinstimmung mit der Regelung in § 47 Abs. 2 S. 1 GBO bezeichnet, kann und muss das GBA den Antrag grundsätzlich ohne weitere Identitätsnachweise vollziehen (Beschlussempfehlung a.a.O., S. 24 re. Sp.).

[15] b) Der Eintragung steht auch kein sonstiges Hindernis entgegen. Die in der notariellen Verhandlung von Frau J. S. und Herrn Dr. M. S. abgegebene Erklärung, sie handelten als alleinige Gesellschafter einer aus ihnen bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts, reicht für die Eintragung des Eigentums der Bet. zu 2) aus. Weiterer Nachweise bedarf es soweit ebenfalls nicht.

[16] aa) Das ist allerdings in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten.

[17] (1) Eine Ansicht verneint die Nachweiseignung einer Erklärung der Gesellschafter über die rechtlichen Verhältnisse der GbR. Existenz und Identität der Gesellschaft sowie die Vertretungsberechtigung der handelnden Personen seien in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Dieser Nachweis könne durch eine in dem notariellen Kaufvertrag enthaltene Erklärung der für die GbR Handelnden nicht geführt werden, da dieser lediglich die Abgabe der Erklärung, nicht aber deren inhaltliche Richtigkeit beweise (z. B. OLG München ZIP 2010, 1496, 1497; OLG Nürnberg ZIP 2010, 1344, 1345; OLG Hamm ZIP 2010, 2245, 2247; OLG Rostock NotBZ 2011, 64, 66; OLG Köln FGPrax 2011, 13, 16; KG Rpfleger 2011, 200f.; OLG Bamberg, Beschluss vom 9. 2. 2011 – 3 W 176/10, juris; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 8. 4. 2011 – 11 Wx 127/10, juris; Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 182; Heinze, ZNotP 2010, 409, 414 [großzügiger RNotZ 2010, 289, 303]; Lautner, DNotZ 2009, 650, 658; ders., MittBayNot 2010, 286, 289; ders., MittBayNot 2011, 32, 33; Demharter, EWIR 2010, 489, 490; Schneider, ZfIR 2010, 728, 729; wohl auch Hügelsch, DB 2010, 2433, 2436).

[18] (2) Eine zweite Auffassung geht ebenfalls von der Anwendbarkeit der Regelung des § 29 GBO aus. Sie meint aber in Anlehnung an die Grundsätze zur Vollmachtsbestätigung, dass eine anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrags erteilte Bestätigung der Existenz, des Gesellschafterbestands und der Vertretungsverhältnisse der GbR durch die für sie Handelnden regelmäßig ausreichend sei, um die Eintragungsvoraussetzungen in der gebotenen Form nachzuweisen (z. B. OLG Saarbrücken, DNotZ 2010, 301, 303; OLG Oldenburg ZIP 2010, 1846 f.; OLG Brandenburg NJW-RR 2011, 166, 168; OLG Dresden NotBZ 2010, 463, 464; Hügelsch/Reetz, 2. Aufl., § 47 GBO Rn. 112; Albers, ZfIR 2010, 705, 708; Böttcher, ZfIR 2009, 613, 618; ders., NJW 2010, 1647, 1655; ders., ZNotP 2010, 173, 176 f.; ders., AnwBl. 2011, 1, 5; ders., NJW 2011, 822, 830; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 4. Aufl., Rn. 286 [strenger aber notar 2009, 429, 437 und notar 2010, 360, 363]; Miras, DStR 2010, 604, 608; Werner, MDR 2010, 721, 723; Zimmer, ZfIR 2010, 332 f.; wohl auch Böhringer, NotBZ 2009, 86, 88 f.; Weimer, NotBZ 2010, 195, 196).

[19] (3) Demgegenüber hält Reymann (ZNotP 2011, 84, 101 ff.) einen in der Form des § 29 GBO zu führenden Nachweis der rechtlichen Verhältnisse der GbR nicht für

erforderlich (im Ergebnis ebenso Ruhwinkel, DNotZ 2010, 304, 305; ders., MittBayNot 2009, 177, 180; ders., MittBayNot 2009, 421, 424). Zwar müssten die für die Gesellschaft handelnden Personen bei der Auflassung Erklärungen zur Existenz, Identität und Vertretung der GbR abgeben. Ein Nachweis, dass diese Angaben richtig sind, könne das GBA aber grundsätzlich nicht verlangen. Das sei eine Folge der Regelung des § 47 Abs. 2 GBO, aufgrund derer das Recht der GbR grundbuchrechtlich durch die Gesellschafter „mediatisiert“ werde, weshalb es eines auf die GbR bezogenen Nachweises nicht bedürfe. Anders sei es nur dann, wenn hinreichende Anhaltspunkte für das Unrichtigwerden des Grundbuchs vorlägen.

[20] bb) Der Senat hält diese Auffassung für richtig. Aus der systematischen Stellung des § 47 Abs. 2 S. 1 GBO und dem von dem Gesetzgeber mit der Schaffung der Vorschrift verfolgten Zweck ergeben sich – auch in dem hier maßgeblichen Anwendungsbereich des § 20 GBO – Nachweiserleichterungen für die Eintragung von Rechten einer GbR.

[21] (1) Der Gesetzgeber hat durch die im Rahmen des ERGBG vorgenommenen Änderungen der Grundbuchordnung betreffend solche Eintragungen an die Rechtslage vor der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR angeknüpft. Seinerzeit erfolgten sie auf der Grundlage des § 47 GBO a. F. durch die Eintragung der Gesellschafter als den materiell-rechtlich Berechtigten mit einem dem Gesellschaftsverhältnis kennzeichnenden Zusatz (vgl. etwa BGHZ 45, 338, 348; BayObLG Rpfleger 1985, 353, 354; Demharter, a.a.O., § 19 Rn. 108; Meikel/Böhringer, 10. Aufl., § 47 GBO Rn. 203). Ein Nachweis, dass die in der notariell beurkundeten Auflassung (§ 925 BGB) enthaltenen Angaben zu der GbR zutreffen, musste nicht erbracht werden. Denn im Anwendungsbereich des § 47 a. F. GBO unterlag die Frage, ob das behauptete Gesellschafts- oder sonstige Gemeinschaftsverhältnis bestand und ob es den mitgeteilten Inhalt hatte, grundsätzlich keiner Nachprüfung durch das GBA (vgl. OLG Karlsruhe Rpfleger 1994, 248; Demharter, a.a.O., § 47 Rn. 13; Güthe/Triebe, 6. Aufl., § 47 GBO Rn. 12; Meikel/Böhringer, a.a.O., § 47 Rn. 261; Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 254). Ausreichend für die Eintragung war die Erklärung der Gesellschafter, sofern dem GBA nicht deren Unrichtigkeit bekannt war. Das hat seinen Grund darin, dass § 47 GBO a. F. – ebenso wie § 47 Abs. 1 GBO – nicht die Voraussetzungen, sondern den Inhalt der Eintragung betrifft, weshalb § 29 GBO insoweit keine Anwendung findet (vgl. Güthe/Triebe, a.a.O.; Reymann, ZNotP 2011, 83, 102).

[22] (2) Hieran hat sich durch die Einführung des § 47 Abs. 2 GBO nichts geändert.

[23] (a) Die Vorschrift betrifft als Sonderfall der in § 47 Abs. 1 GBO geregelten Eintragung eines gemeinschaftlichen Rechts ebenfalls nur den Inhalt der Grundbucheintragung, nicht ihre Voraussetzungen. Eine Regelung dazu, welche Nachweise erbracht werden müssen, damit das Recht der GbR eingetragen werden kann, enthält die Vorschrift nicht. Sie wäre zudem systematisch im Zusammenhang mit den Regelungen über die Voraussetzungen einer Eintragung (§§ 19 ff. GBO) und deren Nachweis (§§ 29 ff. GBO) anzusiedeln gewesen. Dort fehlte sie jedoch.

[24] (b) Ausweislich der Materialien zum ERVGBG soll mit der Regelung in § 47 Abs. 2 S. 1 GBO die Eintragung aller Gesellschafter zur bestimmten Bezeichnung des Berechtigten grundbuchverfahrensrechtlich erforderlich, aber auch ausreichend sein; die Vorschrift soll insbesondere verhindern, dass die GbR nach der Anerkennung ihrer Grundbuchfähigkeit allein unter ihrem Namen, also ohne Eintragung der Gesellschafter eingetragen werden kann, weil Existenz, ordnungsgemäße Vertretung und Identität der nur unter ihrem Namen eingetragenen GbR sich oftmals nicht in der Form des § 29 GBO nachweisen lassen (Beschlussempfehlung, BT-Drucks. 16/13437 S. 24 li. Sp.). Durch die Regelung in § 47 Abs. 2 S. 1 GBO sollen mithin ansonsten, nämlich bei der Eintragung der GbR nur unter ihrem Namen, gegenüber dem GBA zu führende Nachweise entbehrlich werden. Obwohl es inhaltlich nicht um eine Frage des Gemeinschaftsverhältnisses geht, hat sich der Gesetzgeber für eine dem entsprechende Behandlung entschieden, um das von ihm vorrangig verfolgte Ziel zu erreichen, dass die GbR grundbuchverfahrensrechtlich im Wesentlichen weiterhin so behandelt werden kann wie vor der Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit (so Beschlussempfehlung a.a.O., S. 24 re. Sp.).

[25] (c) Dem widerspricht es nicht, dass der Senat in seinem Beschluss vom 4. 12. 2008 (BGHZ 179, 102, 114 Rn. 24 f.) die Notwendigkeit eines Nachweises des Gesellschafterbestands sowie der Vertretungsverhältnisse für möglich erachtet hat. Die Entscheidung betraf die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des ERVGBG. Danach war die GbR aufgrund ihrer Rechtsfähigkeit grundsätzlich unter der gewählten Bezeichnung in das Grundbuch einzutragen (Senat, Beschluss v. 4. 12. 2008 – V ZB 74/08, a.a.O., S. 112 Rn. 20). Dem ist der Gesetzgeber indes nicht gefolgt. Er hat sich durch die Einfügung des § 47 Abs. 2 S. 1 GBO für eine Lösung entschieden, die einerseits der – mit der Rechtsfähigkeit notwendig einhergehenden (vgl. Krüger, NZG 2010, 801, 802) – Grundbuchfähigkeit der GbR Rechnung trägt. Andererseits soll aber das dingliche Recht der Gesellschaft grundbuchrechtlich durch die Gesellschafter vermittelt werden. Damit lässt sich das Erfordernis eines auf die rechtlichen Verhältnisse der GbR bezogenen und in der Form des § 29 GBO zu führenden Nachweises nicht vereinbaren. Zur Anforderung eines solchen Nachweises besteht vielmehr nur dann Veranlassung, wenn das GBA über konkrete Anhaltspunkte verfügt, dass das Grundbuch durch die beantragte Eintragung unrichtig würde; die theoretische Möglichkeit, dass der Gesellschaftsvertrag jederzeit – auch mündlich – abgeändert werden kann, ist hierfür aber nicht ausreichend (Reymann, ZNotP 2011, 84, 103; ähnlich Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 421, 424 f.).

[26] (d) Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil materiell-rechtlich die GbR – und nicht die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit – das Grundeigentum erwirbt. Materielles Recht und Grundbuchverfahrensrecht sind jeweils selbständige Rechtsgebiete und können in ihren Voraussetzungen und Rechtswirkungen unterschiedlich ausgestaltet sein (vgl. Meikel/Böttcher, a.a.O., Einl. B Rn. 5). Es stand dem Gesetzgeber daher frei, die gemäß § 873 Abs. 1 BGB zu dem materiellen Rechtserwerb der

GbR erforderliche Eintragung in das Grundbuch verfahrensrechtlich nicht an die Bezeichnung der Gesellschaft, sondern an die Benennung der Gesellschafter anzuknüpfen und so von der materiellen Berechtigung abzuweichen (vgl. Reymann, ZNotP 2011, 83 107).

[27] 3. Da es somit an dem von dem Beschwerdegericht angenommenen rechtlichen Hindernis für die Umschreibung des Eigentums auf die Bet. zu 2) fehlt, hätte auch der damit gemäß § 16 Abs. 2 GBO verbundene Antrag auf Löschung der Auflassungsvormerkung aus diesem Grund nicht zurückgewiesen werden dürfen.

[28] 4. Gleiches gilt für den Antrag auf Eintragung der zugunsten der Bet. zu 3) bestellten Buchgrundschuld, ohne dass es darauf ankommt, ob insoweit – wie die Bet. zu 2) geltend macht – bereits keine Verbindung mit dem Antrag auf Eigentums Umschreibung besteht. Denn entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts fehlt es nicht an einer wirksamen Bewilligung (§ 19 GBO) des Grundpfandrechts durch die Bet. zu 1). Diese ist bei der am 12. 11. 2009 beurkundeten Bestellung der Buchgrundschuld durch Frau J. S. und Herrn Dr. M. S. vertreten worden, die hierbei als Gesellschafter der Bet. zu 2) gehandelt haben. Die für den Nachweis der Vertretungsmacht einzuhaltende Form des § 29 GBO (vgl. BayObLG MittBayNot 1980, 152; KG OLGZ 1985, 184, 185; Demharter, a.a.O., § 19 Rn. 77) ist gewahrt. Denn Grundlage der Vertretung war die im Rahmen des notariellen Kaufvertrags vom 16. 10. 2009 erteilte Belastungsvollmacht. Diese lautet zwar auf die Bet. zu 2). Sie ist aber bei verständiger Würdigung – im Hinblick darauf, dass weitere Feststellungen insoweit nicht zu erwarten sind, auch durch den Senat (vgl. NJW 1991, 1180, 1181 m.w.N. für die Revision) – dahingehend auszulegen, dass daneben auch deren in dem Kaufvertrag benannte Gesellschafter gemeinschaftlich zu einer Vertretung der Bet. zu 1) berechtigt sein sollen.

2. Liegenschaftsrecht – Zur Eintragungsfähigkeit einer von der Kostentragungsregel des § 748 BGB abweichenden Regelung der Miteigentümer gem. § 1010 Abs. 1 BGB

(OLG Hamm, Beschluss vom 20. 1. 2011 – 15 W 249/10, mitgeteilt von Richter am Oberlandesgericht Hartmut Engelhardt)

BGB § 1010 GBO § 18

Eine Gemeinschaftsordnung von Miteigentümern, die eine schuldrechtlich untrennbar verbundene Regelung sowohl zur Benutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks als auch der Kostentragung trifft, kann nach § 1010 BGB im Grundbuch eingetragen werden (Abweichung von Senat DNotZ 1973, 546 = Rpfleger 1973, 167).

Zur Einordnung:

Erwerben mehrere Personen das Eigentum an einem Grundstück, bilden sie gem. § 741 BGB eine Bruchteilsgemeinschaft, soweit sie nicht Personengesellschaft, Erbengemeinschaft oder Gütergemeinschaft sind. Die gesetzliche Regelung der Bruchteils-

gemeinschaft sieht u. a. vor, dass die Miteigentümer das Grundstück gemeinschaftlich verwalten (§ 744 BGB), jeder Miteigentümer das Grundstück bis zur Grenze der Beeinträchtigung der anderen Miteigentümer benutzen darf (§ 743 Abs. 2 BGB) und dass die Kosten der Verwaltung und Benutzung nach dem Verhältnis der Miteigentumsanteile getragen werden (§ 748 BGB). Die Miteigentümer können davon abweichende Regelungen einvernehmlich vereinbaren oder gem. § 745 BGB mehrheitlich beschließen. Diese vom Gesetz abweichenden Regelungen zur „Verwaltung und Benutzung“ des Grundstücks können darüber hinaus gem. § 1010 Abs. 1 BGB durch Eintragung in das Grundbuch verdinglicht werden mit der Folge, dass sie auch gegenüber dem Rechtsnachfolger eines Miteigentümers wirken. Umstritten ist, ob auch eine vom Gesetz abweichende Regelung hinsichtlich der Kosten der Verwaltung und Benutzung (§ 748 BGB) durch eine Eintragung in das Grundbuch gem. § 1010 Abs. 1 BGB verdinglicht werden kann (vgl. nur Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1467 m. w. N.).

In der hier abgedruckten Entscheidung gibt das OLG Hamm seinen bisherigen Standpunkt in dieser Frage auf. In einem Beschluss aus dem Jahre 1973 (DNotZ 1973, 546) hatte der Senat die Eintragungsfähigkeit einer von § 748 BGB abweichenden Kostentragungsregelung gem. § 1010 Abs. 1 BGB noch mit dem Argument verneint, dass durch eine derartige Verdinglichung der Typenzwang im Sachenrecht durchbrochen werde (so auch LG Köln MittRhNotK 1984, 104; Palandt/Bassenge, 70. Aufl. 2011, § 1010 Rn. 2). Diese „dogmatische“ Argumentation weist der Senat nunmehr in der hier abgedruckten Entscheidung mit der Erwägung zurück, dass eine „nur einheitlich gewollte“ schuldrechtliche Regelung der Verwaltung, Benutzung und Kostentragung durch eine nur teilweise Verdinglichung nicht „künstlich auseinander gerissen“ werden könne. Eine von § 748 BGB abweichende Kostentragungsregelung sei deshalb zumindest dann gem. § 1010 Abs. 1 BGB eintragungsfähig, wenn zugleich mit der Kostenregelung auch eine Regelung hinsichtlich der Verwaltung und/oder Benutzung des Grundstücks vereinbart bzw. beschlossen werde (so auch BayObLG DNotZ 1993, 391; LG Bonn MittRhNotK 1994, 81; LG Traunstein MittRhNotK 1978, 173; Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1467 und wohl auch K. Schmidt, Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl. § 1010 Rn. 9).

Für die notarielle Praxis empfiehlt es sich, in Vereinbarungen bzw. Beschlüssen i. S. d. § 1010 BGB ausdrücklich klarzustellen, dass die darin enthaltene Verwaltungs- und/oder Benutzungsregelung mit der Kostentragungsregelung nur als eine einheitliche Regelung gewollt ist. Es ist zu vermuten, dass einem Antrag auf Eintragung einer solchen Regelung nach Aufgabe des Standpunktes des OLG Hamm und unter Berücksichtigung der nunmehr als herrschend zu bezeichnenden Auffassung (OLG Hamm, BayObLG, Schöner/Stöber a.a.O.) regelmäßig entsprochen werden wird.

Die Schriftleitung (TB)

Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. zu 1) und der Bet. zu 2) sind Eigentümer mehrerer Grundstücke an der G-Straße in T., zu denen auch das eingangs genannte, auf die Bet. zu 1) gebuchte Grundstück gehörten. Aus diesem Grundbesitz verkauften die Bet. zu 1) und 2) an die Bet. zu 3) zu notarieller Urkunde vom 22. 4. 2009 (Urkunde Nr. 161/2009 des Notars Q. in T.) eine noch zu vermessene Teilfläche in einer Größe von „voraussichtlich“ 447 qm als Bauplatz, die im beigefügten Lageplan mit Grundstück 1 bezeichnet und rot umrandet ist, sowie einen ¼ Miteigentumsanteil an einer noch nicht vermessenen Gemeinschaftsfläche, die im beigefügten Lageplan gelb markiert ist.

§ 6 des notariellen Vertrages vom 22. 4. 2009 enthält eine vorläufige Gemeinschaftsordnung für die Bruchteileigentümer der zukünftigen Gemeinschaftsfläche. Dort heißt es auszugsweise:

„3. Jedem Miteigentümer steht das Recht zu, in der Gemeinschaftsfläche sämtliche Ver- und Entsorgungsleitungen zu verlegen, zu unterhalten, ggf. zu erneuern, soweit diese den angrenzenden Grundstücken dienen. . . Absprache der Maßnahmen soll zwischen den Beteiligten erfolgen.

...

5. a) Für die Instandhaltung der Wege- und Parkstreifenfläche sind die Miteigentümer entsprechend den Bruchteilen ihrer Beteiligung verantwortlich. Alles weitere soll in einer später von den beteiligten Grundstückseigentümern zu beschließenden Gemeinschaftsordnung festgelegt werden.

5. b) Hinsichtlich der in der gelb markierten Fläche verlegten Ver- und Entsorgungsleitungen obliegt die Unterhaltung und Instandsetzung demjenigen, dem die Leitung unmittelbar dient bis zu der Stelle, an der die Leitung mit einer Leitung verbunden ist, die einem oder mehreren anderen Grundstückseigentümern dient. Dient eine Leitung, die zu pflegen oder instandzusetzen/zu erneuern ist, mehreren, so sind die von diesem Leitungsabschnitt Begünstigten mit gleichem Anteil an den Kosten beteiligt.

In diesem Maße sind auch die Kosten der Grabungsarbeiten und der fachgerechten Schließung der Wegerechte zu tragen.“

Auf den Antrag der Bet. vom 11. 9. 2009, die vorgenannten Verwaltungs- und Benutzungsregelungen nebst Kostentragungspflicht einzutragen, erließ das GBA am 8. 12. 2009 eine Zwischenverfügung, mit der es darauf hinwies, dass die Regelungen in § 6 Nr. 1, 2, 5 und 8 der Gemeinschaftsordnung nicht eintragungsfähig seien und Nr. 3 inhaltlich zu unbestimmt sei. Es regte eine Eintragungsbewilligung an, in der die Nr. 3 ergänzt werde und aus der eindeutig hervorgehe, dass § 6 Nr. 1, 2, die in den Nr. 5 a) und b) enthaltenen Bestimmungen zur Kosten- und Lastentragung und Nr. 8 der Gemeinschaftsordnung nicht zum dinglichen Inhalt gehörten. Die Bet. nahmen daraufhin den Eintragungsantrag durch Erklärung des in § 8 der Urkunde umfassend bevollmächtigten Notars hinsichtlich der Nr. 1, 2 und 8 zurück und verfolgten ihn nur noch hinsichtlich der Nr. 3 und 5.

Nachdem das GBA mit weiteren Zwischenverfügungen vom 2. 2. 2010 und 15. 4. 2010 darauf hingewiesen hatte, dass die Rücknahmeerklärung nicht ordnungsgemäß erfolgt sei und es hinsichtlich der Regelungen zu Nr. 3 und 5 bei seiner Auffassung bleibe, nahmen die Bet. durch Erklärung des Urkundsnotars vom 21. 4. 2010 die Eintragungsanträge zu § 6 Nr. 1, 2 und 8 in der Form des § 44 BeurkG zurück und konkretisierten die Regelung der Gemeinschaftsordnung in Nr. 3 des § 6. Gleichzeitig legten sie hinsichtlich der Beanstandung des GBA zu Nr. 5 a) und b) des § 6 der Gemeinschaftsordnung Beschwerde ein und beantragten den Teilvollzug des Antrags, soweit ihm nunmehr keine Hindernisse mehr entgegen stehen.

Am 30. 4. 2010 trug das Grundbuch in Abt. II des Grundbuchs als Belastung sämtlicher Miteigentumsanteile zugunsten der jeweiligen Miteigentümer ein

- „a) Verwaltungs- und Benutzungsregelung nach § 1010 BGB – mit Ausnahme der in § 6 Ziffer 5a) und 5b) der UR 161/09 enthaltenen Bestimmungen zur Kosten und Lastentragung
b) den Ausschluss des Rechts, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen.“

Wegen der Regelungen zu § 6 Nr. 5 a) und 5 b) half das GBA der Beschwerde nicht ab und legte sie dem Senat zur Entscheidung vor.

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde der Bet. ist im Ergebnis unzulässig.

1. Gegenstand des Rechtsmittels ist die Zwischenverfügung des GBA in ihrer letzten Fassung vom 15. 4. 2010. Gegen eine Zwischenverfügung ist das Rechtsmittel der Beschwerde nach den §§ 71, 73 GBO im Allgemeinen zulässig. Das FGG-RG hat die Eigenständigkeit der Vorschriften der §§ 71 ff. GBO betreffend die Beschwerde in Grundbuchsachen nicht berührt, so dass es bei den in der bisherigen Entwicklung der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Zulässigkeit der Beschwerde verbleibt, wozu gehört, dass die Rechtsmittelfähigkeit einer Zwischenverfügung des GBA anerkannt ist, obwohl es sich dabei nicht um eine instanzabschließende Entscheidung handelt (BGH NJW 1994, 1158); § 58 Abs. 1 FamFG ist in diesem Zusammenhang nicht anwendbar.

Gleichwohl ist die Beschwerde unzulässig, weil durch die im Schriftsatz vom 21. 4. 2010 abgegebenen weiteren Erklärungen des Urkundsnotars in Ansehung der Zwischenverfügung eine Erledigung der Hauptsache eingetreten ist, die eine Fortführung des Verfahrens mit dem Ziel einer Sachentscheidung des Beschwerdegerichts ausschließt. Die verfahrensrechtliche Behandlung der Erledigung der Hauptsache im Grundbuchbeschwerdeverfahren folgt den für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entwickelten Grundsätzen. Danach tritt eine Erledigung der Hauptsache ein, wenn der Verfahrensgegenstand durch ein Ereignis, das eine Änderung der Sach- und Rechtslage herbeigeführt hat, fortgefallen ist, so dass eine Weiterführung des Verfahrens keinen Sinne mehr hätte, weil eine Sachentscheidung nicht mehr ergehen kann (vgl. etwa Bauer/von Oefele/Budde, 2. Aufl., § 77 GBO Rn. 5 m. w. N.). Bei der Anfechtung einer Zwischenverfügung tritt nach anerkannter Auffassung eine Erledigung der Hauptsache ein, wenn das von dem GBA angenommene Eintragungshindernis nachträglich behoben wird (vgl. etwa BGHZ 86, 393, 395 = NJW 1983, 1672; BayObLGZ 2001, 153 = NJW 2001, 1654). So liegt der Fall hier:

Der Antrag vom 11. 9. 2009 bezieht sich auf eine aus mehreren Teilregelungen zusammengesetzte schuldrechtliche Vereinbarung, die gem. § 1010 BGB im Grundbuch als Belastung der Miteigentumsanteile eingetragen werden sollen. Nach § 18 Abs. 1 GBO kann das GBA, wenn einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht, dem Ast. eine angemessene Frist zur Behebung des Hindernisses bestimmen. Der Zweck der Zwischenverfügung besteht darin, dem Eintragungs-

antrag unter Wahrung seiner Ranganwartschaft (§ 18 Abs. 2 GBO) zum Erfolg zu verhelfen. Die Zwischenverfügung beinhaltet deshalb die Inaussichtstellung des Vollzugs des Eintragungsantrags, wenn die aufgezeigten Hindernisse behoben werden. Gegenstand einer Zwischenverfügung können deshalb im Ausgangspunkt nur behebbare Eintragungshindernisse sein, während vom Standpunkt des GBA nicht behebbare Hindernisse – ggf. nach Erteilung eines Hinweises – zur alsbaldigen Zurückweisung des Antrags führen müssen. Die von dem GBA in der Zwischenverfügung vom 15. 4. 2010 erhobenen Beanstandungen betreffen teilweise ein behebbares Hindernis hinsichtlich der Teilregelung zu Ziff. 3, während die Teilregelungen in Ziff. 5 a und 5 b hinsichtlich der Kostenverteilung nach Auffassung des GBA nicht eintragungsfähig sind. Gleichwohl durfte das GBA den Bet. anheim stellen, ihren Eintragungsantrag hinsichtlich dieser Teilregelung zurückzunehmen. Denn insoweit handelte es sich um ein Mittel, um den Teilverzug des Antrags, der ursprünglich einheitlich in Bezug auf die Gesamtregelung in der notariellen Urkunde gestellt war, hinsichtlich der anderen Teilregelungen zu ermöglichen. Eine entsprechende Verfahrensweise ist als zulässig anerkannt bei mehreren selbständigen Anträgen, die in einem Antragsverbund i. S. d. § 16 Abs. 2 GBO gestellt sind (BGHZ 71, 349 = NJW 1978, 1915; Senat OLGZ 1970, 447). Der Senat sieht unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der Praxis keine Bedenken, eine solche Verfahrensweise bezogen auf mehrere Teilregelungen einer Gesamtregelung in gleicher Weise zuzulassen, wenn diese – sei es auch nur aufgrund einer ergänzten Bewilligung – im Verhältnis zueinander rechtlich verselbständigt werden können.

Wird so verfahren, ist das Ziel der Zwischenverfügung indessen – wie bereits ausgeführt – lediglich auf die Ermöglichung der Eintragung der nicht oder mit lediglich behebbaren Hindernissen beanstandeten Teilregelungen gerichtet. Selbständiger Gegenstand der Zwischenverfügung ist hingegen nicht ein nicht behebbares Hindernis (hier nach Auffassung des GBA die fehlende Eintragungsfähigkeit) bei der weiteren Teilregelung, die bei selbständiger Würdigung zur sofortigen Zurückweisung des darauf gerichteten Antrags führen müsste. Daraus folgt, dass der Zweck der Zwischenverfügung erreicht ist, wenn auf anderem Wege als durch die aufgezeigte Möglichkeit der teilweisen Antragsrücknahme der Weg für den Teilverzug der eintragungsfähigen Teilregelungen eröffnet wird. Dies ist hier dadurch geschehen, dass der Notar aus eigenem Gutdünken in seinem Schriftsatz vom 21. 4. 2010 den Teilverzug hinsichtlich der übrigen Teilregelungen (nach Behebung dort noch bestehender Beanstandungen) beantragt hat und eine entsprechende Eintragung im Grundbuch am 30. 4. 2010 erfolgt ist. Die Zwischenverfügung hat damit ihren Zweck erfüllt. Sie ist gegenstandslos geworden und kann damit nicht mehr Gegenstand der Sachentscheidung des Beschwerdegerichts sein.

2. Das GBA muss vielmehr nunmehr abschließend in der Sache über den verbliebenen Eintragungsantrag hinsichtlich der Teilregelungen in Ziff. 5 a und 5 b des § 6 der notariellen Urkunde entscheiden. Für das weitere Verfahren weist der Senat ohne Bindungswirkung auf Folgendes hin:

Zur Eintragung einer Verwaltungs- und Benutzungsregelung gem. § 1010 BGB

Die Miteigentümer einer Bruchteilsgemeinschaft (§ 741 BGB) können durch Vereinbarung oder durch Mehrheitsbeschluss gemäß § 745 BGB die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes regeln; diese Vereinbarung wirkt nach § 746 BGB auch für und gegen die Sondernachfolger. Haben die Miteigentümer eines Grundstücks die Verwaltung und Benutzung geregelt, so wirkt die getroffene Bestimmung nach § 1010 Abs. 1 BGB gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers aber nur, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist; dasselbe gilt nach § 1010 Abs. 1 BGB, wenn die Miteigentümer das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt haben. Ergänzend bestimmt § 1010 Abs. 2 BGB, dass auch die in § 755 BGB (Berichtigung einer Gesamtschuld) und § 756 BGB (Berichtigung einer Teilhaberschuld) bestimmten Ansprüche gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur geltend gemacht werden können, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind. Sinn und Zweck des § 1010 BGB ist es, den Erwerber eines Miteigentumsbruchteils gegen ihm unbekannte Vereinbarungen oder Ansprüche zu schützen (MünchKomm/K. Schmidt, 5. Aufl., § 1010 BGB Rn. 1), und umgekehrt, es Bruchteilsgemeinschaften umfassend zu ermöglichen, Regelungen über die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks, die sich nicht aus dem Gesetz ergeben, sondern aufgrund einer Vereinbarung der Bruchteilseigentümer nur in ihrem Verhältnis untereinander, zu verdinglichen, d. h. „Drittwirkung“ zu verschaffen, so dass sie auch gegenüber Sondernachfolgern gelten.

Unter „Regelungen“ i. S. d. § 1010 BGB sind Vereinbarungen oder Mehrheitsbeschlüsse der Bruchteilsgemeinschaft zu verstehen. Fraglich ist vorliegend, ob unter „Verwaltung des Grundstücks“ i. S. d. § 745 BGB auch die in § 6 Nr. 5 a) und 5 b) der Gemeinschaftsordnung vereinbarten Regelungen fallen.

Eintragungsfähig ist nur eine vom Gesetz abweichende Regelung

a) Die Regelung in § 6 Nr. 5 a) der Gemeinschaftsordnung über die Instandhaltung der Wege- und Parkstreifenfläche kann sich inhaltlich nur auf die Pflicht zur Lasten- und Kostentragung beziehen, weil sie eine Verantwortung für die Instandhaltung „entsprechend den Bruchteilen“ vorsieht, die Unterhaltungspflicht selbst aber unteilbar ist. Sie entspricht damit der Regelung des § 748 BGB, wonach jeder Teilhaber den anderen Teilhabern gegenüber verpflichtet ist, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstands sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen. Unabhängig von der Frage, ob eine Regelung über die Lasten- und Kostentragung überhaupt nach § 1010 BGB eingetragen werden kann, ist eintragungsfähig ohnehin nur eine Regelung, die von der gesetzlichen Regelung abweicht. Das ist hier nicht der Fall, weil die Lasten des gemeinschaftlichen Grundstücks sowie die Kosten seiner Erhaltung, Verwaltung und gemeinschaftlichen Benutzung hier nicht nach einem anderen

Maßstab als dem des § 748 BGB verteilt werden (BayObLG DNotZ 1993, 391 = Rpfleger 1993, 59). Das GBA weigert sich daher zu Recht, diese Regelung ins Grundbuch einzutragen.

Eintragungsfähigkeit einer von § 748 BGB abweichenden Kostentragungsregel

b) Bei den Regelungen in § 6 Nr. 5 b) S. 1 und 2 der Gemeinschaftsordnung handelt es sich um eine Verwaltungsregelung über Unterhaltungspflichten und Reparaturpflichten, die nach § 745 BGB möglich ist und ohne Bedenken als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen werden kann, § 1010 Abs. 1 BGB, und vom GBA auch eingetragen worden ist. Zweifelhaft ist nur, ob auch die mit dieser Verwaltungsregelung in Zusammenhang stehende Regelung in § 6 Nr. 5 b) S. 3 der Gemeinschaftsordnung zur Tragung der Unterhaltungskosten und Reparaturaufwendungen nach § 1010 Abs. 1 BGB verdinglicht werden kann. Diese Vereinbarung weicht von der gesetzlichen Regelung des § 748 BGB zur Lasten- und Kostentragung ab, indem sie bestimmt, dass die Unterhaltung und Instandsetzung bestimmter Teile der (im Bruchteilseigentum liegenden) Ver- und Entsorgungsleitungen nur bestimmten Eigentümern obliegt und die Kosten hierfür von diesen und ggf. von weiteren durch die Maßnahme begünstigten Bruchteilseigentümern zu tragen sind.

Zur bisherigen Rechtsprechung des Senates

Der Senat hat durch Beschluss vom 19. 2. 1973 entschieden, die Eintragung der Pflicht zur Lasten- und Kostentragung hinsichtlich des gemeinschaftlichen Gegenstands im Rahmen des § 1010 Abs. 1 BGB verstoße gegen den Grundsatz der geschlossenen Zahl der Sachenrechte, weil diese Vorschrift sich nur auf die Regelungen zur Verwaltung des Bruchteilseigentums in den §§ 745, 746 BGB beziehe und nicht auf die Regelung in § 748 BGB zur Pflicht jedes Teilhabers zur Lasten- und Kostentragung des gemeinschaftlichen Gegenstands (DNotZ 1973, 546 = Rpfleger 1973, 167). Diese Auffassung hat in der Literatur weitgehend Zustimmung erhalten (Palandt/Bassenge, BGB, 70. Aufl., Rn. 2; BGB-RGRK/Pikart, 12. Aufl., Rn. 9; Erman/Aderhold, BGB, 12. Aufl., Rn. 4; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., Rn. 3; Staudinger/Gursky, Bearb. 2005, Rn. 17, jeweils zu § 1010; ebenso LG Köln MittRhNotK 1984, 104), das BayObLG ist ihr jedoch entgegengetreten (a.a.O.) und hat ausgeführt, auch abweichende Regelungen über die Lasten- und Kostentragung könnten grundsätzlich in das Grundbuch eingetragen werden. Das Kammergericht (OLGE 43, 5) hält eine Regelung der Unterhaltungspflicht jedenfalls dann für eintragungsfähig, wenn zugleich die Benutzung geregelt und dies eingetragen werde (so auch MünchKommBGB/K. Schmidt, 5. Aufl., Rn. 9; KEHE/Eickmann, Grundbuchrecht, 5. Aufl., Einl. D 31; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 1467; Döbler, MittRhNotK 1983, 181, 185; LG Traunstein MittBayNot 1978, 157).

Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung des Senates

Der Senat schließt sich unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung der zuletzt genannten differenzieren-

den Auffassung an. Gegenüber der dogmatischen, auf den Wortlaut der §§ 745, 746, 1010 BGB gestützten Ableitung, die in dem Beschluss vom 12. 2. 1973 im Vordergrund steht, kann sich der Senat einer Argumentation nicht verschließen, die den schuldrechtlichen Zusammenhängen größeres Gewicht beimisst. Denn die Eintragung nach § 1010 BGB führt zu einer Verdinglichung schuldrechtlicher Vereinbarungen der Miteigentümer, die nicht künstlich auseinandergerissen werden können. Dem in § 6 Nr. 3 der Gemeinschaftsordnung vorgesehenen Recht des einzelnen Miteigentümers, „in der Gemeinschaftsfläche sämtliche Ver- und Entsorgungsleitungen zu verlegen, zu unterhalten, ggf. zu erneuern, soweit diese den angrenzenden Grundstücken dienen“, steht als Kehrseite die in § 6 Nr. 5 b) begründete Verwaltungsregelung, nämlich eine Unterhaltungs- und Instandsetzungspflicht hinsichtlich der Ver- und Entsorgungsleitungen gegenüber. § 6 Nr. 5 b) enthält also als spezifischen Interessenausgleich für das dem Eigentümer gewährte Recht zur Verlegung der Leitungen eine Unterhaltungslast, die sich auch in der Kostenregelung ausdrückt. Da die in Abweichung von §§ 744, 745 BGB getroffene Regelung zur Verwaltung bestimmter Teile des Gemeinschaftseigentums und die damit untrennbar verbundene Regelung zu der sich aus der abweichenden Verwaltungsvereinbarung ergebenden Kostentragung nur einheitlich gewollt sind, können sie im Rahmen der Anwendung des § 1010 BGB bei der Eintragung ins Grundbuch nicht isoliert behandelt werden. Diese gesetzliche Vorschrift ist nicht dahin zu verstehen, dass bei der Auslegung der Begriffe „Regelung der Verwaltung und Benutzung“ die schuldrechtlichen Zusammenhänge nicht berücksichtigt werden dürfen, wenn mit der Regelung zur Verwaltung untrennbar eine Kostenregelung verknüpft ist (vgl. Döbler, a.a.O.).

Dabei ist auch der Zweck des § 1010 BGB, der eingetragenen Regelung gegenüber Sondernachfolgern rechtliche Wirkung zu verschaffen, in den Blick zu nehmen, der es erforderlich macht, dass der unbefangene Leser des Grundbuchs zur „besseren Veranschaulichung der Rechtslage“ (KG a.a.O.) die entsprechende Verwaltungsvereinbarung im Ganzen und nicht nur bruchstückhaft aus dem Grundbuch ersehen kann.

3. Liegenschaftsrecht – Zum grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz im Hinblick auf den Inhalt einer Grunddienstbarkeit

(OLG München, Beschluss vom 10. 3. 2011 – 34 Wx 55/11 – mitgeteilt von RichterIn am Oberlandesgericht Edith Paintner)

BGB §§ 1018

GBO §§ 18

1. Zur inhaltlichen Bestimmtheit einer Grunddienstbarkeit.
2. Eine Grunddienstbarkeit, die dem jeweiligen Eigentümer der Sondereigentumseinheit „Laden“ die Vornahme folgender Handlungen verbietet:

„Er darf in dieser Sondereigentumseinheit kein Gewerbe betreiben, außer es handelt sich um

„stille Gewerbe mit nur geringfügiger Umfeldbeeinträchtigung“. Insbesondere sind die Gewerbe ausgeschlossen, welche Lärm- und Geruchsbelästigungen wie Restaurants, Bars, Kaffees oder Discos verursachen bzw. unseriöse Gewerbe wie Nachtclubs oder ähnliches. In jedem Fall ist der Betrieb eines Schmuckladens mit Werkstatt zulässig“

genügt nicht dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheits- und Publizitätsgrundsatz.

Zur Einordnung:

Aufgrund des grundbuchlichen Bestimmtheitsgrundsatzes muss der Inhalt eines Rechts an einem Grundstück klar und eindeutig feststehen. Für die Bestellung einer Unterlassungsdienstbarkeit gem. § 1018 Alt. 2 BGB ist es demnach erforderlich, dass die auf dem belasteten Grundstück zu unterlassende tatsächliche Handlung hinreichend konkret umschrieben ist. Soll mit einer Unterlassungsdienstbarkeit ein teilweises Gewerbeverbot gesichert werden, so ist die zu unterlassende Art des Gewerbes bzw. das Produkt, dessen Vertrieb auf dem Grundstück zu unterlassen ist, genau zu bezeichnen. Als hinreichend bestimmt in diesem Sinne wurde von der Rechtsprechung u.a. das Verbot angesehen, auf dem belasteten Grundstück eine „Tankstelle“ zu errichten, ein „Gastwirtschafts- und Flaschenbierhandelsgewerbe“ auszuüben oder „Bier oder sonstige geistige Getränke jeder Art“ auszuschenken und zu vertreiben (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1132 a. E., 1225 m. w. N.).

In der hier abgedruckten Entscheidung verneint das OLG München die erforderliche Bestimmtheit einer Grunddienstbarkeit, nach deren Inhalt in den Räumen einer Teileigentumseinheit ein Gewerbe grundsätzlich nicht betrieben werden darf, außer es handelt sich um ein „stilles Gewerbe“ (zum Teil- bzw. Wohnungseigentum als tauglicher Belastungsgegenstand einer Dienstbarkeit vgl. Schöner/Stöber, a.a.O. Rn. 1117, 2952 f.). Zwar reiche es aus, wenn der Umfang einer Grunddienstbarkeit durch einen objektiv bestimm- baren Bedeutungsinhalt umrissen werde. Ergebe jedoch die Auslegung der verwendeten Begriffe, dass der Inhalt der Grunddienstbarkeit mehrdeutig ist, liege eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes vor. Letzteres gelte für den Begriff des „stillen Gewerbes“, der keinen durch Gesetz, Rechtsprechung oder sonst allgemein fest umrissenen Bedeutungsinhalt habe. Eine hinreichende Bestimmtheit werde auch nicht durch eine beispielhaft nähere Umschreibung des „stillen Gewerbes“ hergestellt (hier „Lärm- und Geruchsbelästigungen“ sowie „unseriöse Gewerbe“ unzulässig, hingegen „geringfügige Umfeldbeeinträchtigungen“ zulässig).

Soll ein teilweises Gewerbeverbot mit einer Dienstbarkeit gesichert werden, empfiehlt es sich in der notariellen Praxis, entweder die Art des unzulässigen Gewerbes möglichst konkret zu bezeichnen oder aber Gewerbe grundsätzlich zu untersagen und die ausnahmsweise zulässige Art des Gewerbes im Einzelnen zu benennen. Ist eine konkrete Bezeichnung

des unzulässigen oder ausnahmsweise zulässigen Gewerbes nicht möglich oder nicht gewünscht, könnte die Ausübung von Gewerbe durch eine Dienstbarkeit auf dinglicher Ebene vollständig untersagt werden, um sodann auf schuldrechtlicher Ebene nicht dem grundbuchlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügende Ausnahmen (hier etwa „stille Gewerbe“) zuzulassen (vgl. Palandt/Bassenge, 70. Aufl. 2011, v. § 1018 Rn. 2).

Die Schriftleitung (TB)

Zum Sachverhalt:

I. Der Bet. zu 1) ist als Eigentümer von Wohnungs- und Teileigentum – nämlich eines Ladens und zweier Wohnungen – im Grundbuch eingetragen. An den Wohnungen sind für den Bet. zu 2) Eigentumsvormerkungen eingetragen. Mit notarieller Urkunde vom 8. 9. 2010 hat der Bet. zu 1) zugunsten der beiden Wohnungen die Eintragung folgender Dienstbarkeiten auf seinem Teileigentum bewilligt und beantragt:

Der jeweilige Eigentümer der dienenden Sondereigentumseinheit darf in diesen Räumen folgende Handlungen nicht vornehmen:

Er darf in dieser Sondereigentumseinheit kein Gewerbe betreiben, außer es handelt sich um „stille Gewerbe mit nur geringfügiger Umfeldbeeinträchtigung“. Insbesondere sind die Gewerbe ausgeschlossen, welche Lärm- und Geruchsbelästigungen wie Restaurants, Bars, Kaffees oder Discos verursachen bzw. unseriöse Gewerbe wie Nachtclubs oder ähnliches.

In jedem Fall ist der Betrieb eines Schmuckladens mit Werkstatt zulässig.

Mit Zwischenverfügung vom 17. 9. 2010 hat das GBA, soweit noch von Bedeutung, Frist zur Beseitigung des folgenden Hindernisses gesetzt. Der Dienstbarkeitsinhalt „stille Gewerbe mit nur geringfügiger Umfeldbeeinträchtigung“ sowie „unseriöse Gewerbe wie Nachtclubs oder ähnliches“ sei zu unbestimmt. Der Beschwerde der Bet., die darauf hingewiesen haben, dass der Begriff des „stillen Gewerbes“ ein im Bauplanungsrecht gebräuchlicher Maßstab und hier noch durch Regelbeispiele konkretisiert sei, hat das GBA am 26. 1. 2011 nicht abgeholfen. Die Einschränkung des Inhalts der Dienstbarkeit sei nicht bestimmt genug bezeichnet. Auch die Aufzählung von insbesondere ausgeschlossenen Gewerben helfe nicht ab, da es sich lediglich um Beispiele handle.

Aus den Gründen:

II. Die vom beurkundenden Notar gemäß § 15 Abs. 2 GBO für den Eigentümer und Ast. sowie den Vormerkungsberechtigten zulässig eingelegte (§§ 71 Abs. 1, 73 GBO) Beschwerde hat in der Sache (nur) vorläufigen Erfolg.

1. Die Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) ist in dem hier gegenständlichen Teil aufzuheben, unabhängig davon, ob man die Rechtsansicht des GBA teilt und die Dienstbarkeit als nicht ausreichend bezeichnet ansieht. Folgt man dem, so liegt nämlich ein nicht behebbares Hindernis vor, so dass der Eintragungsantrag sofort zurückzuweisen wäre (vgl. Demharter, 27. Aufl., § 18 GBO Rn. 12). Denn die zur Eintragung erforderliche Eintragungsbewilligung des unmittelbar Betroffenen liegt nicht vor, weil das einzutragende Recht inhaltlich geän-

dert werden müsste (siehe Meikel/Böttcher, 10. Aufl., § 18 GBO Rn. 40). Es wäre eine neue Eintragungsbewilligung für eine Dienstbarkeit vorzulegen, die einen ausreichend bestimmten Inhalt hat. Dafür ist die Zwischenverfügung mit ihrer rangwahrenden Wirkung aber nicht vorgesehen.

2. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass er die in der Zwischenverfügung verlautbarte Rechtsansicht des GBA teilt.

Zum grundbuchlichen Bestimmtheitsgrundsatz

a) Entsprechend dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheits- und Publizitätsgrundsatz ist der Rechtsinhalt einer Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB) so genau zu bezeichnen, dass er durch Auslegung – im Streitfall ggf. durch das Gericht – feststellbar ist. Der Rechtsinhalt muss aufgrund objektiver Umstände bestimmbar und für einen Dritten erkennbar und verständlich sein, so dass dieser in der Lage ist, die hieraus folgende höchstmögliche Belastung des Grundstückseigentums einzuschätzen und zumindest eine ungefähre Vorstellung davon zu gewinnen, welche Bedeutung die Dienstbarkeit für das Eigentum konkret haben kann (vgl. OLG Brandenburg FGPrax 2009, 100; Staudinger/Mayer, Neubearb. 2009, § 1018 BGB Rn. 88 m. w. N.). Der Bestimmtheitsgrundsatz soll nämlich auch Streitfälle vermeiden helfen, indem für alle Beteiligten und Interessenten Klarheit über den Inhalt und Umfang des Rechts geschaffen wird (vgl. OLG Düsseldorf Rpfleger 1979, 305). Dabei können die objektiven Umstände jedoch auch außerhalb des Grundbuchs liegen, sofern sie nachprüfbar und wenigstens in der Eintragungsbewilligung angedeutet sind. Je gravierender die mit der Dienstbarkeit verbundene Einschränkung des betroffenen Eigentümers ist, desto größere Anforderungen müssen an die Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes gestellt werden (Staudinger/Mayer, § 1018 Rn. 90). Im Allgemeinen reicht es aber aus, wenn der Umfang des Rechts durch einen objektiv bestimmbareren Bedeutungsinhalt umrissen wird. Unsicherheiten im Einzelfall stehen dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht entgegen. Erst wenn die Auslegung ergibt, dass der Inhalt der Grunddienstbarkeit mehrdeutig oder nicht vollständig geregelt ist, liegt eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes vor (vgl. BayObLGZ 2004, 103). Für die Auslegung nach § 133 BGB ist auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (st. Rechtspr.; z. B. BGHZ 113, 374, 378; Demharter, § 19 Rn. 28). Außerhalb der Eintragungsbewilligung liegende Umstände dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne weiteres erkennbar sind. Darauf, was der Bewilligende gewollt hat, kommt es nicht an (BGH und Demharter, je a. a. O.; auch BayObLG Rpfleger 2002, 619).

Die inhaltliche Bestimmbarkeit ist meist dann sichergestellt, wenn der verwendete Begriff oder die verwendete Umschreibung durch Gesetz oder Rechtsprechung näher ausgefüllt ist und dadurch einen objektiv bestimmbareren Bedeutungsinhalt gewonnen hat (vgl. z. B. BGHZ 151, 116, 123 f.; OLG München MittBayNot 2008, 50 mit Anm. Wartenburger; MittBayNot 2009, 464 mit Anm. Wartenburger; Böhlinger, Rpfleger 2011, 133, 135;

verneint z. B. für Sympathisanteneigenschaft: LG Düsseldorf Rpfleger 2006, 648; für negative Veränderung des „bisherigen Lebensstandards“: OLG Düsseldorf ZfIR 2008, 764 mit Anm. Heinze). Diese teils für die Vormerkung entwickelten Grundsätze gelten erst recht für die Grunddienstbarkeit.

Mangelnde Bestimmtheit des „stillen Gewerbes“

b) Vom zunächst umfassend formulierten Verbot jeglichen Gewerbes im Laden wird das „stille Gewerbe“ ausgenommen. Es handelt sich dabei nicht um einen Rechtsbegriff. So ist etwa im Bauplanungsrecht nicht von „stillem“ sondern, offensichtlich in Abhängigkeit von der prägenden Umgebung, von „nicht störendem Gewerbe die Rede (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 4, § 4 Abs. 3 Nr. 2, § 7 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO). Freilich muss es sich bei der Beschreibung des Inhaltes der Dienstbarkeit nicht um einen – wenn auch unbestimmten – Rechtsbegriff handeln. Die verwendeten Begriffe müssen aber einen eindeutigen, allgemein und nicht nur für die Bet. zum Zeitpunkt der Einräumung der Dienstbarkeit nachvollziehbaren Inhalt haben. Eine solche feststehende Bedeutung lässt sich aber für den Begriff des „stillen Gewerbes“, jedenfalls derzeit, nicht feststellen. In der Rechtsprechung wird er vereinzelt herangezogen (vgl. etwa LG Potsdam InfoM 208, 286; AG Regensburg WuM 1991, 678), ohne ihn allerdings näher zu umschreiben. Die zitierten Entscheidungen sind darüber hinaus zum Wohnungsmietrecht ergangen. Ob sich im Zusammenhang mit der Belastung von Wohnungs- und Teileigentum ein anderer Bedeutungsinhalt anbietet, braucht aus dem genannten Grund nicht näher geprüft zu werden. Internetrecherchen zu dem Begriff ergeben eine Unzahl von Einträgen, im Wesentlichen Immobilienanzeigen, bei denen damit geworben wird, ein „stilles Gewerbe“ betreiben zu können, ohne dass sich daraus eine allgemeingültige Umschreibung entnehmen ließe. Als Wertungsmaßstab dessen, an welche Art von ausnahmsweise zulässigem Gewerbe gedacht ist, lässt sich auch nicht der explizit erlaubte Betrieb eines Schmuckladens mit Werkstatt heranziehen. Dieser nimmt nach dem Aufbau der Klausel eine Sonderstellung ein und soll demnach kein genereller Maßstab des Erlaubten bilden.

Keine hinreichende Konkretisierung durch Ergänzungen

c) Eine hinreichende Präzisierung ergibt sich auch nicht durch den Zusatz „mit nur geringfügiger Umfeldbeeinträchtigung“, da dies wohl ohnehin mit dem „stillen“ Gewerbe verbunden ist. Die angeführten Beispiele führen nicht zu einer ausreichenden Eingrenzung des Begriffsinhalts. Aus ihnen ergibt sich allenfalls, dass etwa Betriebe des Gaststättengewerbes ausgeschlossen sein sollen, die aber von vornherein nicht als „still“ zu bezeichnen sein dürften und im Übrigen auch nach der herrschenden wohnungseigentumsrechtlichen Rechtsprechung in einem „Laden“ regelmäßig nicht betrieben werden dürfen (vgl. Riecke/Schmid/Abramenko, 3. Aufl., § 14 WEG Rn. 18). Es ist auch nicht klar, welche „geringfügigen Umfeldbeeinträchtigungen“ noch geduldet werden, wenn „Lärm- und Geruchsbelästigungen“ insgesamt ausgeschlossen sind. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass es sich um ein Teileigentum mit der

Zweckbestimmung als Laden handelt, dem als Verkaufsstelle Publikumsverkehr an sich immanent ist (vgl. BayObLGZ 1980, 154, 159) und der demgemäß Kundenverkehr hat. Auch die weitere Ausnahme „Betrieb eines Schmuckladens mit Werkstatt“ kann hier nicht zur Klärung herangezogen werden, da dies von der Zulässigkeit des Betriebs eines „stillen Gewerbes“ unabhängig erlaubt sein soll (s. o. zu b.).

d) Der Umfang der Ausnahmen wird auch durch das Verbot des „unseriösen Gewerbes“ nicht deutlicher. Die Bedeutung des Wortes seriös (vertrauenswürdig, ernsthaft vom Lateinischen *seriosus* = ernst) ist in Verbindung mit dem Wort „Gewerbe“ unklar. Da als Beispiel der „Nachtclub“ angeführt ist – der aber wohl schon wegen nächtlicher Geräuschkentwicklung kein „stilles Gewerbe“ ist –, könnte dies auf Wertmaßstäbe der herrschenden Rechts- und Sozialmoral (Sittenordnung; vgl. Palandt/Ellenberger, 70. Aufl., § 138 BGB Rn. 2) verweisen. Wertvorstellungen unterliegen einem Wandel (Palandt/Ellenberger, § 138 Rn. 10). Für die Bestimmung eines dinglichen Rechts ist eine Bezugnahme auf diese nicht geeignet; sie widerspricht vielmehr der Funktion des Grundbuchs, auf sicherer Grundlage den Inhalt der Eintragung klar zu vermitteln (vgl. auch FGPrax 2008, 196, 197). Für den unbefangenen Dritten ist zwar ein grundsätzliches Verbot erkennbar, nicht jedoch der Umfang der zugelassenen Ausnahmen. Dies wiegt umso schwerer, als es sich um ein als Laden ausgewiesenes Teileigentum handelt, aber gerade ein Großteil solcher Aktivitäten ausgeschlossen sein soll, die gewöhnlicherweise in einem Laden bestimmungsgemäß ausgeübt werden können.

4. Liegenschaftsrecht – Zum Nachweis der Nichtgeltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs gegenüber dem Grundbuchamt

(OLG Hamm, Beschluss vom 8. 2. 2011 – 15 W 27/11 – mitgeteilt von Richter am Oberlandesgericht Hartmut Engelhardt)

**BGB §§ 2269; 2271
GBO §§ 35**

Haben Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament die Schlusserbeinsetzung ihrer Kinder mit einer Pflichtteilsstrafklausel verbunden, muss den Kindern bei der Grundbuchberichtigung nach dem letztverstorbenen Elternteil die Möglichkeit eingeräumt werden, durch inhaltlich übereinstimmende, von jedem von ihnen abzugebende eidesstattliche Versicherung den Nachweis zu führen, dass keines der Kinder nach dem Tod des erstverstorbenen Elternteils den Pflichtteil verlangt hat.

Zur Einordnung:

Die Frage, wie die unterbliebene Geltendmachung des Pflichtteils gegenüber dem GBA nachgewiesen werden kann, beschäftigt immer wieder die Gerichte (vgl. zuletzt etwa OLG Köln RNotZ 2010, 263 m. Anm. Böttcher). Einige Gerichte sind der Ansicht, dass in diesem Fall die Vorlage eines Erbscheins unerlässlich sei (so etwa LG Kassel Rpfleger 1993, 397; LG

Mannheim BWNtZ 1985, 125 m. Anm. Pöschl; Meikel/Roth, 10. Aufl. 2009, § 35 GBO Rn. 120 f.). Andere Gerichte gehen davon aus, dass auch die Vorlage des eröffneten Erbvertrages genüge, wenn die Nichtgeltendmachung des Pflichtteilsanspruchs offensichtlich sei (so LG Köln MittRhNotK 1988, 177; LG Koblenz MittRhNotK 1995, 67; LG Stuttgart BWNtZ 1988, 163 m. Anm. Böhringer; Meyer-Stolte, Rpfleger 1992, 195). Die in der Grundbuchpraxis wohl herrschende Meinung steht hingegen auf dem Standpunkt, dass in diesem Fall der Nachweis der Erbfolge durch die Abgabe eidesstattlicher Versicherungen geführt werden könne bzw. müsse (LG Bochum Rpfleger 1992, 427; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 790 mit Fn. 310; Hügel/Wilsch, BeckOK, Stand: 1.2.2011, § 35 GBO Rn. 108; Worm, RNotZ 2003, 550; offen gelassen vom OLG Frankfurt Rpfleger 1994, 206, 207 und vom OLG Köln RNotZ 2010, 263, 264). Der Vorlage eines Erbscheins bedürfe es nur dann, wenn trotz der Vorlage eidesstattlicher Versicherungen begründete Zweifel hinsichtlich der Erbfolge bestehen (OLG Frankfurt MittRhNotK 1993, 318).

Dieser herrschenden Meinung hat sich nun auch das OLG Hamm angeschlossen. Das entscheidende Argument für die herrschende Meinung sei, dass in diesen Fällen auch das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren regelmäßig eine entsprechende eidesstattliche Versicherung ausreichen lassen und der Erbscheinerteilung zugrunde legen würde.

Auch wenn das OLG Hamm die Vorlage eines Erbscheins zum Nachweis der Erbfolge bei Pflichtteilsstrafklauseln nicht generell für erforderlich erachtet, sondern die Abgabe eidesstattlicher Versicherungen in der Regel genügen lässt, sollte der Praktiker die Entscheidung gleichwohl zum Anlass nehmen, die Verwendung von „automatischen“ Pflichtteilsstrafklauseln, bei denen die Schlusserbeinsetzung auflösend bedingt durch das Verlangen des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden ist, noch einmal kritisch zu hinterfragen. Während sich bei einer solchen „automatischen“ Pflichtteilsstrafklausel regelmäßig eine Lücke im urkundlichen Nachweis der Erbfolge ergibt, die mit den oben genannten Mitteln geschlossen werden muss, kann die Klausel alternativ auch dahingehend formuliert werden, dass der überlebende Ehegatte im Falle der Geltendmachung von Pflichtteilen von der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments befreit wird und sodann selbst entscheiden kann, ob er denjenigen, der den Pflichtteil geltend gemacht hat, von der Erbfolge ausschließen möchte (vgl. Hügel/Wilsch, a.a.O., § 35 GBO Rn. 105 ff.; DNotI-Report 2002, 129, 130 f.). Bei einer solchen vom Willen des Überlebenden abhängigen („fakultativen“) Klausel ist im Normalfall, in dem es bei der ursprünglich vorgesehenen Schlusserbeinsetzung bleibt, kein besonderer Nachweis erforderlich. Der Nachteil der „fakultativen“ Klausel ist jedoch, dass sie eine Abschreckungswirkung hinsichtlich des Pflichtteilsverlangens nur entfaltet, wenn der überlebende Ehegatte zum Zeitpunkt einer etwaigen Geltendmachung des Pflichtteils noch testierfähig ist. Ferner bereitet die „fakultative“ Klausel

dann Probleme, wenn ein Abkömmling wider Erwarten doch seinen Pflichtteil verlangt und der überlebende Ehegatte daraufhin die Erbfolge ändert. Denn in diesem Fall verlagert sich die Nachweisproblematik auf die Frage, wie dem GBA das Pflichtteilsverlangen als Voraussetzung für die das gemeinschaftliche Testament abändernde spätere Verfügung des überlebenden Ehegatten nachzuweisen ist (vgl. DNotI-Report 2002, 129, 131).

Die Schriftleitung (CV)

Zum Sachverhalt:

I. Im Grundbuch von N. Blatt . . . und Blatt . . . 2 sind jeweils der Diplom-Kaufmann S. und zwei Schwestern des S. in Erbengemeinschaft als Eigentümer eingetragen. Nach dem Tode des S. haben seine Töchter, die Bet. zu 1) bis 3), die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Erbfolge nach dem Erblasser S. beantragt. Bei den Grundakten befinden sich von dem Nachlassgericht W. von Amts wegen übersandte beglaubigte Ablichtungen folgender drei Verfügungen von Todes wegen neben einer beglaubigten Ablichtung des Eröffnungsprotokolls:

- Ein privatschriftliches Ehegattentestament vom 25. 1. 1977, in dem der Erblasser und seine Ehefrau sich gegenseitig zu Alleinerben und die Bet. zu 1) bis 3) – verbunden mit einer Pflichtteilsstrafklausel – zu gleichen Teilen als Schlusserben eingesetzt haben;
- ein privatschriftliches Ehegattentestament vom 3. 10. 1997, in dem die Eheleute ergänzend Vermächtnisse ausgesetzt haben, und
- ein von dem Erblasser nach dem Tod seiner Ehefrau errichtetes notarielles Testament vom 21. 1. 2010, in dem der Erblasser den Widerruf aller bisherigen letztwilligen Verfügungen erklärt und die Bet. zu 1) bis 3) zu gleichen Teilen als seine Erben eingesetzt hat.

Mit Zwischenverfügung vom 17. 12. 2010 hat das GBA den Bet. die Einreichung eines Erbscheins aufgegeben. Hiergegen wenden sich die Bet. mit ihrer Beschwerde. Sie machen geltend, dass sich die Erbfolge bereits aus den vorliegenden Testamenten in Verbindung mit dem Eröffnungsprotokoll ergebe. Außerdem tragen sie vor, dass keine von ihnen nach dem Ableben der Mutter den Pflichtteil geltend gemacht habe, und erklären ihre Bereitschaft, dieses auch an Eides statt zu versichern.

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist nach den §§ 71 ff. GBO zulässig, soweit die Bet. die Aufhebung der Zwischenverfügung vom 17. 12. 2010 begehren. Der weitergehende Antrag, das GBA zur Durchführung der Grundbuchberichtigung anzuweisen, ist dagegen bereits unzulässig, weil der Senat im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht abschließend über den Eintragungsantrag zu entscheiden hat.

Die Beschwerde ist im zulässigen Umfang teilweise begründet und führt zu einer Abänderung bzw. Ergänzung der angefochtenen Zwischenverfügung, weil außer dem vom GBA geforderten Erbschein auch die Vorlage eidesstattlicher Versicherungen der Bet. als Mittel zur Behebung des Eintragungshindernisses in Betracht kommt.

Grundbuchberichtigung erfordert Nachweis der Erbfolge in der Form des § 35 Abs. 1 GBO

Für die beantragte Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) ist der Nachweis der Erbfolge nach dem am 24. 6. 2010 verstorbenen S. in der Form des § 35 Abs. 1 GBO erforderlich.

Nach dieser Vorschrift ist der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen (§ 35 Abs. 1 S. 1 GBO). Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es gemäß § 35 Abs. 1 S. 2 GBO in der Regel, wenn an Stelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden. Dabei reicht in formaler Hinsicht die Vorlage beglaubigter Abschriften aus (Demharter, 27. Aufl., § 35 GBO Rn. 45; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 786; Bauer/von Oefele/Schaub, 2. Aufl., § 35 GBO Rn. 121; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann/Herrmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 35 GBO Rn. 68). Liegt – wie hier – außer einer öffentlichen Verfügung von Todes wegen auch ein privatschriftliches Testament vor, so genügt es, wenn die Erbfolge jedenfalls auch auf der öffentlichen Verfügung von Todes wegen beruht und sich selbständig auch aus ihr ableiten lässt (Demharter, a.a.O., § 35, Rn. 31, 37; Bauer/von Oefele/Schaub, a.a.O., § 35 Rn. 158 ff.).

Im vorliegenden Fall kommt es also darauf an, ob sich die Erbfolge aus dem notariellen Testament vom 21. 1. 2010 ergibt. Bei den Testamenten vom 25. 1. 1977 und 3. 10. 1997 handelt es sich lediglich um privatschriftliche Testamente, durch die nach dem oben Gesagten im Grundbuchverfahren die Erbfolge nicht nachgewiesen werden kann. Das Testament vom 3. 10. 1997 enthält außerdem nur Vermächtnisanordnungen und ist daher für die Beurteilung der Erbfolge unerheblich.

Bindungswirkung früherer Testamente ist auch im Grundbuchberichtigungsverfahren zu berücksichtigen

Das notarielle Testament vom 21. 1. 2010 enthält eine Erbeinsetzung der Bet. zu 1) bis 3) zu gleichen Teilen. Die Wirksamkeit dieser Erbeinsetzung wird aber von der Bindungswirkung des früheren privatschriftlichen Ehegattentestaments vom 25. 1. 1977 berührt, was auch im Grundbucheintragungsverfahren zu berücksichtigen ist (vgl. Schöner/Stöber a.a.O., Rn. 787; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann/Herrmann, a.a.O., Rn. 61).

Einsetzung der gemeinsamen Kinder zu Schlusserven erfolgt in der Regel wechselbezüglich und ist damit für den Überlebenden bindend

Die mit einer Pflichtteilsstrafklausel verbundene Einsetzung der Bet. zu 1) bis 3) als Schlusserven zu gleichen Teilen in dem formwirksamen (§§ 2247, 2267 BGB) privatschriftlichen Ehegattentestament vom 25. 1. 1977 war wechselbezüglich i. S. d. § 2270 BGB und damit für den Erblasser als überlebenden Ehegatten bindend. Die vorverstorbene Ehefrau des S. hat diesen zu ihrem Alleinerben eingesetzt und damit ihre Kinder, die Bet. zu 1) bis 3), enterbt. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung liegt es nahe, dass diese Regelung für den ersten To-

desfall in einer Wechselwirkung dazu steht, dass der überlebende Ehegatte im Gegenzug dafür als Schlusserven die Kinder einsetzt. Wer sein Vermögen letztlich an die eigenen Kinder weitergeben will, sie aber trotzdem für den ersten eigenen Todesfall enterbt, tut das im Bewusstsein und Vertrauen darauf, dass wegen der Schlusserbeinsetzung des anderen Ehegatten das gemeinsame Vermögen eines Tages auf die Kinder übergehen wird (vgl. OLG München FGPrax 2010, 299, 300). Auch nach der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB wäre von der Wechselbezüglichkeit auszugehen.

Wechselbezüglichkeit erstreckt sich auch auf Pflichtteilsstrafklausel

Die Wechselbezüglichkeit erstreckt sich aber auch auf die im Testament vom 25. 1. 1977 enthaltene Pflichtteilsstrafklausel. Infolge dieser Klausel ist die Schlusserbeinsetzung auflösend bedingt durch das Verlangen des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden (vgl. BGH NJW 2006, 3064 f.; BayObLG NJW-RR 2004, 654, 655; Palandt/Weidlich, 70. Aufl., § 2269 BGB Rn. 15). Mit dem Bedingungseintritt entfällt die Erbenstellung. Der Eintritt der auflösenden Bedingung kann auch noch nach dem Tod des Letztversterbenden herbeigeführt werden (BGH a.a.O.; Palandt/Weidlich, a.a.O.). Da die Regelung der Pflichtteilsstrafklausel von der Schlusserbeinsetzung nicht zu trennen ist, ist sie ein Bestandteil der wechselbezüglichen Erbeinsetzung und somit für den überlebenden Ehegatten bindend (BayObLG NJW-RR 2004, 654, 656; Lübbert, NJW 1988, 2706, 2708; Soergel/Wolf, 13. Aufl., § 2269 BGB Rn. 35).

Aus alledem folgt, dass der in dem notariellen Testament vom 21. 1. 2010 erklärte Widerruf aller früheren letztwilligen Verfügungen gemäß § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB jedenfalls insoweit unwirksam ist, als er sich auf die auflösend bedingte Schlusserbeinsetzung im gemeinschaftlichen Ehegattentestament vom 25. 1. 1977 bezieht.

Ob die in dem notariellen Testament vom 21. 1. 2010 enthaltene ausdrückliche Erbeinsetzung der Bet. zu 1) bis 3) zu gleichen Teilen wirksam ist, hängt davon ab, ob eine der Bet. den Pflichtteil nach dem Tod der erstverstorbenen Mutter verlangt hat. Letztwillige Verfügungen des überlebenden Ehegatten, die einer früheren wechselbezüglichen Verfügung widersprechen, sind nämlich nur insoweit unwirksam, als sie die Rechte des durch die wechselbezügliche Verfügung Bedachten beeinträchtigen würden (Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2271 Rn. 14; Staudinger/Kanzleiter, Neubearb. 2006, § 2271 BGB Rn. 33; Soergel/Wolf, 13. Aufl., § 2271 BGB Rn. 15 f.). Für den Fall, dass keine der Bet. den Pflichtteil nach der Mutter verlangt hat, würde sich die Pflichtteilsstrafklausel im gemeinschaftlichen Ehegattentestament vom 25. 1. 1977 nicht auswirken, so dass durch die (dann nur wiederholende) Erbeinsetzung im notariellen Testament vom 21. 1. 2010 keine der Bet. beeinträchtigt würde; die Erbfolge ließe sich dann (auch) aus dem notariellen Testament vom 21. 1. 2010 herleiten. Falls aber eine der Bet. den Pflichtteil nach der Mutter verlangt haben sollte, wäre ihre Einsetzung zur Schlusserbin entfallen; ihr Erbteil wäre den übrigen Bet. angewachsen, deren Erbquoten sich dadurch erhöht hätten; in diesem Falle wäre die Erbeinsetzung der Bet.

zu 1) bis 3) zu gleichen Teilen im notariellen Testament vom 21. 1. 2010 eine Beeinträchtigung derjenigen Bet., die den Pflichtteil nach der Mutter nicht gefordert haben (vgl. BayObLG NJW-RR 2004, 654, 656); dann wäre die Erbinsetzung in dem notariellen Testament vom 21. 1. 2010 unwirksam.

Pflichtteilsstrafklausel führt zu einer Lücke im urkundlichen Nachweis der Erbfolge

Dementsprechend besteht im vorliegenden Fall eine Lücke im urkundlichen Nachweis der Erbfolge. Die Tatsache der fehlenden Geltendmachung des Pflichtteils muss durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen werden, da die Wirksamkeitsvoraussetzung für die beantragte Grundbuchberichtigung ist und es keinen Erfahrungssatz gibt, wonach Kinder in Fällen der vorliegenden Art nach dem erstverstorbenen Elternteil den Pflichtteil nicht verlangen (vgl. OLG Frankfurt Rpfleger 1994, 206, 207; OLG Köln NJW-RR 2010, 665, 666). Allein der Umstand, dass der überlebende Ehegatte (S.) in dem notariellen Testament vom 21. 1. 2010 die Bet. zu 1) bis 3) zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt hat, genügt entgegen der Ansicht der Bet. als Nachweis nicht; vielmehr geht es gerade um die Überprüfung der Wirksamkeit dieser Verfügung.

Tatsache der fehlenden Geltendmachung des Pflichtteils kann auch durch Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung nachgewiesen werden

Soweit teilweise die Auffassung vertreten wird, dass bei dieser Fallkonstellation in der Regel die Vorlage eines Erbscheins erforderlich sei (vgl. Demharter, a.a.O., § 35 Rn. 39; Bauer/von Oefele/Schaub, a.a.O., § 35 Rn. 134; Meikel/Roth, 10. Aufl., § 35 GBO Rn. 119), vermag der Senat dem nicht zu folgen. Zum Nachweis der (negativen) Tatsache der fehlenden Geltendmachung des Pflichtteils kann vielmehr auch eine vor einem Notar abgegebene eidesstattliche Versicherung genügen (LG Bochum Rpfleger 1992, 194, 195; Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 790 mit Fn. 39; Hügel/Wilsch, 2. Aufl., § 35 GBO Rn. 108; letztlich offengelassen vom OLG Frankfurt Rpfleger 1994, 206, 207 und vom OLG Köln NJW-RR 2010, 665, 666). Dafür spricht entscheidend, dass in Fällen der vorliegenden Art auch das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren regelmäßig eine entsprechende eidesstattliche Versicherung ausreichen lassen und der Erbscheinserteilung zugrunde legen würde (LG Bochum a.a.O.; Schöner/Stöber, a.a.O.). Es entspricht gerade dem Gesetzeszweck des § 35 Abs. 1 S. 2 GBO, eine erleichterte Berichtigung ohne den Umweg über das Nachlassgericht zu ermöglichen. Für den vergleichbaren Fall, dass das Nichtvorhandensein weiterer Kinder bzw. Abkömmlinge nachzuweisen ist, wird außerdem eine eidesstattliche Versicherung ebenfalls für beachtlich gehalten (vgl. Senat FGPrax 1997, 48 ff. = Rpfleger 1997, 210 ff.; OLG Schleswig Rpfleger 1999, 533; OLG Düsseldorf FGPrax 2010, 114 f.; Demharter, a.a.O., § 35 Rn. 40; Bauer/von Oefele/Schaub, a.a.O., § 35, Rn. 138); es besteht kein Grund dafür, die vorliegende Fallkonstellation anders zu behandeln. Das GBA dürfte also formgerechte eidesstattliche Versicherungen der Bet. nicht von vornherein als unbeachtlich zurückweisen, sondern müsste diese Urkunde(n) berücksichtigen. Ein Erbschein ist nach § 35 Abs. 1 S. 2

Hs. 2 GBO allerdings nicht verzichtbar, wenn unter Einbeziehung der eidesstattlichen Versicherungen noch Zweifel verbleiben, die über die abstrakte Möglichkeit eines anderen Sachverhalts hinausgehen (Senat a.a.O.). Nach dem derzeitigen Sachstand bestehen im vorliegenden Fall allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren weitere tatsächliche Ermittlungen durchzuführen hätte.

Eidesstattliche Versicherungen aller Beteiligten als Erbprätendenten erforderlich

Um im vorliegenden Grundbucheintragungsverfahren die Lücke im urkundlichen Nachweis der Erbfolge nach dem am 24. 6. 2010 verstorbenen S. zu schließen, hält der Senat eidesstattliche Versicherungen aller Bet. als Erbprätendenten für erforderlich (vgl. Hügel/Wilsch, a.a.O.). Jede der Bet. hat vor einem Notar sinngemäß an Eides statt zu versichern, dass weder sie selbst noch nach ihrem Kenntnisstand eine der übrigen Bet. den Pflichtteil nach der erstverstorbenen Mutter verlangt hat. Dieses bietet eine erhöhte Gewähr für die Richtigkeit der eidesstattlichen Versicherungen, da sich eine Bet., die den Pflichtteil nach der Mutter nicht verlangt hat, durch falsche Angaben zugunsten einer anderen Bet. nur selbst schädigen würde. Das GBA wird im Falle der Vorlage von eidesstattlichen Versicherungen zu prüfen haben, ob noch irgendwelche begründeten Zweifel hinsichtlich der Erbfolge nach S. bestehen.

5. Erbrecht – Beschreibung des eine Pflichtteilsbeschränkung rechtfertigenden Sachverhalts

(*OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 2. 3. 2011 – 3 Wx 214/08 – mitgeteilt von *Richter am Oberlandesgericht Peter von Wnuck-Lipinski*)

BGB § 2338

Zu den Voraussetzungen einer wirksamen Beschränkung des Pflichtteilsrechts und Anordnung der Testamentsvollstreckung wegen Überschuldung und/oder Verschwendung „in guter Absicht“ in einem gemeinschaftlichen Testament bzw. Erbvertrag, insbesondere den Anforderungen an die hinreichende Darstellung von Kernsachverhalten.

Zur Einordnung:

Die nachstehend abgedruckte Entscheidung betrifft die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Beschränkung des Pflichtteilsrechts wegen Verschwendung oder Überschuldung nach § 2338 Abs. 2 BGB zulässig ist und welche Anforderungen an die Angabe des Entziehungsgrundes in der Verfügung nach § 2336 Abs. 2 BGB zu stellen sind.

In dem zugrunde liegenden Sachverhalt hatten die Erblasser zum Beleg der Überschuldung und Verschwendung des betroffenen Abkömmlings zahlreiche Vorfälle aufgeführt, bei denen der betroffene Abkömmling Kredite aufgenommen, ihm zugewendete Vermögensgegenstände versetzt und den Erlös ausgegeben hat. Nachdem das Gericht zunächst lehrbuchartig die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 2338, 2336 BGB aufarbeitet, kommt es sodann zu

dem Ergebnis, dass die in den genannten Vorfällen zum Ausdruck kommende Tendenz des Abkömmlings, sich nicht mit dem Konsum der ihm zur Verfügung stehenden Mittel zu begnügen, sondern Schulden zu machen, zur Feststellung einer zweck- und nutzlosen Vermögensverwendung nicht ausreiche. Nach Ansicht des Gerichts fehle es in der Verfügung bis auf wenige Ausnahmen an der Angabe der jeweiligen Verwendungszwecke, was allein eine Bewertung der Ausgaben nach Zweck und Nutzen hätte ermöglichen können. Die bloße Darstellung einer Praxis, Konsumwünsche auch bei Erschöpfung der liquiden Mittel nicht unerfüllt zu lassen, belege dagegen keine Lebensweise, die einen Hang zur zweck- und nutzlosen Vermögensverwendung beinhalte. Die genannten Vorfälle ließen auch nicht den Schluss zu, dass der betroffene Abkömmling zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung überschuldet war. Das Testament enthielt weder Angaben zu dem Aktivvermögen des betroffenen Abkömmlings noch zu dessen Verbindlichkeiten. Sein Verhalten der Kreditfinanzierung spreche zwar für Liquiditätsengpässe, nicht aber zwingend für eine Überschuldung des betroffenen Abkömmlings.

Die Entscheidung erinnert noch einmal an die sehr hohen Anforderungen, die von der Rechtsprechung an die Angabe der Entziehungsgründe in der Verfügung gestellt werden. In der Praxis scheitert die Pflichtteilsentziehung daher vielfach nicht nur wegen des knappen Katalogs der Entziehungsgründe, sondern vor allem auch wegen der äußerst strengen Anforderungen an die Darstellung des Entziehungsgrundes (vgl. MünchKomm/Lange, 5. Aufl. 2010, § 2336 BGB Rn. 10). Im Schrifttum wird diese Rechtsprechung deshalb stark kritisiert und dafür plädiert, jede substantiierte Bezeichnung des Grundes ausreichen zu lassen, solange aus ihr im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln ist, aus welchem Grund der Erblasser die Pflichtteilsentziehung anordnet (vgl. MünchKomm/Lange, 5. Aufl. 2010, § 2336 BGB Rn. 10; Lange, ZErB 2008, 59, 63). Vor diesem Hintergrund sollte sich der Praktiker in jedem Fall darum bemühen, den Sachverhalt, auf den der Entziehungsgrund gestützt wird, so konkret und detailliert wie möglich in der Verfügung anzugeben. Im vorliegenden Fall hätte es daher nicht nur einer Darstellung der Kreditaufnahme nach Ort, Zeit, Art und Umfang des Kredites bedurft, sondern auch und gerade einer Angabe zu dem Zweck des Kredites, um eine zweck- und nutzlose Verwendung des Geldes zu belegen (allgemein zur Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht siehe auch Baumann, ZEV 1996, 121 ff.).

Die Schriftleitung (CV)

Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. zu 1) und 2) sind die Kinder der verstorbenen Eheleute Dr. F. W. W. (2000) und E. W., geborene S. (2005).

Die Bet. zu 2) ist im gemeinschaftlichen Testament vom 21. 8. 1991, bestätigt durch den notariellen Erbvertrag vom 19. 6. 1997, als Alleinerbin und Testamentsvollstreckerin eingesetzt worden; das Pflichtteilsrecht des Bet. zu 1) wurde we-

gen Überschuldung und Verschwendung „in guter Absicht gemäß § 2338 BGB“ beschränkt.

Das AG hat am 28. 8. 2006 angekündigt, der Bet. zu 2) ein Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen, weil die Testamentsanfechtung des Bet. zu 1) nicht durchgreife.

Auf die Beschwerde des Bet. zu 1) hat das LG am 27. 4. 2007 den angefochtenen Beschluss aufgehoben und die Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung zurückverwiesen, da das AG sich nicht mit der vorgreiflichen Frage befasst habe, ob die Anordnung der Pflichtteilsbeschränkung und Testamentsvollstreckung gemäß § 2338 BGB in dem Testament vom 21. 8. 1991 wirksam ist.

Das AG hat am 5. 8. 2007 erneut seine Absicht angekündigt, der Bet. zu 2) ein Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen.

Hiergegen hat der Bet. zu 1) abermals Beschwerde eingelegt, die das LG mit Beschluss vom 29. 8. 2008 zurückgewiesen hat.

Gegen diesen Beschluss wendet sich der Bet. zu 1) mit der weiteren Beschwerde, mit der er im Wesentlichen geltend macht:

Es sei tunlich, das Verfahren auszusetzen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens W.... LG Düsseldorf, in dem er, der Bet. zu 1), im Wege der Stufenklage einen Anspruch auf Vorlage eines vollständigen notariellen Nachlassverzeichnisses nebst Wertermittlung der Nachlassgegenstände verfolge, verbunden mit einem unbezifferten Zahlungsanspruch hinsichtlich seines Pflichtteils- und Pflichtteils-ergänzungsanspruchs.

Entgegen der Auffassung des LG sei wegen § 2336 Abs. 2 BGB für die Beurteilung der Wirksamkeit der Pflichtteilsentziehung und -beschränkung allein der im Testament angegebene Kernsachverhalt maßgeblich. § 2338 BGB sei verfassungswidrig; sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt.

Entgegen der Auffassung des LG liege eine Verschwendungssucht im Zeitpunkt der Testamenterrichtung nicht vor; die Entscheidung des LG lasse nicht erkennen, aufgrund welcher Vorwürfe wegen welchen Merkmals des § 2338 BGB ein Pflichtteilsbeschränkungsgrund angenommen wird; das LG habe das Merkmal der Verschwendung verkannt, deren Voraussetzungen zu Unrecht angenommen und überdies eine erhebliche Erwerbsgefährdung – auch mit Blick auf den Wert des Erb- und Pflichtteils – nicht bzw. rechtsfehlerhaft festgestellt.

Die Bet. zu 2) bittet um Zurückweisung der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

II. Die weitere Beschwerde des Bet. zu 1) ist zulässig, § 27 FGG. Sie hat auch in der Sache Erfolg, denn die Entscheidung des Beschwerdegerichts beruht auf einer Rechtsverletzung, § 27 Abs. 1 S. 2 FGG.

Ausführungen des Landgerichts

1. Das LG hat im Wesentlichen ausgeführt, das AG habe zu Recht mit dem angefochtenen Beschluss seine Absicht dargetan, das von der Bet. zu 2) beantragte Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen.

Die Voraussetzungen der Pflichtteilsbeschränkung und Anordnung der Testamentsvollstreckung gemäß § 2338 Abs. 1 BGB seien gegeben.

Die Gründe für die Pflichtteilsbeschränkung nach § 2338 BGB müssten sowohl im Zeitpunkt der Er-

richtung des Testaments als auch im Zeitpunkt des Erbfalls gegeben und – zumindest in Form eines nachvollziehbaren Kernsachverhaltes – in der letztwilligen Verfügung aufgeführt sein.

Diesen Anforderungen genüge das Testament vom 21. 8. 1991. Die Erblasser hätten insgesamt 18 Einzel-sachverhalte aufgeführt, die in ihrer Gesamtschau den Schluss zuließen, dass der Bf. unter einer Verschwendungssucht leide und seine finanziellen Möglichkeiten im Sinne einer Überschuldung weit überfordert habe, ohne seine aufgelaufenen Verbindlichkeiten zu begleichen. Eine Verschwendungssucht und Überschuldung i. S. d. § 2338 BGB zum Zeitpunkt der Abfassung des Testaments habe damit vorgelegen. Ferner sei von der in § 2338 BGB geforderten erhebliche Gefährdung des späteren Erwerbs auszugehen, da hinreichend Grund zu der Annahme bestehe, dass der Bet. zu 1) das ihm aus irgendwelchen Erwerbsquellen zufließende Vermögen ganz oder zum großen Teil vergeudet oder sonst verliert.

Die Einschätzung der Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments habe sich durch zahlreiche Sachverhalte, die sich in den Jahren danach ereigneten, bestätigt. Die von der Bet. zu 2) vorgetragenen „insgesamt 31 Vorkommnisse und Sachverhalte“ belegten überdies, dass die bereits bei Errichtung des Testaments vorliegende Verschwendungssucht und Überschuldung auch noch zum Zeitpunkt des Erbfalls vorgelegen habe.

Der Bet. zu 1) habe in keiner Weise dargelegt, geschweige denn bewiesen, dass er sich zum Zeitpunkt des Erbfalls nach dem Tod seiner Mutter am 3. 7. 2005 vom verschwenderischen Leben abgewendet habe oder eine Überschuldung nicht mehr bestehe.

Keine Aussetzung des Verfahrens wegen Vorgeflichkeit

2. a) Das Verfahren ist nicht mit Blick auf das Zahlungsverfahren wegen dessen Vorgeflichkeit (§ 148 ZPO analog; jetzt: § 21 FamFG) auszusetzen.

Zwar setzt ein Erfolg der Zahlungsklage voraus, dass die Beschränkung des Pflichtteils unwirksam ist und kommt es auch für das im hiesigen Verfahren auf Erteilung eines Testamentsvollstreckurzeugnisses bzw. der Überprüfung der Rechtswirksamkeit der Ankündigung einer entsprechenden Entscheidung (Vorbescheid) darauf an, ob die Beschränkung des Pflichtteils wirksam erfolgt ist. Allerdings macht der Senat wegen der mit Rücksicht auf den komplexen Sachverhalt nicht abzusehenden, jedenfalls aber voraussichtlich noch erheblich längeren Dauer des Klageverfahrens und der von ihm nicht ausgehenden Rechtskraftwirkung für dieses Verfahren von seinem Ermessen dahin Gebrauch, das hier anhängige – entscheidungsreife – Verfahren nicht auszusetzen.

b) Die von der Kammer durch Zurückweisung der Beschwerde bestätigte Ankündigung des Nachlassgerichts, der Bet. zu 2) ein Testamentsvollstreckurzeugnis zu erteilen, ist als rechtlich fehlerhaft zu beanstanden.

Anordnung der Testamentsvollstreckung ist nur wirksam, wenn Pflichtteil in guter Absicht gemäß § 2338 BGB wirksam beschränkt worden ist

aa) Eine Testamentsvollstreckung durch die Bet. zu 2) kommt nur in Betracht, wenn sie im gemeinschaftlichen Testament vom 21. 8. 1991, bestätigt durch den notariellen Erbvertrag vom 19. 6. 1997, wirksam angeordnet worden ist. Dies wiederum setzt voraus, dass das Pflichtteilsrecht des Bet. zu 1) wegen Überschuldung und/oder Verschwendung „in guter Absicht gemäß § 2338 BGB“ wirksam beschränkt worden ist.

bb) (a) Um das Familienvermögen vor der Gefahr des Verlustes durch Verschwendung oder Überschuldung zu schützen, kann der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen unter Angabe der Gründe (§ 2338 Abs. 2 i. V. m. § 2336 BGB) das Pflichtteilsrecht eines Abkömmlings – nicht zur Strafe, sondern in dessen wohlverstandenen Interesse – beschränken, (Palandt-Weidlich, 70. Aufl. 2010, § 2338 BGB Rn. 1), und zwar u. A. dahin dass für die Lebenszeit des Abkömmlings die Verwaltung des Nachlasses einem Testamentsvollstreckur übertragen wird und der Abkömmling regelmäßig nur Anspruch auf den jährlichen Reinertrag hat, § 2338 Abs. 1 S. 2 BGB. Durch eine solche Anordnung entzieht der Erblasser dem Abkömmling zu dessen Schutz das Verfügungsrecht über den Nachlassgegenstand (§ 2211 BGB). Zugleich schließt er dessen Eigengläubiger vom Pfändungszugriff aus (§ 2214 BGB) und entzieht ihnen die Nutzungen nach Maßgabe von § 863 ZPO (Palandt-Weidlich, a.a.O. Rn. 3).

(b) Unwirksam (§ 2338 Abs. 2 S. 2 BGB) ist die Erblaseranordnung, wenn sie sich nicht im gesetzlichen Rahmen hält, keine Gründe oder andere als die im Gesetz erschöpfend aufgeführten angibt oder ungegründet ist. Sie wird unwirksam bei dauernder Besserung oder Wegfall der Überschuldung zur Zeit des Erbfalls (§ 2338 Abs. 2 S. 2 BGB). Eine spätere Besserung hilft nicht, sofern dieser Fall nicht vom Erblasser vorgesehen oder durch ergänzende Auslegung feststellbar ist (Palandt-Weidlich, a.a.O., Rn. 4).

Pflichtteilsbeschränkung wegen Verschwendung oder Überschuldung

(c) Gründe für die Anordnung der Pflichtteilsbeschränkung nach § 2338 BGB sind nur die Verschwendung oder die Überschuldung.

(aa) Verschwendung setzt eine Lebensweise mit einem Hang zur zweck- und nutzlosen Vermögensverwendung voraus (BeckOK/Mayer, Stand 1. 8. 2010, § 2338 BGB Rn. 2; Baumann, ZEV 1996, 121, 122). Eine Notlage muss dadurch noch nicht verursacht sein (Soergel/Dieckmann, Rn. 5; MünchKommBGB/Lange, Rn. 7).

(bb) Überschuldung des Abkömmlings liegt vor, wenn seine Verbindlichkeiten sein Aktivvermögen übersteigen. Bloße Zahlungsunfähigkeit genügt nicht (AnwKBGB/Herzog, Rn. 5; Damrau/Riedel/Lenz, Rn. 5), weshalb bei natürlichen Personen allein die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens noch nicht zur Pflichtteilsbeschränkung berechtigt, weil bei diesen allein die Zahlungsunfähigkeit und nicht die Überschuldung Insolvenzgrund ist (Mayer, a.a.O.; MünchKommBGB/

Lange, Rn. 7; PWW/Deppenkemper, Rn. 2; Staudinger/Olshausen, Rn. 10).

Weitere Tatbestandsvoraussetzung: Gefährdung des späteren Erwerbs

(d) Sowohl bei Verschwendung wie bei Überschuldung ist weiter erforderlich, dass dadurch der spätere Erwerb erheblich gefährdet wird. Die Verschwendungssucht muss also triftigen Grund zu der Annahme geben, der Abkömmling werde das ihm aus irgendwelchen Erwerbsquellen zufließende Vermögen gleichfalls ganz oder zum großen Teil verschwenden (Mayer, a.a.O.; MünchKommBGB/Lange, Rn. 4). Objekt der Gefährdung kann nur der Erb- oder Pflichtteil des Abkömmlings sein, da ja auch nur dieser durch die Anordnungen geschützt wird (Mayer, a.a.O.; MünchKommBGB/Lange, Rn. 8; PWW/Deppenkemper, Rn. 2; wohl auch Damrau/Riedel/Lenz, Rn. 3; a. A. jurisPK/Birkenheier, Rn. 9; MünchKommBGB/Frank, 3. Aufl., Rn. 3; Staudinger/Olshausen, Rn. 9, jeweils mit unpräziser Begründung, wonach es auch auf die Gefährdung des sonstigen Vermögens des Pflichtteilsberechtigten ankomme; Baumann, ZEV 1996, 121, 123 wegen des Normzwecks des Familienerhalts, der der hiesigen Meinung nicht entgegensteht).

Vorliegen des Entziehungsgrundes zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung

(e) Der Beschränkungsgrund muss bei Errichtung der Verfügung von Todes wegen vorliegen und bei Eintritt des Erbfalls immer noch oder wiederum bestehen (§ 2338 Abs. 2 S. 2 BGB). Eine erst drohende Überschuldung genügt nicht (MünchKommBGB/Lange, Rn. 6; Staudinger/Olshausen, Rn. 12; Nieder/Kössinger, HdB, § 8 Rn. 133; Mayer, a.a.O., Rn. 4).

Angabe des Entziehungsgrundes in der Verfügung

(f) Der Beschränkungsgrund ist in der Verfügung von Todes wegen (also formgerecht) anzugeben (BeckOK/Mayer, BGB, Stand 1. 8. 2010, § 2336 Rn. 6). Zweck dieser Bestimmung ist es, die spätere Beweisbarkeit der tatsächlichen Motivation des Erblassers für die Entziehungsentscheidung zu sichern, aber auch, den Erblasser wegen der weit reichenden Folgen der Entziehung zu einem „verantwortlichen Testieren“ anzuhalten (BGH NJW 1985, 1554). Die Angabe muss also so speziell und hinreichend konkret erfolgen, dass später durch eine gerichtliche Prüfung zweifelsfrei geklärt werden kann, auf welchen Entziehungsgrund sich die Entziehung stützte und welcher Lebenssachverhalt dem zu Grunde lag (ähnlich Staudinger/Olshausen, Rn. 11). Dabei sind jedoch Entziehungsgrund und dessen Beweisbarkeit auseinander zu halten (RGZ 95, 24, 26). Dies setzt jedenfalls im Rahmen von § 2333 Nr. 1 bis 4 BGB gemäß § 2336 Abs. 2 BGB auch die Angabe eines zutreffenden Kernsachverhalts in dem Testament voraus (BGH a.a.O.; OLG Köln ZEV 1998, 144; OLG Frankfurt OLGR 1992, 206; OLGR Frankfurt 2005, 867; OLG Hamm NJW-RR 2007, 1235, 1237; OLG Nürnberg NJW 1976, 2020; vgl. auch BGH NJW-RR 1996; Mayer, a.a.O.). Dazu ist erforderlich, dass der Erblasser sich mit seinen Worten auf bestimmte konkrete Vorgänge unverwechselbar festlegt und den Kreis der in Betracht

kommenden Vorfälle praktisch brauchbar eingrenzt; dabei muss aber bei der Begründung nicht in die Einzelheiten gegangen werden (BGH a.a.O.; OLG Köln ZEV 1998, 144; ZEV 1996, 430, 431). Durch diese Anforderungen soll verhindert werden, dass später in einem Pflichtteilsentziehungsprozess durch die Erben noch ein „Nachschieben von Gründen“ erfolgt, die für die Entscheidung des Erblassers nicht motivierend waren (BGH a.a.O.; Mayer, a.a.O.).

Die von den Gerichten bei der Anwendung des § 2336 Abs. 2 BGB aufgestellten Anforderungen an die Konkretisierung des Pflichtteilsentziehungsgrundes, nämlich die Angabe eines Kernsachverhalts im Testament, auf den sich die Entziehung stützt, begegnen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie gewährleisten, dass das Pflichtteilsrecht der Kinder nur dann hinter die Testierfreiheit zurücktreten muss, wenn in der letztwilligen Verfügung eine hinreichend substantielle Tatsachengrundlage angegeben wird, die in einem gerichtlichen Verfahren – ggf. durch eine Beweisaufnahme – überprüft werden kann (BVerfG NJW 2005, 2691).

Die Notwendigkeit der Bezeichnung des Kernsachverhalts in der letztwilligen Verfügung ergibt sich ebenfalls bei der in § 2338 BGB geregelten Pflichtteilsbeschränkung „in guter Absicht“, da 2338 Abs. 2 BGB die Vorschrift des § 2336 Abs. 1 bis 3 BGB für entsprechend anwendbar erklärt.

Im vorliegenden Fall sind die formalen Voraussetzungen zur Angabe des Entziehungsgrundes nicht erfüllt

c) Dies vorausgeschickt lässt sich – entgegen der Annahme des LG – aus den im gemeinschaftlichen Testament vom 21. 8. 1991 aufgeführten Vorfällen – in Ermangelung der hinreichenden Darstellung im Sinne eines Kernsachverhalts – bereits nicht der Schluss ziehen, dass der Bet. zu 1) damit den Beschränkungsgrund der Verschwendung, (also einer Lebensweise mit einem Hang zur zweck- und nutzlosen Vermögensverwendung) erfüllte oder überschuldet war.

aa) Das gemeinschaftliche Testament vom 21. 8. 1991 (Ziffer IV.) benennt zum Beleg der Überschuldung und Verschwendung des Bet. zu 1) folgende in Kurzfassung wiedergegebene Gründe:

1) Verschwendungssucht während der Internatszeit

- a) vom Vater geschenkte Schweizer Uhr 1983 versetzt 4 700,– DM
- b) HiFi-Anlage und Schallplatten versetzt; 3 000,– DM
geschenkte Hemden und Pullover an Mitschüler verkauft
- c) Kredite bei Mitschülern und Internatsleitung aufgenommen 12 600,– DM
10 000,– DM
- d) von der Großmutter für ihn angelegtes Depot-Konto abgeräumt; damit u. A. Mauritius-Reise finanziert 55 000,– DM
- e) im Oktober 1984 Pkw der Tochter entwendet

- 2) Nach der Bundeswehrzeit hatte er Schulden bei 3 Banken; 27 000,– DM
ihm geschenkte Ölgemälde versetzt, vom Erblasser ausgelöst
- 3) Während der Berufsausbildung 1987–1989 eigenes Konto unkorrekt geführt; laufend überzogen
- 4) Nach Ausbildung bei C-bank 1989 A.-Bank Kreditaufnahme 15 000,– DM, später auf 33 000,– DM erhöht;
danach berufstätig bei US-Broker Firma B., Düsseldorf
- 5) Ab Ende 1989 weitere Umstände
 - a) Kredit bei Stadtparkasse Neuss per 20. 12. 89; 14 834,36 DM
Adressat zweier Mahnbescheide
 - b) C-bank-Kredit über Freundin beschafft, selbst Bürge;
von Vater gezahlt 12 000,– DM
 - c) Ende 1990 Verurteilung wegen Betruges: Geldstrafe 6 000,– DM,
zivilrechtlich: 4 631,– DM
 - d) immer neue Verpflichtungen
 - e) Februar 1990 Miami-Reise (2 000,– DM bezahlt) offen 5 000,– DM
 - f) Jagdartikelbestellung bei F. (Betrug) 12 000,– DM
 - g) ungedeckter Scheck für Freund; Bürgschaft Vater 5 000,– DM
 - i) Ende 1990 „Nigerianer-Geschäft“
„Investitionskredit“, z. T. aus Zuhälterkreisen 210 000,– DM

Es fehlen die Angaben der jeweiligen Verwendungszwecke, die zur Bewertung der Ausgaben nach Zweck und Nutzen erforderlich sind

bb) Soweit man eine Beschreibung des Kerngeschehens überhaupt im Wesentlichen oder in einzelnen relevanten Vorfällen für gegeben hält, fehlt es an der Darstellung einer Lebensweise mit einem Hang zur zweck- und nutzlosen Vermögensverwendung.

(a) Der Bet. zu 1) mag aus der Sicht seiner – wohlhabenden – Eltern einen Lebenswandel geführt haben, der nicht ihren Vorstellungen entsprach, weil der Bet. zu 1) z. B. (mit Mitteln aus dem von der Großmutter für ihn angelegten Depotkonto) eine Fernreise nach Mauritius finanziert und auch die restlichen Mittel nicht gespart, sondern ausgegeben hat, die Jahre später unternommene Miami-Reise nicht vollständig bezahlt, auf ihm zugewendete Ölgemälde keinen Wert gelegt, sondern dieselben versetzt hat und überhaupt die Tendenz hatte, sich nicht mit dem Konsum der ihm zur Verfügung stehenden Mittel zu begnügen, sondern Schulden zu machen.

Dieses Verhalten unterscheidet sich indes tendenziell kaum von der auch schon zur und vor der Zeit der Tes-

tamentserrichtung verbreiteten und überwiegend nicht schon als zweck- und nutzlose Vermögensverwendung angesehenen Praxis, Konsumwünsche auch bei Erschöpfung der liquiden Mitteln nicht unerfüllt zu lassen.

(b) Hieraus ergibt sich, dass die Schilderung des in Ziffer IV. des gemeinschaftlichen Testaments vom 21. 8. 1991 dargestellten Verhaltens des Bet. zu 1) für sich genommen zur Feststellung einer zweck- und nutzlosen Vermögensverwendung nicht ausreicht. Es fehlt bis auf wenige Ausnahmen, die die vorgenannte Feststellung nicht rechtfertigen, an der Angabe der jeweiligen Verwendungszwecke, was allein eine Bewertung der Ausgaben nach Zweck und Nutzen hätte ermöglichen können.

(c) Nichts Anderes gilt in Bezug auf das „Nigerianer-Geschäft“. Hier ermangelt es bereits an der Darstellung des Sachverhalts. Dieses Geschäft mag sich als törichte, möglicherweise auch kriminelle „Investition“ erwiesen haben, lässt aber – schon als insoweit singulärer Vorfall – allein nicht auf einen Hang des Bet. zu 1) zur zweck- und nutzlosen Vermögensverwendung schließen.

Ebenfalls keine hinreichenden Angaben zur Feststellung einer Überschuldung vorhanden

cc) Die vorgenannten Geschehnisse lassen auch nicht den Schluss zu, dass der Bet. zu 1) am 21. 8. 1991 überschuldet war, das heißt zu diesem Zeitpunkt seine Verbindlichkeiten sein Aktivvermögen überstiegen, wobei bloße Zahlungsunfähigkeit nicht genügt.

Eine Überschuldung ist weder der Darstellung der Vorfälle im Testament zu entnehmen noch den tatsächlichen Feststellungen des LG.

Das Aktivvermögen des Bet. zu 1) zur Zeit der Testamentserrichtung ergibt sich nämlich ebenso wenig aus dem Testament wie dessen Verbindlichkeiten und schon gar nicht, dass die Verbindlichkeiten das seinerzeitige Aktivvermögen des Bet. zu 1) überstiegen haben. Die Kammer hat jedenfalls weder das Aktivvermögen noch die Verbindlichkeiten des Bet. zu 1) für den Zeitpunkt der Testamentserrichtung festgestellt; das Verhalten der Kreditfinanzierung mag zwar für wiederkehrende Liquidationsengpässe des Bet. zu 1) stehen, nicht aber schon zwingend dafür, dass seine Verbindlichkeiten sein Aktivvermögen überstiegen.

dd) Mit Blick auf die nicht festzustellende Verschwendung oder Überschuldung des Bet. zu 1) zum fraglichen Zeitpunkt kommt es auf die Gefährdung eines späteren Erwerbs oder den Status von Beschränkungsgründen bei Eintritt des Erbfalls nicht an.

6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Allgemeine Geschäftsbedingungen: Inhaltskontrolle von auf-schiebenden Bedingungen für die Wirksamkeit eines Kaufvertrages

(BGH, Urteil vom 8. 12. 2010 – VIII ZR 343/09 – mit Anmerkung von *Notar Dr. Stefan Meyer, Wermelskirchen*)

AktG § 246

BGB §§ 158; 161; 307; 308

1. Der Abschluss eines Vertrages unter einer aufschiebenden Bedingung stellt kein Lösungsrecht von einer (bestehenden) Leistungspflicht i. S. d. § 308 Nr. 3 BGB dar.

2. Zur Inhaltskontrolle eines formularmäßigen Finanzierungsvorbehalts in einem Anteilskaufvertrag.

Zum Sachverhalt:

I. [1] Der Kl. nimmt die Bekl. auf Zahlung des Kaufpreises für den von ihm gehaltenen Geschäftsanteil an dem unter der Bezeichnung „SB-Markt A. GbR“ aufgelegten geschlossenen Immobilienfonds in Anspruch.

[2] Der Kl. hatte 1991 als Treugeber eine Beteiligung mit einer Quote von vier Prozent an dem von der A. Treuhand treuhänderisch gehaltenen Immobilienfonds erworben. Die Gesellschaft ist Eigentümerin eines mit einem Geschäftshaus bebauten Grundstücks.

[3] Im Jahr 2007 beabsichtigte die Bekl., an der SB-Markt A. GbR und an weiteren Immobilienfonds der „H.-Gruppe“ Mehrheitsbeteiligungen zu erwerben, die es ihr ermöglichen sollten, eine zum damaligen Zeitpunkt als profitabel erscheinende Veräußerung der Fondsimmobiliien an einen Investor vorzunehmen. Deshalb übersandte die Bekl. im Mai 2007 an die Anleger der Fonds von ihr vorbereitete Vertragsentwürfe. Auf dieser Grundlage schlossen der Kl. als Verkäufer und die Bekl. als Käuferin im Sommer 2007 einen Anteilskauf- und Anteilsübertragungsvertrag über den Geschäftsanteil des Kl. an der SB-Markt A. GbR. In § 6 („Bedingungen“) dieses Vertrags heißt es:

„(1) Dieser Kaufvertrag steht mit Ausnahme von § 7 Abs. (2), § 9 und § 10 unter den aufschiebenden Bedingungen, dass

(a) aufgrund des Angebots des Käufers Kaufverträge über eine Beteiligung an der Gesellschaft von mindestens 75 %, höchstens aber 94,9 % zustande kommen und alle Voraussetzungen für den Übergang dieser Beteiligungen auf den Käufer mit Ausnahme der Zahlung des Kaufpreises eingetreten sind,

(b) die Finanzierung des Beteiligungserwerbs des Käufers sichergestellt ist, wobei diese auch im Rahmen einer Neufinanzierung der Gesellschaft erfolgen kann, wenn allen Gesellschaftern bzw. Treugebern eine anteilige Entnahmemöglichkeit verschafft wird, und

(c) sämtliche übrigen Gesellschafter bzw. Treugeber, die ihre Beteiligungen an der Gesellschaft nicht aufgrund des Angebots des Käufers verkaufen, durch schriftliche Erklärung gegenüber der Gesellschaft der Neufinanzierung der Gesellschaft entsprechend § 7 und ggf. der Rückführung ihrer durch Vermögensgegenstände der Gesellschaft besicherten Verbindlichkeiten zustimmen, soweit die Rückführung aus den Mitteln möglich ist, die dem Gesellschafter bzw. Treugeber aufgrund einer Entnahme zufließen, die im Zusammenhang mit der Neufinanzierung der Gesellschaft ggf. beschlossen wird.

(2) Der Käufer kann auf den Eintritt der vorstehenden Bedingungen ganz oder teilweise verzichten und insbesondere auch die zu erwerbende Mindestbeteiligung an der Gesellschaft gemäß Absatz (1) Buchstabe (a) absenken oder die gewünschte Höchstbeteiligung erhöhen. Mit Zahlung des Kaufpreises erklärt der Käufer konkludent, dass er auf den Eintritt einer ggf. noch nicht eingetretenen Bedingung verzichtet.

(3) Sollten die Bedingungen nicht bis zum Ablauf des 31. Dezember 2007 eingetreten sein oder der Käufer auf diese bis dahin nicht verzichtet haben, gelten diese als endgültig ausgefallen. Gegenseitige Rechte im Zusammenhang mit dem Ausfall der Bedingung bestehen nicht.“

[4] Die Parteien streiten darüber, ob die unter § 6 Abs. (1) b und c genannten Bedingungen wirksam vereinbart und ob sie eingetreten sind. Der Kl. hat Zahlung des vereinbarten Kaufpreises abzüglich einer zwischenzeitlich erhaltenen Ausschüttung begehrt, insgesamt 82 927,05 € nebst Zinsen. Das LG hat die Klage abgewiesen, das OLG hat die Berufung des Kl. zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

II. [5] Die Revision hat Erfolg.

[6] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

[7] Dem Kl. stehe der geltend gemachte Kaufpreisanspruch nicht zu, weil die zugrunde liegende vertragliche Verpflichtung der Bekl. nicht wirksam geworden sei. Voraussetzung hierfür sei eine kumulative Erfüllung der in § 6 Abs. (1) a bis c des Anteilskaufvertrags vereinbarten Bedingungen bis spätestens zum 31. 12. 2007. Jedenfalls die unter c genannte Bedingung sei nicht eingetreten und die Verpflichtung der Bekl. zur Kaufpreiszahlung deshalb endgültig entfallen.

[8] Die vereinbarten Bedingungen hielten einer am Maßstab von § 307 Abs. 1 und § 308 Nr. 1 BGB vorzunehmenden ABG-rechtlichen Kontrolle stand. § 308 Nr. 3 BGB sei nicht einschlägig, weil der Vertrag kein Lösungsrecht der Bekl. vorsehe, sondern die vertragliche Verpflichtung selbst aufschiebend bedingt sei. Ob § 308 Nr. 1 BGB den hier vorliegenden Fall überhaupt erfasse, könne dahinstehen, da der Vorbehalt, den die Bekl. mit der für den Eintritt der Bedingungen bis zum 31. 12. 2007 gesetzten Frist formuliert habe, jedenfalls nicht unangemessen sei. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Beschaffung der Finanzierung durchaus auch im Interesse des Kl. gelegen habe.

[9] Auch eine unangemessene Benachteiligung des Kl. unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Transparenzgebotes scheide aus. Die unter § 6 Abs. (1) a formulierte Bedingung sei eindeutig. Die unter § 6 Abs. (1) b genannte Voraussetzung werfe zwar die Frage auf, ob die sicherzustellende Finanzierung des Beteiligungserwerbs sich nur auf den Erwerb der Beteiligung des Kl. beziehe oder aber auf die Finanzierung der erstrebten Beteiligung von mindestens 75 % an der Fondsgesellschaft. Indessen hätten die Parteien die Klausel übereinstimmend im ersteren Sinne verstanden, so dass sich aus der aufgezeigten Unklarheit eine Benachteiligung des Kl. nicht ergebe. Die unter § 6 Abs. (1) c genannte Voraussetzung sei im Zusammenhang mit der vorstehenden Ziffer und § 7 des Kaufvertrags zu sehen und enthalte gleichfalls keine unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 307 Abs. 1 BGB.

[10] Da die wirksam vereinbarten Bedingungen kumulativ zu erfüllen seien, könne im Ergebnis offen bleiben, ob die Bekl. die Finanzierung gemäß § 6 Abs. (1) b sichergestellt habe oder ihr insoweit entsprechend dem Vorbringen des Kl. eine treuwidrige Vereitelung des Bedingungseintritts vorzuwerfen sei. Denn jedenfalls fehle es an der dritten Voraussetzung, weil zwei der Anleger, die ihre Beteiligung nicht an die Bekl. verkauft hätten, der Neufinanzierung nicht zugestimmt hätten. Der inso-

weit darlegungspflichtige Kl. habe eine derartige Zustimmung nicht vorgetragen, sondern sich darauf beschränkt, den Nichteintritt der Bedingung mit Nichtwissen zu bestreiten; dies sei prozessual unbeachtlich.

[11] Die Mitwirkung der Treuhänderin an dem Beschluss vom 24. 7. 2007 über die Neufinanzierung der Gesellschaft ersetze nicht ohne weiteres die im Kaufvertrag geforderte Zustimmung der nicht veräußernden Anleger. Dem Treuhandvertrag sei eine Bevollmächtigung der Treuhänderin, die auch die Entnahme der in der Gesellschaft nach der Neufinanzierung vorhandenen Mittel umfasse, nicht zu entnehmen. Es sei auch nicht treuwidrig, dass sich die Bekl. auf die fehlende Zustimmung der nicht veräußernden Anleger berufe. Zwar könnten Gesellschafterbeschlüsse nach § 10 S. 1 des Gesellschaftsvertrages nur binnen eines Monats angefochten werden und sei die Anfechtungsfrist lange vor dem 31. 12. 2007 abgelaufen. Gleichwohl sei das mit dem Zustimmungserfordernis verfolgte berechtigte Interesse der Bekl., endgültige Gewissheit über die Rechtsbeständigkeit des Umfinanzierungsbeschlusses zu erlangen, nicht entfallen. Der bloße Ablauf der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Anfechtungsfrist schließe die Möglichkeit nicht aus, dass die der Neufinanzierung nicht zustimmenden Anleger später doch eine Nichtigkeitsklage erheben und geltend machen könnten, dass die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene materielle Ausschlussfrist unangemessen und deshalb auf eine längere und somit gewährte Frist zu bemessen sei. Dies habe insbesondere deshalb nahe gelegen, weil die nicht veräußernden Anleger angesichts der jeweils gleich lautenden Kaufangebote davon hätten ausgehen dürfen, dass das von der Bekl. erstrebte Modell des Beteiligungserwerbs ohne ihre ausdrückliche Zustimmung ohnehin nicht realisiert werden könne, so dass auch zunächst kein Anlass für eine Anfechtung bestanden habe.

[12] Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann dem Kl. ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises für den von ihm gehaltenen Geschäftsanteil an der SB-Markt-A. GbR nicht abgesprochen werden. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts scheitert die Wirksamkeit des Kaufvertrags nicht an der fehlenden Zustimmung der beiden nicht veräußernden Gesellschafter zu dem am 24. 7. 2007 gefassten Beschluss der Gesellschaft über die Neufinanzierung. Auf das entsprechende Zustimmungserfordernis gemäß § 6 Abs. (1) c des Vertrags kann sich die Bekl. nach Treu und Glauben nicht berufen, denn die damit erstrebte Bestandskraft des Beschlusses über die Neufinanzierung steht angesichts der längst abgelaufenen Frist für eine Anfechtungsklage – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nicht mehr in Frage.

[13] 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die Wirksamkeit des Kaufvertrags und damit die Berechtigung der vom Kl. geltend gemachten Kaufpreisforderung voraussetzt, dass die in § 6 Abs. (1) b des Vertrags vorgesehene Bedingung der Sicherstellung der Finanzierung des Beteiligungserwerbs eingetreten ist. Diese Bestimmung ist, wie das Beru-

fungsgericht richtig gesehen hat, weder nach § 308 Nr. 3 oder 8 BGB noch gemäß § 307 Abs. 1 oder 2 BGB unwirksam.

[14] a) Gemäß § 308 Nr. 3 BGB ist die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders unwirksam, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen. Dabei ist der Begriff des „Lösungsrechts“ in § 308 Nr. 3 BGB entsprechend dem Zweck dieser Norm, die Vertragsbindung des Verwenders zu sichern, umfassend zu verstehen. Er beschränkt sich nicht auf Gestaltungsrechte und schuldrechtliche Ansprüche auf Vertragsaufhebung, sondern erfasst darüber hinaus auch Klauseln, die – ohne dass es einer gesonderten Willenserklärung des Verwenders bedarf – zu einem nachträglichen Wegfall der Vertragsbindung führen, insbesondere auflösende Bedingungen (Bamberger/Roth/Becker, 2. Aufl., § 308 BGB Nr. 3 Rn. 3; Palandt/Grüneberg, 69. Aufl., § 308 BGB Rn. 14; Staudinger/Coester-Waltjen, Neubearb. 2006, § 308 BGB Nr. 3 Rn. 2; Münch-KommBGB/Kieninger, 5. Aufl., § 308 Nr. 3 Rn. 4; Prütting/Wegen/Weinreich/Berger, 5. Aufl., § 308 BGB Rn. 20; Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGB-Recht, 10. Aufl., § 308 Nr. 3 BGB Rn. 1).

[15] Die hier zu beurteilende Klausel enthält indes keine auflösende, sondern eine aufschiebende Bedingung. Die Frage, ob die aufschiebende Bedingung der auflösenden im Rahmen des § 308 Nr. 3 BGB gleichzustellen ist, wird in der Literatur kaum erörtert. Einige Autoren führen – ohne nähere Begründung – aus, dass aufschiebende Bedingungen am Maßstab des § 308 Nr. 1 BGB zu prüfen seien (Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann, AGB-Recht, 5. Aufl., § 308 Nr. 3 BGB Rn. 17; vgl. auch Staudinger/Coester-Waltjen, a.a.O., § 308 Nr. 1 Rn. 9). Demgegenüber wird in einer vereinzelter Entscheidung aus der Instanzrechtsprechung – ebenfalls ohne nähere Begründung – angenommen, dass auch aufschiebende Bedingungen unter § 308 Nr. 3 BGB fallen (AG Forchheim NJW-RR 2000, 725).

[16] Das Berufungsgericht hat darauf abgestellt, dass § 308 Nr. 3 BGB nur Regelungen erfasst, nach denen dem Verwender die Möglichkeit eingeräumt wird, sich ohne einen im Vertrag angegebenen und sachlich gerechtfertigten Grund von einer bereits bestehenden Leistungspflicht zu lösen. Eine derartige Situation besteht bei Abschluss eines aufschiebend bedingten Vertrags vor Eintritt der Bedingung aber gerade nicht, weil die Leistungspflicht von vornherein vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht worden ist. Dem Berufungsgericht ist daher darin beizupflichten, dass der Abschluss eines Vertrags unter einer aufschiebenden Bedingung nicht als Lösungsrecht von einer (bestehenden) Leistungspflicht angesehen werden kann. Entgegen der Auffassung der Revision ist eine andere Beurteilung nicht deshalb geboten, weil das aufschiebend bedingte Recht – soweit es Grundstücke betrifft – durch eine Vormerkung gesichert werden kann und gegen Zwischenverfügungen geschützt ist (§ 161 BGB), denn dieser Schutz ändert nichts daran, dass im Fall des Ausbleibens der Bedingung eine vertragliche Leistungspflicht nicht wirksam wird.

[17] b) Die aufschiebende Bedingung in § 6 Abs. (1) b ist auch nicht nach § 307 Abs. 1 oder 2 BGB unwirksam.

[18] aa) Die Klausel verstößt nicht gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB). Entgegen der Auffassung der Revision ist sie hinreichend klar und verständlich, denn für den Verkäufer als Kunden der Bekl. ist ohne weiteres erkennbar, dass die Wirksamkeit des Erwerbs seiner Beteiligung davon abhängt, dass die Bekl. zur Zahlung des hierfür vereinbarten Kaufpreises in der Lage ist. Zwar liegt es angesichts der angestrebten Erwerbsquote auf der Hand, dass aus praktischen Gründen nur eine Gesamtfinanzierung in Betracht kommen dürfte, so dass eine Finanzierung des Beteiligungserwerbs des einzelnen Käufers regelmäßig mit der Gesamtfinanzierung der angestrebten Quote zusammenfallen wird. Dieser tatsächliche Zusammenhang macht die Klausel aber nicht unverständlich.

[19] bb) Die Klausel ist auch nicht wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB unwirksam; insbesondere liegt eine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) nicht vor.

[20] Zwar macht die Klausel die Wirksamkeit des Vertrages von einem allein der Risikosphäre der Bekl. zuzuordnenden Umstand – der Sicherstellung der Finanzierung des von ihr als Käuferin zu zahlenden Kaufpreises – abhängig und räumt ihr zudem die Möglichkeit ein, jederzeit auf den Eintritt der Bedingung zu verzichten und somit die Wirksamkeit des Vertrages herbeizuführen. Eine Verpflichtung, das ihr Zumutbare für den Eintritt der Bedingung zu unternehmen, ist der Bekl. dabei zumindest nach dem Wortlaut der Klausel nicht auferlegt. Der Eintritt der Bedingung und die Wirksamkeit einer vertraglichen Verpflichtung sind somit weitgehend in das Belieben der Bekl. gestellt, die sich damit – wirtschaftlich betrachtet – praktisch eine Option auf den Beteiligungserwerb hat einräumen lassen. Eine derartige Gestaltung ist jedoch im Rahmen der Vertragsfreiheit zulässig.

[21] Allein darin, dass ein Anteils Käufer, der wie die Bekl. den Erwerb einer offen ausgewiesenen hohen Beteiligungsquote anstrebt, die Verbindlichkeit der dazu abgeschlossenen Einzelkaufverträge davon abhängig macht, dass für jeden einzelnen Kaufvertrag und damit – erkennbar – für die Gesamtinvestition die Finanzierung sichergestellt ist, liegt keine unangemessene Benachteiligung der einzelnen Anteils Käufer. Denn wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, liegt die Sicherstellung der Kaufpreisfinanzierung auch in deren Interesse. Zwar erstreckt sich dieses Interesse nicht auf die Gesamtfinanzierung der Investition, sondern nur auf die Sicherstellung der Finanzierung des jeweiligen Einzelkaufpreises. Unter Berücksichtigung des von der Bekl. verfolgten Zwecks, eine für die Objektverwertung erforderliche Beteiligungsquote von mindestens 75 % zu erreichen, kann es indessen nicht als eine missbräuchliche Durchsetzung eigener Interessen der Bekl. auf Kosten ihrer Vertragspartner gewertet werden, dass die Bekl. die Wirksamkeit der einzelnen Kaufverträge im Ergebnis vom Zustandekommen der Gesamtfinanzierung abhängig gemacht hat. Ob eine zu lange Schwebezeit den Kunden unangemessen in seiner Disposi-

tionsfreiheit benachteiligt und wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 1 BGB unwirksam ist, bedarf hier keiner Entscheidung, denn der Kl. erstrebt keine Verkürzung der Schwebezeit, sondern die Wirksamkeit des aufschiebend bedingten Vertrages.

[22] 2. Zu Recht beanstandet die Revision jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, dass der Kaufvertrag schon deshalb nicht wirksam geworden sei, weil zwei der nicht veräußernden Gesellschafter der am 24. 7. 2007 beschlossenen Neufinanzierung nicht zugestimmt hätten und deshalb die unter § 6 Abs. (1) c des Vertrags vorgesehene Bedingung nicht eingetreten sei. Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass noch am 31. 12. 2007 eine Anfechtung des Beschlusses durch die nicht veräußernden Gesellschafter in Betracht zu ziehen gewesen sei und deshalb noch keine Gewissheit über die Rechtsbeständigkeit des Finanzierungsbeschlusses bestanden habe.

[23] Die Bedingung der Zustimmung der nicht veräußernden Gesellschafter diene, wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt richtig gesehen hat, dem Interesse der Bekl. an der Rechtsbeständigkeit des Finanzierungsbeschlusses und der Vermeidung von Auseinandersetzungen innerhalb der Gesellschaft darüber. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war die Möglichkeit einer Anfechtungsklage aber auszuschließen, nachdem seit der Fassung des Gesellschaftsbeschlusses rund fünf Monate vergangen waren und die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Ausschlussfrist von einem Monat seit der Beschlussfassung der Gesellschaft somit längst verstrichen war. Nach der Rechtsprechung des BGH (BGH NJW 1995, 1218 unter [II] 2), von der auch das Berufungsgericht ausgeht, darf die Anfechtungsfrist für Beschlüsse einer Personengesellschaft zwar die als Leitbild heranzuziehende Monatsfrist des § 246 AktG nicht unterschreiten. Anhaltspunkte dafür, dass die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Ausschlussfrist hier wegen besonderer Umstände bei weitem zu kurz bemessen sein könnte, sind jedoch nicht ersichtlich. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts konnten die nicht veräußernden Gesellschafter nicht wegen der in § 6 Abs. (1) c des Vertrags vorgesehenen Bedingung darauf vertrauen, dass der Beteiligungserwerb nicht ohne ihre Zustimmung zu der Neufinanzierung verwirklicht würde; ein derartiges Vertrauen war schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil die Bekl. auf den Eintritt der vorgesehenen Bedingungen nach § 6 Abs. (2) des Vertrags jederzeit ganz oder teilweise verzichten konnte.

[24] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bestanden deshalb an der Wirksamkeit des Neufinanzierungsbeschlusses der Gesellschaft vom 24. 7. 2007 keine Zweifel, so dass es der Bekl. nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich auf die fehlende förmliche Zustimmung der beiden nicht veräußernden Gesellschafter zu berufen.

[25] Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, da das Berufungsgericht keine Feststellungen zum Eintritt der Bedingung gemäß § 6 Abs. (1) b getroffen hat. Die Sache ist deshalb zur neuen

Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Anmerkung:

I. Die Entscheidung des BGH

Die achte Senats des BGH hatte darüber zu entscheiden, wie Allgemeine Geschäftsbedingungen (Vertragsabschlussklauseln) in der Gestalt von aufschiebenden Bedingungen AGB-rechtlich zu qualifizieren sind, anhand welcher Maßstäbe eine Inhaltskontrolle durchzuführen ist sowie welche Rechtsfolgen eintreten, wenn eine aufschiebende Bedingung unwirksam ist.

1. Die Entscheidung betrifft einen Fall aus dem Bereich des grauen Kapitalmarkts in Form eines geschlossenen Immobilienfonds, in dem es um die AGB-rechtliche Prüfung einer Ankaufoption geht. Der beklagte Käufer (Unternehmen) machte den Gesellschaftern einer Grundstücks-GbR ein aufschiebend bedingtes Kaufangebot hinsichtlich ihrer Gesellschaftsanteile¹ an der Grundstücks-GbR, wobei der Zeitraum für die Optionsausübung sechs Monate deutlich übersteigt. Der klagende Verkäufer (Verbraucher) begehrt nach Annahme des Angebots die Kaufpreiszahlung von dem Käufer, der einwendet, nicht sämtliche aufschiebenden Bedingungen seien eingetreten und deswegen sei der Kaufvertrag nicht wirksam geworden. Der Käufer hält die aufschiebenden Bedingungen für teilweise unwirksam und den Kaufvertrag für wirksam zustande gekommen. In den drei Instanzen des Rechtsstreits waren zwei Fragen von Bedeutung: (1.) Sind die aufschiebenden Bedingungen nach § 6 Abs. 1 des Anteilsübertragungsvertrages, nachfolgend AÜV genannt, wirksam vereinbart worden? (2.) Sind die aufschiebenden Bedingungen nach § 6 Abs. 1 AÜV eingetreten? Die Frage 1 wurde von allen drei Instanzen, dem LG Köln, dem OLG Köln und dem BGH, bejaht, wenn auch mit teilweise unterschiedlichen Begründungen: Das LG nahm an, es liege kein Verstoß gegen § 308 Nrn. 3 und 8 BGB vor; das OLG Köln verneinte einen Verstoß gegen § 308 Nr. 1 und § 307 BGB; der BGH verneinte einen Verstoß gegen § 308 Nrn. 3 und 8 BGB sowie § 307 BGB. Der BGH hat mit der Begründung zurückverwiesen, der Bedingungseintritt hinsichtlich § 6 Abs. 1 Buchstabe c AÜV (Frage 2) sei nicht mehr in Zweifel zu ziehen, daher sei von dem Berufungsgericht der Bedingungseintritt hinsichtlich der anderen Bedingungen aufzuklären.

2. Für die kautelarische Praxis von Interesse ist die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle der aufschiebenden Bedingungen, also die Frage 1, während die Frage 2 zum Bedingungseintritt nur für den konkreten Rechtsstreit relevant ist. Hinter der Frage 1 steht das grundsätzliche Problem, wie Optionen zugunsten von Unternehmen und zulasten von Verbrauchern in Verbraucherverträgen AGB-rechtlich einzuordnen und zu bewerten sind. Bei den bisher zu diesem Bereich ergangenen Gerichtsentscheidungen wollten sich meist die Verbraucher von dem Vertrag lösen², während hier der umgekehrte Fall vorliegt, dass der Unternehmer nicht an dem Vertrag festgehalten werden möchte. In der notariellen Praxis treten Optionen für Unternehmen etwa auf, wenn ein Bauträger von einer Privatperson eine Ankaufoption hinsichtlich eines Grundstücks ein-

geräumt bekommen möchte, um vor der Optionsausübung die Baureifmachung des Grundstücks herbeizuführen; ein anderer Fall betrifft die Veräußerungsoption eines Bauträgers bei dem Verkauf von Immobilien an Enderwerber, um eine von dem die Bauträgermaßnahme finanzierenden Kreditinstitut geforderte Mindestveräußerungsquote zu erreichen, bevor mit dem Bau begonnen wird.

3. Rechtstechnisch gibt es verschiedene Möglichkeiten, dem Unternehmer Optionen einzuräumen, etwa durch einen Rücktrittsvorbehalt, ein bindendes Angebot des Verbrauchers oder durch die Vereinbarung von aufschiebenden oder auflösenden Bedingungen. In dieser Entscheidung geht es um aufschiebende Bedingungen, nämlich die drei in § 6 Abs. 1 AÜV festgelegten Ereignisse, welche kumulativ für die Wirksamkeit des Kaufvertrags eintreten müssen.

4. Die Begründung des BGH zur AGB-rechtlichen Wirksamkeit der aufschiebenden Bedingungen kann wie folgt zusammengefasst werden:

- a) II Absatz 1 a): Eine aufschiebende Bedingung sei kein Lösungsrecht i. S. von § 308 Nr. 3 BGB und falle somit nicht in den Anwendungsbereich dieser Norm, auch wenn ein aufschiebend bedingter Anspruch durch eine Vormerkung gesichert werden könne.
- b) II Absatz 1 b) aa): Die aufschiebende Bedingung verstoße nicht gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).
- c) II Absatz 1 b) bb): Es liege keine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB und § 307 Abs. 2 BGB vor. Zwar erhalte der Unternehmer eine einseitig ausübbarer Option auf den Beteiligungserwerb, dies sei „jedoch im Rahmen der Vertragsfreiheit zulässig“.
- d) Ob die zu lange Schwebezeit den Kunden unangemessen benachteilige und damit gegen § 308 Nr. 1 BGB verstoße, „bedarf hier keiner Entscheidung, denn der Kl. erstrebt keine Verkürzung der Schwebezeit, sondern die Wirksamkeit des aufschiebend bedingten Vertrages.“

II. Bewertung

Wer sich von dieser Entscheidung eine grundsätzliche Klärung der AGB-rechtlichen Zulässigkeit aufschiebender Bedingungen (Optionen) zugunsten von Unternehmen in Verbraucherverträgen erhofft hatte, wird von dem BGH enttäuscht. Die für die Vertragsgestaltung wichtigen Fragen werden nicht oder lediglich oberflächlich behandelt:

1. Die Herausnahme der aufschiebenden Bedingung aus dem Anwendungsbereich des § 308 Nr. 3 BGB ist im Ergebnis und in der Begründung richtig: Ein Lösungsrecht von einem bereits zustande gekommenen Vertrag ist etwas anderes als eine Regelung zum wirksamen Zustandekommen eines Vertrags.

¹ Im Tatbestand ist teilweise von Geschäftsanteilen die Rede, was aber eine Ungenauigkeit sein dürfte.

² Etwa OLG Dresden RNotZ 2004, 500; BGH DNotZ 2010, 913.

2. Ob die aufschiebende Bedingung in § 6 Abs. 1 lit. b) AÜV tatsächlich hinreichend klar und verständlich formuliert (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) ist, sei dahingestellt. Meines Erachtens sollten die verwendeten Formulierungen nicht als Vorbild dienen.

3. Die Ausführungen zu § 308 Nr. 1 BGB sowie zur unangemessenen Benachteiligung (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB und § 307 Abs. 2) können nicht überzeugen:

a) Unzutreffend ist der Standpunkt des BGH, wonach es einer AGB-rechtlichen Prüfung hinsichtlich § 308 Nr. 1 BGB nicht bedürfe, da dies nicht den von dem Kl. erstrebten Zielen entspreche. Die Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln unterliegt nicht der Parteidisposition und setzt auch kein entsprechendes Berufen einer Partei voraus, sondern ist von Amts wegen durchzuführende Rechtsanwendung; lediglich die eine Unwirksamkeit begründenden Tatsachen müssen von den Parteien beigebracht werden³. Ausweislich des von dem BGH festgestellten Tatbestands streiten die Parteien über die Wirksamkeit der aufschiebenden Bedingungen. Die Auffassung des BGH zur angeblich entbehrlichen Inhaltskontrolle anhand von § 308 Nr. 1 BGB ist also rechtlich falsch und wird dem festgestellten Sachverhalt nicht gerecht.

b) Dass der BGH mit einer derart offensichtlich unzutreffenden Begründung eine Klauselprüfung am Maßstab des § 308 Nr. 1 BGB vermeidet, erstaunt. Möglicherweise wollte sich der BGH die Erörterung der Rechtsfolgen von unwirksamen aufschiebenden Bedingungen (§ 306 BGB) ersparen. Die Ausführungen des BGH legen nämlich nahe, dass er als Rechtsfolge einer nach § 308 Nr. 1 unwirksamen aufschiebenden Bedingung lediglich die Verkürzung der Bindungsfrist des Verbrauchers für möglich hält⁴. Dieses Rechtsverständnis steht jedoch nicht im Einklang mit § 306 Abs. 2 BGB und dem Grundsatz des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion, wonach anstelle einer unwirksamen Klausel die gesetzlichen Vorschriften gelten. Deshalb spricht viel dafür, dass die (möglicherweise) unwirksame aufschiebende Bedingung ersatzlos entfällt und die Bedingung für die Wirksamkeit des Kaufvertrags nicht mehr eintreten muss. Ob durch den Wegfall der aufschiebenden Bedingung eine unzumutbare Härte i. S. v. § 306 Abs. 3 BGB für den beklagten Verwender eintritt, wäre dann von dem BGH zu prüfen gewesen. Um es zusammenzufassen: Die Frage, ob eine aufschiebende Bedingung eingetreten ist, ist erst zu beantworten, wenn feststeht, dass die aufschiebende Bedingung wirksam vereinbart wurde; ist die aufschiebende Bedingung nach § 306 Abs. 2 BGB unwirksam, kommt es auf den Bedingungseintritt nicht mehr an, um eine Wirksamkeit des Vertrags festzustellen⁵.

c) Aufschiebende Bedingungen, durch die dem Verwender eine Option zulasten des Verbrauchers gewährt wird, werden von der überwiegenden Ansicht unmittelbar oder entsprechend an § 308 Nr. 1 BGB gemessen, wobei die Gegenansicht auf § 307 zurückgreift; im Ergebnis werden jedoch sämtliche Ansichten zu identischen Ergebnissen kommen, da auch im Rahmen des § 307 BGB die Wertungen des § 308 Nr. 1 BGB zu berücksichtigen sind⁶. Umso bedauerlicher ist es, dass der BGH diese Inhaltskontrolle nicht unternimmt. Die

bekannte Entscheidung des OLG Dresden aus dem Jahr 2003⁷ hat Bindungsfristen des Verbrauchers anhand von § 10 Nr. 1 AGBG, der Vorgängernorm des § 308 Nr. 1 BGB, geprüft und verworfen: In dem damals zu beurteilenden Sachverhalt ging es um eine Gestaltung, in der die Bindung des Verbrauchers durch Abgabe eines bindenden Angebots herbeigeführt wurde. Diese Entscheidung des OLG Dresden hat der siebte Senat des BGH bestätigt⁸, womit für die Gestaltungspraxis nunmehr davon auszugehen ist, dass in Verbraucherverträgen hinsichtlich Grundeigentum Fristen von mehr als vier bzw. sechs Wochen regelmäßig unzulässig bzw. nur mit einem erhöhten Begründungsaufwand zu rechtfertigen sind. Diese Rechtsprechung⁹ ist umstritten¹⁰ und man kann mit guten Gründen anderer Ansicht sein. Diese Grundsätze jedoch zu ignorieren, ist in einer Entscheidung des höchsten deutschen Zivilgerichts unüblich.

d) Zu oberflächlich sind außerdem die Ausführungen des BGH zur Inhaltskontrolle der aufschiebenden Bedingungen anhand der AGB-rechtlichen Generalklausel des § 307 BGB. Ist man der Ansicht, aufschiebende Bedingungen fallen nicht in den Anwendungsbereich des § 308 Nr. 1 BGB, so hat man die Inhaltskontrolle der Option im Rahmen des § 307 BGB vorzunehmen. In der Entscheidung des BGH fehlt jede die funktionsäquivalenten Regelungen von Optionen zugunsten des AGB-Verwenders in den Blick nehmende Betrachtung; aus der Sicht des Verbrauchers macht es regelmäßig keinen Unterschied, ob er durch aufschiebende Bedingungen oder durch Rücktrittsvorbehalte gebunden wird, während dies die Entscheidung des BGH nahelegen könnte. Weiterhin wird die eigene Rechtsprechung des BGH (s. o.) nicht zur Kenntnis genommen. Schließlich wird die Klauselrichtlinie ignoriert. Nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie i. V. mit Nr. 1 c) des Anhangs können Klauseln für missbräuchlich erklärt werden, die zur Folge haben, dass „der Verbraucher eine verbindliche Verpflichtung eingeht, während der Gewerbetreibende die Erbringung der Leistungen an eine Bedingung knüpft, deren Eintritt nur von ihm abhängt“. Wie sich aus § 6 Abs. 2 AÜV ergibt, kann der Käufer auf den Eintritt der aufschiebenden Bedingungen verzichten, sodass Potestativbedingungen vorliegen. Auch der BGH geht von Potestativbedingungen aus, wenn er ausführt, die Wirksamkeit sei weitgehend in das Belieben des Beklagten gestellt.

e) Aufgrund der unzureichenden Begründung des BGH wirkt dessen Schlussfolgerung auch für einen überzeugten Anhänger der Vertragsfreiheit wenig über-

3 Statt aller: Staudinger/Coester, BGB, Bearbeitung 2006, Vorbemerkungen zu §§ 307–309 Rn. 25.

4 So versteht auch Herrler, DNotZ 2011, 276, 277 den BGH.

5 A. A. wohl Herrler, DNotZ 2011, 276, 277 f., der in Anlehnung an § 147 Abs. 2 BGB eine Verkürzung des Bindungszeitraums annimmt.

6 Herrler/Suttmann, DNotZ 2010, 883, 895 f. m. w. N. zum Streitstand in Fußnote 56.

7 OLG Dresden RNotZ 2004, 500.

8 BGH VII ZR 370/03, veröffentlicht in IBR 2004, 372.

9 Nunmehr auch bestätigt von dem fünften Senat in DNotZ 2010, 913.

10 Herrler/Suttmann, DNotZ 2010, 883; Staudinger/Coester-Waltjen, BGB, Bearbeitung 2006, § 308 Nr. 1 Rn. 11 m. w. N.

zeugend, wonach derartige Gestaltungen im Rahmen der Vertragsfreiheit zulässig seien.

III. Fazit

Der BGH hat richtig entschieden, dass aufschiebende Bedingungen nicht in den Anwendungsbereich des § 308 Nr. 3 BGB fallen. Die übrigen Ausführungen des BGH zur AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle von aufschiebenden Bedingungen zugunsten des Verwenders anhand von §§ 308 Nr. 1, 307 BGB sollten von der Rechtspraxis nicht als Maßstab genommen werden. Insbesondere sollte die notarielle Praxis aus diesem Urteil keine Rückschlüsse auf die AGB-rechtliche Zulässigkeit von aufschiebenden Bedingungen (Optionen zugunsten des Verwenders) ziehen, vielmehr bleibt es bei den bisher bekannten Grundsätzen¹¹.

Notar Dr. Stefan Meyer, Wermelskirchen

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Eintragung eines Teilgewinnabführungsvertrages

(OLG München, Beschluss vom 17. 1. 2011 – 31 Wx 68/11 – mitgeteilt von RichterIn am Oberlandesgericht Margaretha Förth)

AktG § 292

GmbHG § 54

Ein Vertrag, mit dem sich eine GmbH im Rahmen einer stillen Beteiligung verpflichtet, einen Teil ihres Gewinns an den stillen Gesellschafter abzuführen, kann nicht im Handelsregister eingetragen werden.

Zur Einordnung:

Das GmbH-Gesetz ordnet die Handelsregistereintragung von Unternehmensverträgen, die von einer GmbH als abhängiger Gesellschaft abgeschlossen werden, weder an noch lässt es sie ausdrücklich zu. Nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 105, 324 = MittRhNotK 1988, 261 – Supermarkt; MittRhNotK 1992, 89 – Siemens) und allgemeiner Ansicht in der Literatur sind auf Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge mit einer GmbH als beherrschter Gesellschaft die für eine Änderung des Gesellschaftsvertrages geltenden Vorschriften (§§ 53, 54 GmbHG) entsprechend anzuwenden, so dass es zur Wirksamkeit des Unternehmensvertrages der notariellen Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung der beherrschten GmbH und der Eintragung des Unternehmensvertrages ins Handelsregister der beherrschten GmbH bedarf. Welche Mehrheit für den Zustimmungsbeschluss erforderlich ist, wird unterschiedlich beurteilt; nach wohl überwiegender Meinung ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich, nach anderer Meinung nur eine qualifizierte Mehrheit (ausführliche Darstellung bei Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 293 Rn. 43 ff.; offengelassen vom BGH, a.a.O.). Im Übrigen vertreten der BGH (a.a.O.) und fast einhellig auch die Literatur (siehe die Nachweise bei BGH MittRhNotK 1988, 261, 264) die Auffassung, dass im GmbH-Konzernrecht auch § 293 Abs. 2 AktG ent-

sprechend anzuwenden ist, so dass auch die Gesellschafterversammlung einer herrschenden GmbH mit qualifizierter Mehrheit zustimmen muss, ohne dass hier jedoch die notarielle Beurkundung erforderlich ist.

Umstritten ist hingegen, ob die gleichen Grundsätze (insbesondere die Eintragungspflicht bei der abhängigen GmbH) auch bei anderen Unternehmensverträgen i. S. d. § 292 AktG Anwendung finden. Die Frage hat insbesondere bei Teilgewinnabführungsverträgen große praktische Bedeutung. Das OLG München setzt mit dem vorliegenden Beschluss die Rechtsprechung des BayObLG (NJW-RR 2003, 908 = NZG 2003, 636 = NotBZ 2003, 197) und des LG Darmstadt (ZIP 2005, 402 = AG 2005, 488) fort, die mit einem Teil der Literatur (Schmidt-Ott, GmbHR 2001, 182; weitere Nachweise siehe unter Ziffer II. 2. b) der nachfolgend abgedruckten Entscheidung) die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 292 ff. AktG bei Teilgewinnabführungsverträgen mit einer abhängigen GmbH verneint. Die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur fordert hingegen auch bei Teilgewinnabführungsverträgen einen formgerechten Zustimmungsbeschluss und die (überwiegend als konstitutiv angesehene) Eintragung ins Handelsregister (siehe die Nachweise bei BayObLG NJW-RR 2003, 908, 909; Emmerich/Habersack, a.a.O., Rn. 37 f.; Michalski/Servatius, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 4 KonzernR, Rn. 342 ff.; ders. in BeckOK-GmbHG, Syst. Darst. KonzernR, Rn. 445 ff.; Wicke, GmbHG, Anhang § 13 Rn. 8; Schulte/Waechter, GmbHR 2002, 189, 190).

Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung ist die notarielle Praxis angesichts des andauernden Meinungsstreits und angesichts der drohenden Folge der Unwirksamkeit des Vertrages auch weiterhin schon aus Vorsichtsgründen gehalten, eine entsprechende Anwendung der §§ 53, 54 GmbHG auch bei Teilgewinnabführungsverträgen zu empfehlen, d. h. die Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses der abhängigen GmbH und die Eintragung des Vertrages in das Handelsregister. Bei einer Vielzahl von Verträgen gilt übrigens für die Handelsregisteranmeldung die Erleichterung des § 294 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 AktG entsprechend (siehe Schulte/Waechter, a.a.O.).

Die Schriftleitung (MK)

Zum Sachverhalt:

I. Die beteiligte Gesellschaft ist eine GmbH, deren alleiniger Gesellschafter zugleich der Geschäftsführer ist. Zur Eintragung in das Handelsregister wurde angemeldet, dass zwischen der Gesellschaft und Herrn W. ein am 23. 12. 2010 abgeschlossener Teilgewinnabführungsvertrag (stille Beteiligung) bestehe; die Gesellschafterversammlung habe dem Vertrag zugestimmt.

Mit dem Vertrag über die „Stille Beteiligung an einer GmbH“ beteiligt sich Herr W. mit einer Bareinlage von 60 000,- € an

¹¹ Im Ergebnis ähnlich *Herrler*, DNotZ 2011, 276, 278 f., wonach sich aus dem Urteil kein Freibrief für über vier Wochen hinausgehende Bindungsfristen des Verbrauchers durch Potestativbedingungen ergibt.

dem Handelsgewerbe der GmbH als stiller Gesellschafter (§ 1) und nimmt an deren Gewinn mit 20 % teil, nicht jedoch an einem etwaigen Verlust (§ 2). Nach § 6 des Vertrages bedarf der Inhaber zu Änderungen der wesentlichen Grundlagen des Geschäftsbetriebs einschließlich der Beendigung, Veräußerung oder Verpachtung, der Änderung des Unternehmensgegenstandes oder der Unternehmensform und der gewinnabhängigen Beteiligung weiterer Personen der Zustimmung des im Übrigen nicht geschäftsführungsbefugten stillen Gesellschafters. Eine Beteiligung des stillen Gesellschafters an stillen Reserven und am Firmenwert findet nicht statt (§ 11).

Das Registergericht hat die Anmeldung zurückgewiesen mit der Begründung, bei einer GmbH sei ein Teilgewinnabführungsvertrag nicht eintragungsfähig. Mit der Beschwerde wird eingewendet, hier liege – anders als bei der Entscheidung des BayObLG vom 18. 2. 2003 – kein Darlehensvertrag, sondern ein Gewinnabführungsvertrag im engeren Sinne vor, was sich insbesondere aus den Zustimmungsvorbehalten in § 6 des Vertrages ergebe. Zumindest hinsichtlich solcher stillen Gesellschaftsverträge, die Zustimmungsvorbehalte enthielten, sei von der Eintragungsbedürftigkeit auszugehen.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Zu Recht hat das Registergericht angenommen, dass ein Teilgewinnabführungsvertrag (hier im Rahmen einer stillen Beteiligung) bei der GmbH nicht in das Handelsregister eingetragen werden kann.

1. In das Handelsregister eintragbar sind Tatsachen, deren Eintragung gesetzlich angeordnet oder zugelassen ist. Andere Tatsachen können nur eingetragen werden, wenn Sinn und Zweck des Handelsregisters dies erfordern und damit ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs besteht. Mit Rücksicht auf die strenge Formalisierung des Registerrechts ist aber mit gesetzlich nicht vorgesehenen Eintragungen Zurückhaltung geboten (BGH NJW 1998, 1071). Derartige Eintragungen sind deshalb auf die Fälle der Auslegung gesetzlicher Vorschriften, der Analogiebildung sowie der richterlichen Rechtsfortbildung zu beschränken (BGH NJW 1992, 1452, 1454).

2. Gesetzlich vorgeschrieben ist die Eintragung im Handelsregister für Unternehmensverträge mit einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien als beherrschter Gesellschaft (§ 294 i. V. m. §§ 291, 292 AktG). Dazu zählen auch Teilgewinnabführungsverträge (§ 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG).

Zur Eintragung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen bei der GmbH

a) Für die GmbH fehlen ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen zur Eintragung von Unternehmensverträgen im Handelsregister. Für den mit einer GmbH als abhängige Gesellschaft abgeschlossenen Unternehmensvertrag, der sowohl eine Beherrschungsvereinbarung als auch eine Gewinnabführungsverpflichtung enthält, wird nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine Eintragung in das Handelsregister der beherrschten Gesellschaft als notwendig angesehen. Inhalt und Wirkungen eines solchen Unternehmensvertrages gebieten eine entsprechende Anwendung der bei einer Änderung des Gesellschaftsvertrages einzuhaltenden Formvorschriften (§§ 53, 54 GmbHG), weil

er kein schuldrechtlicher Vertrag, sondern ein gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag ist, der satzungsgleich den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft ändert. Diese Änderung besteht insbesondere darin, dass die Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung auf die herrschende Gesellschaft übertragen, der Gesellschaftszweck unter Aufhebung der unabhängigen erwerbswirtschaftlichen Teilnahme am Wirtschaftsverkehr bei einem in der Regel gleichbleibenden Unternehmensgegenstand am Konzerninteresse ausgerichtet und in das Gewinnbezugsrecht der Gesellschaft eingegriffen wird. Die Eintragung hat konstitutive Wirkung (vgl. BGHZ 105, 324, 331; BGHZ 116, 37, 39).

Teilgewinnabführungsverträge sind bei einer GmbH nicht eintragungsfähig, da sie keine satzungsüberlagernde organisationsrechtliche Wirkung entfalten

b) Für die Eintragungsfähigkeit anderer Unternehmensverträge einer GmbH kommt es deshalb entscheidend darauf an, ob diese mit einer Satzungsänderung gleichzustellen und deshalb den dafür geltenden Formvorschriften zu unterwerfen sind. Das ist bei einem Teilgewinnabführungsvertrag – hier im Rahmen der stillen Beteiligung eines Dritten an der GmbH – zu verneinen. Während bei Abschluss eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages der gesamte Gewinn der Gesellschaft abgeführt und die abhängige Gesellschaft unmittelbar den Weisungen der herrschenden Gesellschaft unterworfen wird, so dass der Gesellschaftszweck und die Zuständigkeitskompetenz der Gesellschafter bzw. ihr Gewinnrecht direkt beeinträchtigt wird, bleibt bei der Beteiligung des stillen Gesellschafters am Gewinn die Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung ebenso erhalten wie die Verfolgung des Gesellschaftszwecks. Auch das Gewinnrecht der Gesellschafter wird nicht in vergleichbarer Weise beeinträchtigt. Die dem stillen Gesellschafter eingeräumte Gewinnbeteiligung als Gegenleistung für die Erbringung seiner Einlage wirkt sich für die Gesellschafter – nicht anders als die für ein Darlehen aufzubringenden Zinsen – als gewinnschmälernder Kostenfaktor aus.

Einer Teilgewinnabführung im Rahmen einer stillen Beteiligung kommt deshalb keine einem Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag vergleichbare satzungsüberlagernde organisationsrechtliche Wirkung zu, die eine Anwendung der für die Satzungsänderung geltenden Vorschriften rechtfertigen könnte. Der Vertrag ist deshalb im Handelsregister nicht einzutragen (vgl. BayObLG NJW-RR 2003, 908, 909; LG Darmstadt ZIP 2005, 402, 404; Roth/Altmeppen, 6. Aufl., Anh. § 13 GmbHG Rn. 113; Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl., Rn. 1111; MünchKommHGB/K. Schmidt, 2. Aufl., § 230 Rn. 114; für die stille Gesellschaft ebenso Ulmer/GroßKomm, § 53 GmbHG Rn. 161 a. E.; a. A. Scholz/Emmerich, 10. Aufl., Anh. § 13 GmbHG Rn. 214; Emmerich/Habersack, Aktien und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., § 292 Rn. 37).

Bei einer typischen stillen Beteiligung führen auch vereinbarte Zustimmungserfordernisse zugunsten des stillen Gesellschafters nicht zu einer satzungs-

überlagernden organisationsrechtlichen Wirkung, mithin auch nicht zur Eintragungsfähigkeit

c) Soweit die Beschwerde auf die vereinbarten Zustimmungserfordernisse verweist, ergibt sich daraus keine andere Beurteilung. Die vertraglichen Vereinbarungen räumen dem stillen Gesellschafter nur die nach § 233 HGB typischen Informations- und Kontrollrechte sowie die Mitspracherechte ein, die der stillen Gesellschaft ohnehin immanent sind (vgl. dazu BGH NJW 2003, 3412, 3414; Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl., Rn. 13–15). Es liegt eine typische stille Beteiligung vor, bei der dem stillen Gesellschafter weder Weisungs- oder Geschäftsführungsbefugnisse noch eine Beteiligung an den stillen Reserven oder dem Firmenwert eingeräumt werden. Die von der Beschwerde angeführte Entscheidung des hessischen FG vom 5. 9. 2006 betraf hingegen eine atypisch stille Beteiligung an einer GmbH, bei der die Frage der Mitunternehmerschaft im Vordergrund stand.

8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Ergebnisabführungsverträge zwischen Kommanditgesellschaften

(OLG München, Beschluss vom 8. 2. 2011 – 31 Wx 2/11)

HGB §§ 8, 106; 162

Keine Eintragung eines mit einer Kommanditgesellschaft als beherrschter Gesellschaft abgeschlossenen Ergebnisabführungsvertrages im Handelsregister.

Zur Einordnung:

Das OLG München hatte über die höchstrichterlich bislang nicht geklärte Frage zu entscheiden, ob ein Gewinnabführungsvertrag zwischen zwei GmbH & Co. KG im Handelsregister der abhängigen Gesellschaft eingetragen werden kann. Die Eintragung von Unternehmensverträgen ins Handelsregister ist gesetzlich nur für die AG und die KGaA vorgeschrieben; zur entsprechenden Anwendung auf die GmbH siehe die vorstehend abgedruckte Entscheidung des OLG München vom 17. 1. 2011. Ob Beherrschungsverträge mit einer Personengesellschaft als beherrschter Gesellschaft zulässig sind, ist umstritten, wird aber überwiegend bejaht (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lange, 2. Aufl. 2008, HGB § 105 Anh. Rn. 41 m. w. N.; MünchKomm HGB/Mülbert, 2. Aufl. 2007, Rn. 165 f.; a. A. Petersen/Zwirner/Künkele/Koss, BilMoG, 1. Aufl. 2009, Teil III., XXXI. 2. f) aa). Zur Zulässigkeit von reinen Gewinnabführungsverträgen – wie hier – verhält sich die Literatur hingegen nicht, zumal angesichts der steuerlichen Transparenz von Personengesellschaften zumindest ein steuerliches Bedürfnis für solche Verträge häufig fehlen dürfte.

Auf die Zulässigkeit eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages zwischen zwei GmbH & Co. KG ist das OLG München in seiner nachfolgend abgedruckten Entscheidung auch nicht eingegangen, sondern lediglich auf die Eintragungsfähigkeit eines Gewinnabführungsvertrages, die es ver-

neint hat. Dabei beruft sich das Gericht einerseits darauf, dass der Unternehmensvertrag anders als bei der GmbH bei einer Personengesellschaft keine satzungsüberlagernde organisationsrechtliche Bedeutung habe; der Gesellschaftsvertrag und der Unternehmenszweck seien im Übrigen nicht einmal im Handelsregister eingetragen bzw. ersichtlich. Damit widerspricht das OLG München der ganz herrschenden Ansicht in der Literatur, die im Hinblick auf die Bedeutung von Unternehmensverträgen für die Struktur der Personenhandelsgesellschaft und die Gläubigerinteressen eine (deklaratorische) Eintragung im Handelsregister verlangt (s. etwa Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lange, a.a.O., Rn. 48, sowie die weiteren Nachweise im nachfolgend abgedruckten Beschluss).

Die notarielle Praxis wird sich bis zu einer höchstrichterlichen Klärung zwar auf die Entscheidung des OLG München insoweit berufen können, als die Eintragung eines reinen Gewinnabführungsvertrages zwischen zwei GmbH & Co. KG nicht erforderlich und nicht zulässig zu sein scheint. Ob dies allerdings uneingeschränkt auf alle Arten von Unternehmensverträgen und Konstellationen übertragen werden kann, bleibt offen: Eine andere Beurteilung könnte insbesondere bei Beherrschungsverträgen mit abhängigen Personengesellschaften angezeigt sein oder etwa dann, wenn die herrschende Gesellschaft nicht (mittelbare) Alleingesellschafterin ist, sondern eine natürliche Person persönlich haftet (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, AG 2004, 324).

Vgl. hierzu auch DNotI-Report 2011, 38 sowie Wachter, BB 2011, 724.

Die Schriftleitung (MK)

Zum Sachverhalt:

I. Zur Eintragung in das Handelsregister der D. GmbH & Co. KG ist angemeldet, dass diese als beherrschte Gesellschaft einen Ergebnisabführungsvertrag vom 2. 12. 2010 mit der W. GmbH & Co. KG als herrschender Gesellschaft geschlossen hat, dem die Gesellschafterversammlungen beider Gesellschaften zugestimmt haben. Alleinige Kommanditistin der beteiligten Gesellschaft ist die W. GmbH & Co. KG mit einer Einlage von 100 000,- €, persönlich haftende Gesellschafterin ist die D. Verwaltungs-GmbH. Das Registergericht hat die Anmeldung mit Beschluss vom 14. 12. 2010 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Beschwerde der beteiligten Gesellschaft.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das Registergericht hat zu Recht angenommen, dass der Ergebnisabführungsvertrag nicht im Handelsregister der beherrschten Kommanditgesellschaft eingetragen werden kann.

Zu den Anforderungen an die Handelsregistereintragung von Tatsachen, deren Eintragung nicht gesetzlich angeordnet oder zugelassen ist

1. In das Handelsregister eintragbar sind Tatsachen, deren Eintragung gesetzlich angeordnet oder zuge-

lassen ist. Andere Tatsachen können nur eingetragen werden, wenn Sinn und Zweck des Handelsregisters dies erfordern und damit ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs besteht. Mit Rücksicht auf die strenge Formalisierung des Registerrechts ist aber mit gesetzlich nicht vorgesehenen Eintragungen Zurückhaltung geboten (BGH NJW 1998, 1071). Derartige Eintragungen sind deshalb auf die Fälle der Auslegung gesetzlicher Vorschriften, der Analogiebildung sowie der richterlichen Rechtsfortbildung zu beschränken (BGH NJW 1992, 1452, 1454; Ensthaler/Gesmann-Nuissl, 7. Aufl., § 8 HGB Rn. 7; MünchKommHGB/Krafka, 2. Aufl., § 8 Rn. 32). Es genügt nicht, dass die Eintragung für Dritte von wirtschaftlichem oder rechtlichem Interesse ist (Schmidt-Kessel/Leutner/Hüther, Handelsregisterrecht, § 8 HGB Rn. 8).

Zur Eintragung von Unternehmensverträgen mit einer AG, KGaA oder GmbH als beherrschtem Unternehmen

2. Gesetzlich vorgeschrieben ist die Eintragung im Handelsregister für Unternehmensverträge mit einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien als beherrschter Gesellschaft (§ 294 i. V. m. §§ 291, 292 AktG). Auch für Unternehmensverträge mit einer GmbH als abhängiger Gesellschaft ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Eintragung im Handelsregister entsprechend §§ 53, 54 GmbHG erforderlich. Zwar ordnet das GmbH-Gesetz die Eintragung im Handelsregister weder an noch lässt es sie ausdrücklich zu. Jedoch gebieten Inhalt und Wirkungen des Vertrages eine entsprechende Anwendung der bei einer Änderung des Gesellschaftsvertrages einzuhaltenden Formvorschriften. Die Eintragung im Handelsregister hat somit konstitutive Wirkung (vgl. BGH NJW 1989, 295, 298 f.). Grund dafür ist, dass ein solcher Unternehmensvertrag als gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag satzungsgleich den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft ändert. Diese Änderung besteht insbesondere darin, dass die Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung auf die herrschende Gesellschaft übertragen, der Gesellschaftszweck unter Aufhebung der unabhängigen erwerbswirtschaftlichen Teilnahme am Wirtschaftsverkehr bei einem in der Regel gleichbleibenden Unternehmensgegenstand am Konzerninteresse ausgerichtet und in das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter eingegriffen wird. Hingegen besteht auch unter Berücksichtigung der Publizitätsbedürfnisse bei der GmbH keine Rechtsgrundlage für die Eintragung eines nicht als Satzungsänderung einzustufenden Vertrages in das Handelsregister (vgl. BayObLG NJW-RR 2003, 908, 909 zur Teilgewinnabführung im Rahmen einer Austauschbeziehung).

Bei beherrschter Personengesellschaft kann eine Eintragung des Unternehmensvertrages nicht – wie bei der GmbH – damit gerechtfertigt werden, dass das Gesellschaftsstatut unternehmensvertraglich überlagert wird

3. Ist dagegen eine Personengesellschaft die beherrschte Gesellschaft, kann die Eintragung eines Unternehmensvertrages in das Handelsregister weder auf eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung gestützt

noch aus einer entsprechenden Anwendung der für eine Satzungsänderung geltenden Vorschriften hergeleitet werden. Der Abschluss des Gesellschaftsvertrages ist bei der Personengesellschaft an keine Form gebunden. Die Anmeldung zum Handelsregister umfasst bei OHG und KG nur Angaben über die Gesellschafter, die Firma und den Sitz sowie die inländische Geschäftsanschrift der Gesellschaft, die Vertretungsmacht der Gesellschafter sowie über die Höhe der Haftsumme der Kommanditen (§ 106 Abs. 1, 2, 4, § 162 Abs. 1 HGB). Im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften werden bei OHG und KG weder der Gesellschaftsvertrag noch der Unternehmensgegenstand in das Handelsregister eingetragen. Die Eintragung eines Unternehmensvertrages der KG kann folglich nicht – wie bei der GmbH – daraus hergeleitet werden, dass das Gesellschaftsstatut unternehmensvertraglich überlagert wird (vgl. Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl., Rn. 1596).

Zur gegenteiligen Auffassung in der Literatur

4. Allgemeine Erwägungen zur Bedeutung eines Ergebnisabführungsvertrages für die Gesellschaft und auch für Dritte genügen nicht, um die Eintragungsfähigkeit in das Handelsregister zu bejahen. In das Handelsregister wird nicht alles eingetragen, was für den Rechts- und Handelsverkehr bedeutsam ist (MünchKommHGB/Krafka, § 8 Rn. 27). In der Literatur wird zwar überwiegend im Hinblick auf die Bedeutung der Unternehmensverträge für die Struktur der Personengesellschaft und die Interessen außenstehender Dritter die Eintragung (mit deklaratorischem Charakter) gefordert (vgl. Ebenroth/Lange, HGB, 2. Aufl., § 105 Anh. Rn. 48; Koller/Roth/Morck, 6. Aufl., § 109 HGB Rn. 4 a. E.; Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl., § 105 Anh. Rn. 61; Baumbach/Hopt, 34. Aufl., § 105 HGB Rn. 105; Liebscher, GmbH-Konzernrecht, Rn. 1149; Kleindiek, Strukturvielfalt im Personengesellschaftskonzern S. 243). Damit wird hinsichtlich der Handelsregisterpublizität eine weitgehende Gleichbehandlung von Konzernierungsmaßnahmen unabhängig von der Rechtsform der beteiligten Gesellschaften angestrebt. Das erscheint nicht überzeugend, weil den unterschiedlichen gesetzlichen Vorgaben für Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften hinsichtlich der im Handelsregister einzutragenden Tatsachen nicht ausreichend Rechnung getragen wird.

Auch die Kernbereichslehre erfordert keine Eintragung des Ergebnisabführungsvertrages

Für die Frage der Eintragungsfähigkeit eines Ergebnisabführungsvertrages im Handelsregister lässt sich entgegen der Auffassung der Beschwerde auch daraus nichts herleiten, dass durch einen solchen Vertrag die im Personengesellschaftsrecht geltenden Grundsätze eingeschränkt werden können, wonach der Kernbereich der Gesellschafterrechte nur von Gesellschaftern und nicht von außenstehenden Dritten wahrgenommen werden kann und der Gewinn den Gesellschaftern und nicht Dritten zusteht. Dieser Gesichtspunkt mag im Einzelfall die Zulässigkeit eines solchen Vertrages in Frage stellen (vgl. dazu OLG Düsseldorf AG 2004, 324, 326 m. w. N.), kommt hier aber nicht zum Tragen, weil das herrschende Unternehmen selbst Gesellschafter ist.

9. Notar-/Berufsrecht – Zum rechtlichen Interesse nach § 12 GBO

(OLG Celle, Urteil vom 3. 3. 2011 – Not 26/10)

BNotO § 14

GBO §§ 12; 133

Ein Notar darf im Wege des automatisierten Abrufverfahrens das Grundbuch im Auftrag eines Maklers nicht einsehen, ohne sich eines dahinter stehenden rechtlichen Interesses eines Berechtigten zu versichern. Dies auch dann nicht, wenn der Makler ihm zuvor zugesagt hat, solche Anfragen nur bei Vorliegen eines konkreten (Makler-)Auftrags zu stellen, wenn der Grundbuchauszug der Vorbereitung einer in „absehbarer Zeit“ anstehenden Beurkundung dienen soll.

Zur Einordnung:

Die Entscheidung betrifft eine sich in der notariellen Praxis täglich stellende Frage: Unter welchen Voraussetzungen darf der Notar im Wege des automatisierten Abrufverfahrens das Grundbuch einsehen? Nach § 12 Abs. 1 S. 1 GBO ist die Einsicht des Grundbuchs jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt. Das gilt auch für das automatisierte Abrufverfahren. Die Einrichtung eines automatisierten Abrufverfahrens im Grundbuchverkehr ist nach § 133 Abs. 1 GBO zulässig, sofern sichergestellt ist, dass der Abruf von Daten sich im Rahmen der §§ 12 und 12 a GBO hält und die Zulässigkeit der Abrufe auf der Grundlage einer Protokollierung kontrolliert werden kann. Notare sind zwar von der Darlegung des berechtigten Interesses befreit (§ 43 Abs. 2 GBV). Jedoch muss ein solches berechtigtes Interesse in der Person des Ast. bestehen (OLG Celle DNotZ 2011, 203, 204; vgl. Schöner/Stöber, 14. Aufl. 2008, Rn. 528; Demharter, Grundbuchordnung, 27. Aufl. 2010, § 12 Rn. 15). Wendet sich ein Bet. mit der Bitte um Grundbucheinsicht an den Notar, so hat der Notar das rechtliche Interesse in jedem Einzelfall zu prüfen. Daran fehlte es hier. Der Notar hatte zwar mit dem Maklerunternehmen, das die Grundbuchabrufe in Auftrag gegeben hatte, verabredet, ein Abruf könne nur erfolgen, wenn dem Notar ein entsprechender Maklerauftrag vorliege und der Grundbuchauszug zur Vorbereitung einer bevorstehenden Beurkundung benötigt werde. Bei den einzelnen Abfragen hatte der Notar sich jedoch nicht vergewissert, ob die Einsichtnahme mit den Eigentümern abgesprochen war oder ob bei Abruf ein in seinem Notariat zu beurkundendes Rechtsgeschäft in Aussicht genommen worden war.

Zu der Frage, ob für den Eigentümer ohne separaten Beurkundungs- oder Beglaubigungsauftrag durch den Notar elektronisch Einsicht genommen werden kann, hat das OLG Celle (DNotZ 2011, 203 dazu Völzmann, DNotZ 2011, 164) Stellung genommen. Danach stellt es keine Amtspflichtverletzung dar, wenn der Notar im Wege des automatisierten Grundbuchabrufverfahrens für einen Klienten Einsicht in das Grundbuch eines Grundstücks nimmt, dessen Eigentümer der Klient zu einem Anteil von $\frac{3}{4}$ ist, ohne dass dem Notar ein Beurkundungs-, Beglaubigungs-

oder Beratungsauftrag erteilt worden ist. Ob eine isolierte Grundbucheinsicht generell zulässig ist, hat das OLG Celle hingegen offen gelassen.

Die Schriftleitung (LB/AR)

Zum Sachverhalt:

I. Der am . . . 1954 geborene und mit Erlass vom . . . 1994 zum Notar bestellte Kl. wendet sich mit der Klage gegen die ihm mit Disziplinarverfügung des Bekl. auferlegte Geldbuße in Höhe von 1 000,- €.

Der Kl. nimmt am automatischen Abrufverfahren für elektronisch geführte Grundbücher teil, wodurch er Zugriff auf Grundbuchauszüge hat, ohne dass das GBA die Rechtmäßigkeit der Abrufe im Einzelfall prüft (§ 133 Abs. 1 und 2 GBO, § 83 Abs. 1 GBV). Anlässlich der turnusgemäßen Prüfung der Amtsgeschäfte des Kl. am 26. 11. 2008 stellte die richterliche Prüferin bei Durchsicht der Akte „Grundbuchauszüge O.“, in der die Kostenrechnungen für die Benutzung des automatischen Grundbuchabrufverfahrens gesammelt werden, fest, dass zum Aktenzeichen . . ./06 10 Abrufe zu verschiedenen Grundstücken vermerkt und abgerechnet worden waren. Unter dem genannten Aktenzeichen wurde seit 2006 die Akte „G.-Grundbücher“ geführt. Bei der G. GmbH handelt es sich um ein Maklerunternehmen, mit dem der Kl. zusammenarbeitet. Der G. GmbH wurden auf Nachfrage Grundbuchauszüge durch das Notariat des Kl. zugeleitet. Dementsprechend fanden sich in der Akte u. a. Rechnungen des Kl. an die G. GmbH über verauslagte Kosten für im Einzelnen bezeichnete Grundbuchauszüge. Ferner enthielt sie zwei E-Mail-Ausdrucke vom 11. 9. 2008, in dem es um die Übersendung von zwei Grundbuchauszügen („W.“ und „B.“) an die G. GmbH ging, und vom 29. 10. 2008, mit dem sich ein Mitarbeiter des Maklerbüros an die Büroangestellte des Kl., M. P., mit der Bitte wandte, drei Grundbuchauszüge betreffend die Grundstücke U., Be. (H.-D. P.), U., M. (E. Gi.) und Ge., Ba., (Erben Me.) zu besorgen.

Auf Aufforderung des Bekl., das berechtigte Interesse an verschiedenen (näher bezeichneten) in der Aufstellung der Grundbuchauszüge vermerkten Grundbucheinsichten und die Initiative dazu zu erläutern (Bl. 3 Sammelakten Bd. 1, . . . , im Folgenden nur . . . SH 1), überreichte der Kl. eine Aufstellung aller gefertigten Grundbuchauszüge betreffend die Monate Oktober und November 2008 (Bl. 7 bis 10 . . . SH 1). Hieraus ergab sich, dass der Kl. im Einzelnen bezeichnete Grundbuchblätter der Grundbücher von U., T., Dr., Bar. und We. in dem genannten Zeitraum im Auftrag des Maklerunternehmens eingesehen hatte. Dort heißt es zu den Grundbüchern U. Bl. . . 5 und . . 6 – jeweils eingesehen am 7. 10. 2008 – in Sachen „L. (Di.) – Ta.“ unter der Rubrik „Aktenzeichen Notar“: „. . ./06 D. jetzt . . ./08“ und in der Rubrik „Gegenstand, Begründung“: „von Makler in Vorbereitung für Kaufvertrag UR-Nr. . .2/08 und Grundschild UR-Nr. . .3/08“. Hinsichtlich der unter den ebenfalls unter dem oben genannten Aktenzeichen . . ./06 („D.“) aufgelisteten Grundbuchblatteinsichten der Grundbücher von T. (Bl. . . 2, am 20. 10. 2008 in Sachen „Sch.“), Dr. (Bl. . . 7, am 20. 10. 2008 in Sachen „C.“) und Bar. (Bl. . . 2, am 29. 10. 2008 in Sachen „Me.“) ist in der Spalte „Gegenstand, Begründung“ jeweils aufgenommen: „von Makler, hier ist bislang noch kein Kaufvertrag zustande gekommen, soll unseres Wissens aber noch kommen“. Zu der am 6. 11. 2008 erfolgten Grundbucheinsicht in das Grundbuch von We. (Bl. . . 8, in Sachen Drö.) findet sich an gleicher Stelle die Erläuterung: „der Vertrag wurde nicht bei uns beurkundet. Bei Anforderung des Grundbuchauszuges hieß es aber noch, dass der Kaufvertrag hier beurkundet werden soll. Die Käufer haben sich jedoch anders entschieden“. Der Kl. gab hierzu im Folgenden an, zu den ersten beiden Grundbucheinsichten habe er sich miss-

verständlich ausgedrückt. Für die weiteren Abfragen überreichte er Verkaufsaufträge des Maklers. Mit einer weiteren Stellungnahme vom 24. 7. 2009 erklärte der Kl., mit dem G. eine Absprache dahin getroffen zu haben, dass er Grundbuchauszüge über das Notariat anfordern dürfe, wenn ihm ein entsprechender Maklerauftrag vorliege und der Grundbuchauszug der Vorbereitung einer in absehbarer Zeit anstehenden Beurkundung, die im Notariat vorgenommen werden solle, benötigt werde. Inzwischen sei die Absprache dahin konkretisiert worden, dass der Makler eine schriftliche Vollmacht seines Kunden vorzulegen habe. Hinsichtlich des Vorgangs „Me.“ (Ge., Ba.) sei es mittlerweile zu einer Beurkundung gekommen.

Ferner beurkundete der Kl. zu seiner UR-Nr. ...8/08 einen Grundstückskaufvertrag, bei dem Frau B. Wi. als vollmachtsloser Vertreterin ihres Ehemanns, Rechtsanwalt R. Wi., der mit dem Kl. zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden ist, auf Verkäuferseite auftrat.

Im Jahr 2005 wickelte der Kl. weiterhin zwei Verwahrungsgeschäfte ab. In den zugrunde liegenden Grundstückskaufverträgen fand sich jeweils der Hinweis, es entspreche dem Wunsch der Parteien, die Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto abzuwickeln. Im Fall der Masse 1/2005 fehlte auf den nachträglich erteilten Treuhandaufträgen der N. vom 28. 11. 2005, der P-Bank vom 18. 11. 2005 und der V-Bank vom 1. 12. 2005 ein mit Datum und Unterschrift versehener Vermerk über die Annahme der Verwahrungsanweisung. Bei der Masse 2/2005 wurde der Kaufpreis von dem Käufer am 6. 12. 2005 auf das Notaranderkonto ein- und am 9. 1. 2006 von dort an den Verkäufer ausgezahlt, ohne dass Dritte an dem Geschäft beteiligt waren.

Zu den von der Bekl. mit Verfügung vom 21. 12. 2009 eingeleiteten disziplinarrechtlichen Vorermittlungen (Bl. 24 ff. ... SH 1), zugestellt 4. 1. 2010 (Bl. 40 ... SH 1), hat der Kl. mit Schriftsatz vom 7. 1. 2010 (Bl. 42 ... SH 1) Stellung genommen und die tatsächlichen Feststellungen als zutreffend eingeräumt. (...) Mit Disziplinarverfügung vom 9. 3. 2010 hat der Bekl. auf der Grundlage des vorstehend bezeichneten Sachverhalts einen Verstoß gegen die o.a. Amtspflichten festgestellt und gegen den Kl. gem. § 98, § 97 Abs. 1 BNotO eine Geldbuße in Höhe von 1.000,- € verhängt (Bl. 66 ff. ... SH 1).

Gegen die ihm am 12. 3. 2010 zugestellte Disziplinarverfügung (Bl. 77 ... SH 1) hat der Kl. mit Schriftsatz vom 12. 4. 2010 – eingegangenen am selben Tag (Bl. 81 ... SH 1) – Widerspruch eingelegt und diesen mit Schriftsatz vom 5. 5. 2010 (eingegangen am 12. 5. 2010, Bl. 84 ... SH 1, Original Bl. 94 ff. ... SH 1) begründet. (...)

Die Bekl. hat dem Widerspruch mit Verfügung vom 30. 6. 2010 nicht abgeholfen (Bl. 109 ... SH 1) und die Akten dem Präsidenten des OLG Celle zur Entscheidung vorgelegt, der den Widerspruch mit Bescheid vom 29. 9. 2010 (Abschrift Bl. 113 ff. ... SH 1) zurückgewiesen hat. Der Kl. habe nicht nur im Einzelfall, sondern planmäßig auf Anfrage eines Maklerbüros das Grundbuch im automatisierten Verfahren eingesehen, wobei er weder geprüft habe, ob eine konkrete Beurkundungsabsicht bestanden habe, noch ein berechtigtes Interesse festgestellt habe. Damit habe er in grober Weise sein Recht zur Teilnahme an der automatisierten Grundbucheinsicht missbraucht. Ein Notar dürfe nicht aufgrund einer engen Geschäftsbeziehung zu einem Maklerbüro gleichsam als „Grundbuchservice“ auf Zuruf des Maklers ohne eigene Prüfung tätig werden. Was den Verstoß gegen § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG anbelange, sei ein Ausnahmefall nicht erkennbar. Der Kl. könne sich mit Blick auf den Verstoß gegen § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG auch nicht darauf berufen, in H. würde dies anders gehandhabt.

Gegen den ihm am 5. 10. 2010 (vgl. Bl. 121 ... SH 1) zugestellten Widerspruchsbescheid hat der Kl. am 5. 11. 2010 – eingegangen am selben Tag – Klage erhoben (Bl. 1 ff., 5 ff. GA). (...)

Aus den Gründen:

Die auf Aufhebung, hilfsweise auf Abänderung der Disziplinarverfügung vom 9. 3. 2010 gerichtete – als Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 VwGO zulässige und insbesondere fristgerecht eingelegte – Klage ist unbegründet.

Zu Recht hat die Bekl. fahrlässige Verstöße des Kl. gegen seine Dienstpflichten gem. § 14 Abs. 1 und 3 BNotO in 6 Fällen, einen grob fahrlässigen Verstoß gegen § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG sowie einen fahrlässigen Verstoß gegen § 54 a Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 5 BeurkG in je einem Fall angenommen.

1. Gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 BNotO hat der Notar sein Amt getreu seinem Eide zu verwalten. Ferner hat er gemäß Abs. 3 S. 2 der Vorschrift jedes Verhalten zu vermeiden, das den Anschein eines Verstoßes gegen ihm gesetzlich auferlegte Pflichten erzeugt.

Das automatisierte Grundbuch-Abrufverfahren hat der Notar vorliegend zugunsten des Maklerunternehmens G. GmbH genutzt, ohne dass die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben waren. Zumindest hat er sich nicht die Mühe gemacht zu klären, ob ein berechtigtes Interesse an der Einsichtnahme gegeben war, und so den Anschein erweckt, er nehme die gesetzlichen Vorgaben nicht ernst.

Der Notar ist nicht berechtigt, das Grundbuch allein auf Nachfrage eines Maklerunternehmens einzusehen, ohne selbst die für eine Einsichtnahme erforderlichen Voraussetzungen zu prüfen

Insbesondere hat der Kl. in allen sechs in Rede stehenden Fällen, das Grundbuch allein auf Nachfrage der Mitarbeiter des Maklerunternehmens eingesehen, ohne selbst die für eine Einsichtnahme in das Grundbuch erforderlichen Voraussetzungen zu prüfen. Er konnte daher allenfalls annehmen, dass die G. GmbH mit der Vermittlung und Abwicklung von Grundstücksgeschäften beauftragt worden war, wobei er nicht einmal sicher sein konnte, ob die beantragten Einsichtnahmen in die Grundbücher mit den Eigentümern abgesprochen waren. Eines konkret in Aussicht genommenen in seinem Notariat zu beurkundenden Urkundsgeschäfts hat er sich dabei – wie er eingeräumt hat – nicht vergewissert. Insoweit hat er amtspflichtwidrig von seiner uneingeschränkten Möglichkeit, die Grundbücher einzusehen, Gebrauch gemacht. Denn er hat bei einer solchen Konstellation nicht zuverlässig ausschließen können, dass ein berechtigtes Interesse nach § 12 Abs. 1 S. 1 GBO tatsächlich nicht bestand, wenngleich er darauf vertraut haben mag, die Mitarbeiter des mit ihm zusammen arbeitenden Maklerunternehmens würden sich korrekt verhalten und ihn nur dann um Grundbucheinsicht ersuchen, wenn ein konkretes Urkundsgeschäft bevorstand oder ein sonstiges rechtliches Interesse gegeben war.

Bei der Inanspruchnahme des automatisierten Grundbuchverfahrens braucht ein berechtigtes In-

Interesse für die Einsichtnahme zwar nicht dargelegt werden, es muss jedoch vorhanden sein

Gemäß § 133 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GBO ist die Einrichtung eines automatisierten Verfahrens zulässig, sofern sicher gestellt ist, dass der Abruf von Daten die nach den oder aufgrund der §§ 12 und 12 a GBO zulässige Einsicht nicht überschreitet. Gemäß § 133 Abs. 2 S. 2 GBO darf die Genehmigung u. a. an Notare erteilt werden. Unter diesen Voraussetzungen ist das uneingeschränkte automatisierte Abrufverfahren nur dann geeignet, wenn ein berechtigtes Interesse für die Einsichtnahme in das Grundbuch nicht dargelegt zu werden braucht (Demharter, 27. Aufl., § 133 GBO Rn. 4). Auch wenn bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 43 GBV eine von Seiten des GBA vorzunehmende Prüfung des berechtigten Interesses entfällt, muss dieses aber gleichwohl vorhanden sein (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 527; Demharter, a.a.O., Rn. 15). Gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 GBO ist die Einsicht des Grundbuchs jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt. Ein solches Interesse hat insbesondere jeder, dem ein Recht am Grundstück oder an einem Grundstücksrecht zusteht, mag er als Berechtigter eingetragen sein oder nicht (Demharter, a.a.O., Rn. 8). Aber auch ein tatsächliches, vor allem wirtschaftliches Interesse kann genügen (Demharter, a.a.O., Rn. 9). Die Einsicht ist demgegenüber zu verweigern, wenn sie lediglich aus Neugier oder zu unbefugten Zwecken erfolgen soll. Auch dem Immobilienmakler wird ein allgemeines Recht auf Grundbucheinsicht zu versagen sein (Demharter, a.a.O., Rn. 12). Er darf nur mit Vollmacht des Eigentümers Einsicht in das Grundbuch nehmen (Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 525). Kein Recht auf Grundbucheinsicht hat ein möglicher Kaufinteressent, der dadurch etwa den Namen des Grundstückseigentümers erfahren will. Er hat ein berechtigtes Interesse an der Einsicht grundsätzlich erst nach Eintritt in Kaufverhandlungen mit dem Eigentümer (BayObLG Rpfleger 1984, 351; Demharter, a.a.O.).

Der Notar muss das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses in jedem Einzelfall gesondert prüfen

Zwar mag das Maklerunternehmen – vorgelegt sind allerdings nur Verkaufsaufträge in Sachen Erbengemeinschaft Me., Grundbuch von Bar., und C. Sch., Grundbuch von T. (vgl. Bl. 12 bis 14 . . . SH 1) – von den jeweiligen Grundstückseigentümern mit dem Verkauf der Grundstücke beauftragt worden seien. Nähere Einzelheiten zu dem Hintergrund der jeweils erbetenen Grundbucheinsicht sind dem Kl. jedoch in keinem der sechs von dem Bekl. aufgeführten Fälle mitgeteilt worden. Insbesondere konnte der Kl. nicht ausschließen, dass von Seiten des Maklerunternehmens bereits mit Kaufinteressenten Kontakt aufgenommen worden war und die Grundbucheinsicht allein in deren Interesse erfolgen sollte, ohne dass bereits Verhandlungen mit dem Verkäufer aufgenommen worden waren. Ebenso war denkbar, dass allein der Makler ein Interesse an die Grundbucheinsicht hatte, um auf diese Weise die Kaufvertragsverhandlungen mit den potentiellen Bewerbern besser führen zu können. Die in Rede stehenden Grundbucheinsichten sind daher nicht mit der Situation vergleichbar, in der sich der Eigentümer eines Grundstücks unmittelbar oder über einen Dritten an einen No-

tar wendet, um über diesen Einsicht in das Grundbuch nehmen zu können.

Das Verfahren nach § 43 Abs. 2 GBV findet seine Rechtfertigung allein in der Prämisse, dass der Notar das Grundbuch in einer konkreten Angelegenheit einsieht, in deren Rahmen er bereits ein Bedürfnis zur Grundbucheinsicht festgestellt hat

Der Kl. hat anlässlich der ihm jeweils angetragenen Gesuche der G. GmbH – wie er eingeräumt hat – nicht nachgeforscht, aus welchem Anlass Grundbucheinsicht begehrt wurde, sondern hat – unkritisch – das erleichterte Verfahren gem. § 43 Abs. 2 GBV ausgenutzt, um Abschriften zu verlangen zu können, ohne ein berechtigtes Interesse darlegen zu müssen. Zutreffend hat die Bekl. darauf hingewiesen, dass diese Vorschrift ihre Rechtfertigung allein in der Prämisse findet, dass der Notar das Grundbuch in einer konkreten Angelegenheit einsieht, in deren Rahmen er bereits ein Bedürfnis zur Grundbucheinsicht festgestellt hat. Dies war vorliegend aber – wie ausgeführt – in keinem der genannten Fälle so. Der Tabelle, in der die Grundbucheinsichten vermerkt worden sind, ist – soweit es die hier im Raum stehenden Monate Oktober und November 2008 betrifft – vielmehr zu entnehmen, dass das Maklerbüro zwar möglicherweise nachfolgende Beurkundungsansuchen angekündigt hat, die sich aber – bis auf die Fälle der Einsichtnahme in das Grundbuch von U. Bl. . . . 5 und . . . 6 – aber überwiegend nicht verwirklicht haben. Auch soweit es in Sachen L. (Di.)/Ta. – betreffend das Grundbuch von U. Bl. . . . 5 und . . . 6 – nachfolgend zu Beurkundungen (eines Kaufvertrages zur UR-Nr. . . . 2/08 und einer Grundschild zu UR-Nr. . . . 3/08) gekommen ist, ist nichts dafür ersichtlich, dass sich dies im Zeitpunkt der Einsichtnahme in das Grundbuch – für den Kl. erkennbar – bereits konkret abgezeichnet hat. Vollmachten hat sich der Kl. zumindest damals noch nicht vorlegen lassen. Nichts anderes gilt für den Vorgang „Erbengemeinschaft Me.“ (Grundbuch von Bar.), der auch nach Angaben des Kl. erst nachträglich zur Beurkundung gelangt ist. Dass dem Kl. in dieser Angelegenheit ebenso wenig wie in den anderen Fällen ein berechtigtes Interesse an der Grundbucheinsicht dargelegt worden ist, zeigt sich schon aus dem zur Akte . . . /06 genommenen E-Mail-Schreiben eines Mitarbeiters des Maklerbüros an die Notariatsangestellte P. vom 29. 10. 2008, mit dem dieser dringend drei Grundbuchauszüge – u. a. bezüglich der Erben Me. – angefordert hat, ohne dieses Ersuchen näher zu begründen. Unstreitig hat Frau P. auf Nachfrage durch die Notarprüferin zudem erklärt, es sei üblich dem Makler auf Anfrage Grundbuchauszüge zuzuleiten. Einen konkreten Vorgang hat der Kl. zu den Grundbuchabrufen zum Aktenzeichen . . . /06 zumindest im Zeitpunkt der Notarprüfung auch nicht vorgelegt.

Zumindest im Zeitpunkt der Grundbucheinsicht muss ein rechtliches Interesse der potentiellen Urkundsbeteiligten vorgetragen werden, das der Notar nachprüfen muss

Soweit sich der Kl. – etwa mit Schriftsatz vom 24. 7. 2009 – dahin eingelassen hat, er habe Grundbuchauszüge angefordert, wenn ein entsprechender Maklerauftrag vorgelegen habe und der Grundbuchauszug zur Vorbereitung einer in „absehbarer Zeit“ an-

stehenden Beurkundung benötigt worden sei, zeigt der Umstand, dass er nicht einmal für alle hier in Rede stehenden Fälle Makleraufträge hat einreichen können und es gerade nicht in allen Angelegenheiten zu einer Beurkundung gekommen ist, dass dies so nicht richtig sein kann. Genügend wäre dies aus vorstehenden Gründen überdies nicht. Zumindest im Zeitpunkt der jeweils erfolgten Grundbucheinsichten hat daher in keinem Fall ein rechtliches Interesse der (potentiellen) Urkundsbet. vorgelegen bzw. ist dem Kl., der ein solches hätte nachprüfen müssen, nicht dargelegt worden.

Mithin hat der Kl., der mit Einlassung vom 7. 1. 2010 die den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen eingeräumt hat, es in den in der Disziplinarverfügung genannten sechs Fällen (Abfragen vom 7. 10. 2008 betreffend das Grundbuch von U. Bl. . . . 5 und Bl. . . . 6, vom 20. 10. 2008 betreffend das Grundbuch von T. Bl. . . . 2 und das Grundbuch von Dr. Bl. . . . 7, vom 29. 10. 2008 betreffend das Grundbuch von Bar. Bl. . . . 2 und vom 6. 11. 2008 betreffen das Grundbuch von We.. Bl. . . . 8) versäumt, vor Einsichtnahme in die Grundbücher das Vorliegen eines rechtlichen Interesses in der gebotenen Weise festzustellen, und damit gegen gesetzliche Pflichten verstoßen.

Darauf, ob es eine allgemeine Absprache zwischen dem Kl. und dem Maklerunternehmen gegeben hat, nach Belieben Grundbuchauszüge anzufordern, die der Kl. in Abrede stellt, kommt es hingegen nicht an.

Ein Mitwirkungsverbot gem. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG liegt auch vor, wenn der von seiner Ehefrau vollmachtlos vertretene Sozios des beurkundenden Notars Generalbevollmächtigter des Verkäufers ist

2. Des Weiteren hat der Kl., indem er zu seiner UR-Nr. . . . 8/08 einen Kaufvertrag beurkundet hat, bei dem auf Seiten der Verkäuferin, I. Tö., aufgrund einer ihm erteilten Generalvollmacht der Sozios des Kl., Rechtsanwalt Wi. – im konkreten Fall vollmachtlos vertreten durch seine Ehefrau, B. Wi. – beteiligt war, gegen das Mitwirkungsverbot gem. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG verstoßen. Hiernach soll der Notar an einer Beurkundung nicht mitwirken, wenn es sich um eine Angelegenheit einer Person handelt, mit der der Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden ist oder mit der er gemeinsame Geschäftsräume hat. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass der Notar gem. § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO nicht Vertreter einer Partei, sondern unparteiischer Betreuer der Bet. ist.

Das von dem Kl. beurkundete Geschäft war vorliegend schon deshalb Angelegenheit seines Sozios, Rechtsanwalt Wi., weil dieser Generalbevollmächtigter der Verkäuferin, Frau Tö., war, wobei es keine Rolle spielt, dass er sich insoweit im Beurkundungstermin durch seine Ehefrau (vollmachtlos) hat vertreten lassen. Dem steht nicht entgegen, dass ein Mitwirkungsverbot bei Verwandten des Sozios nicht besteht. Denn die Ehefrau von Rechtsanwalt Wi. ist lediglich an seiner Stelle aufgetreten. Die Sache blieb gleichwohl Angelegenheit des Rechtsanwalts Wi., der die Interessen der Verkäuferin zu vertreten hatte und sich ihr gegenüber ggf. schadensersatzpflichtig machen konnte (§ 662, § 280 Abs. 1 BGB). Ob der Sozios hingegen selbst Partei des beurkundeten

Vertrages war und daher auch ein (unmittelbares) wirtschaftliches Interesse am Erfolg hatte oder ob er lediglich deren Vertreter war, ist hingegen irrelevant. Die mögliche – durch die Vorschrift zu vermeidende – Interessenkollision bleibt die gleiche, insbesondere ist der Bevollmächtigte nicht nur formell, sondern auch materiell beteiligt (vgl. zum Auftreten des Sozios als vollmachtloser Vertreter Senatsbeschluss vom 12. 9. 2003, Not 24/03, Nds. Rpfl. 2004, 16 f.).

Eine Ausnahme kommt lediglich für Fälle in Betracht, in denen es lediglich um die Ausübung von Vollzugs-, Durchführungs- oder Abwicklungsvollmachten geht

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Beschluss des 2. Senats für Notarsachen des OLG Frankfurt vom 29. 10. 2008 (2 Not 5/08, zitiert nach Juris). Dort ging es um die Beurkundung unter Beteiligung eines mit dem (dortigen) Notar in einer Sozietät verbundenen Rechtsanwalts als vollmachtlosem Vertreter. Das OLG Frankfurt hat in jenem Fall einen Verstoß gegen die Vorschrift des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG bejaht. In der Entscheidung ist lediglich beiläufig davon die Rede, das grundlegende Verbot finde in eng begrenztem Umfang nur für die Fälle eine Ausnahme, in denen es lediglich um die Ausübung sogenannter Vollzugs-, Durchführungs- oder Abwicklungsvollmachten gehe (so im Übrigen auch schon Senatsbeschluss vom 4. 10. 2005, Not 10/05, Nds. Rpfl. 2006, 15 ff.), die das OLG Frankfurt seinerseits indes nicht bejaht hat (a.a.O., Rn. 5). Für das Vorliegen einer solchen Vollmacht gibt es vorliegend gerade keine Anhaltspunkte. Vielmehr handelt es sich um ein Austausch- und kein Vollzugsgeschäft, dem, worauf der Präsident des OLG Celle zu Recht hingewiesen hat, notwendig gegenläufige Interessen innewohnen. Dementsprechend treffen auch die von dem OLG Frankfurt seinerseits in Bezug genommenen Gründe des Beschlusses des Senats für Notarsachen des OLG Köln vom 20. 4. 2004 (2 X (Not) 17/03, NJW 2005, 2092 ff.), der sich ebenfalls mit Vollzugs-, Durchführungs- oder Abwicklungsvollmachten bzw. der Beurkundung von Hauptversammlungen befasst, auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt nicht zu.

Für eine einschränkende Auslegung der Vorschrift des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG gibt es vorliegend keinen Anlass. Sinn und Zweck der Regelung ist es zu verhindern, dass der Eindruck entsteht, der mit dem Notar in einer Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft verbundene Bet. könne sich durch Einflussnahme innerhalb des Bürobetriebes offen oder verdeckt Vorteile gegenüber anderen Bet. verschaffen (OLG Köln, a.a.O., Juris Rn. 18; Arndt/Lerch/Sandkühler, 6. Aufl., § 16 Rn. 53). Hierdurch soll nicht nur die Gefährdung des Vertrauens in die Unparteilichkeit des Notars von vornherein ausgeschlossen, sondern auch ein entsprechender Anschein vermieden werden (BT-Drucks. 13/4184, 36). Das OLG Köln – und nichts anderes lässt sich dem Beschluss des OLG Frankfurt entnehmen – hat eine einschränkende Auslegung der Vorschrift daher nur dann in Erwägung gezogen, wenn ein solcher Anschein aus Sicht eines objektiven, mit den konkreten Gegebenheiten vertrauten Beobachters ausscheidet. Dies ist in dem Fall, in dem der Sozios (oder ein Untervertreter)

einseitig für die Interessen einer Vertragspartei handelt, allerdings nicht anzunehmen.

3. Ferner hat der Kl. gegen § 54 a Abs. 2 Nr. 1 sowie Abs. 5 BeurkG verstoßen.

Das Sicherungsinteresse im Rahmen von § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG ist nach objektiven Kriterien zu bestimmen, der bloße Wunsch der Beteiligten nach einer Verwahrung genügt nicht

a) Gemäß § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG darf der Notar Geld zur Verwahrung nur entgegennehmen, wenn hierfür ein berechtigtes Sicherungsinteresse der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen besteht. Unstreitig hat es ein solches objektives Interesse anlässlich der Beurkundung des Vertrages, dem die Masse 2/2005 zugrunde lag, nicht gegeben. Das Sicherungsinteresse ist nach objektiven Kriterien zu bestimmen, der bloße (auch einvernehmliche) Wunsch der Bet. nach einer Verwahrung genügt nicht (Winkler, 16. Aufl., § 54 a BeurkG Rn. 10). Ein Sicherungsinteresse fehlt, wenn das Geschäft ebenso gut ohne Einschaltung eines Notars abgewickelt werden könnte (BT-Drucks. 13/4184, 37). Ein berechtigtes Sicherungsinteresse ist namentlich zur Verringerung des Vorleistungsrisikos – etwa bei vorzeitiger Besitzübergabe oder vor Eintragung der Vormerkung oder Finanzierungsgrundschuld – oder zur Sicherung von Grundpfandgläubigern anzunehmen (Winkler, a.a.O., Rn. 16 ff.). Nichts von alledem war vorliegend gegeben. Vielmehr ist das Geschäft ohne Einschaltung Dritter innerhalb eines Monats vollzogen worden. Darauf, dass die Bet. übereinstimmend eine notarielle Verwahrung wünschten und über die Kosten aufgeklärt waren, kommt es nicht an.

Der Begriff des „berechtigten Sicherungsinteresses“ stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, bei dessen Auslegung dem Notar ein von der Dienstaufsicht nur beschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zukommt

Auch der Umstand, dass die Prüfung der Amtsgeschäfte des Kl. nur in einem einzigen Fall (und ggf. einem weiteren, der aber nicht Gegenstand der Disziplinarverfügung ist) einen Verstoß gegen § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG ergeben hat, steht einer disziplinarrechtlichen Ahndung nicht entgegen. Zwar ist zutreffend, dass der Gesetzgeber mit der inhaltlichen Neuregelung des § 54 a BeurkG verhindern wollte, dass die Notare „formularmäßig“ solche Verwahrungsgeschäfte vorsehen (BT-Drucks. 13/4184, 37 f.; Winkler, a.a.O., Rn. 8). Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Begriff des berechtigten Sicherungsinteresses um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, bei dessen Auslegung dem Notar ein von der Dienstaufsicht nur beschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zukommt (Sandkühler, a.a.O., § 23 Rn. 41; Rundschreiben der Bundesnotarkammer 31/2000 vom 4. 9. 2000). Dies ändert aber nichts daran, dass die Durchführung eines Verwahrungsgeschäfts ohne berechtigtes Interesse amtspflichtwidrig ist (vgl. Armbrüster/Preuß/Renner, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 5. Aufl., § 54 a Rn. 5; Arndt/Lerch/Sandkühler, § 23 Rn. 54; Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO und Beurkundungsgesetz,

2. Aufl., § 54 a BeurkG Rn. 23). Soweit vertreten wird, dass sich die dienstaufsichtsrechtliche Prüfung auf die formularmäßige Abwicklung von Verwahrungsgeschäften über ein Notaranderkonto zu beschränken hat und nicht jeder einzelne Verstoß geahndet werden darf, weil auch dann, wenn ein Regelfall für eine Abwicklung ohne Notaranderkonto vorliege, nicht ohne Weiteres unterstellt werden könne, der Notar habe die gebotene Prüfung des berechtigten Sicherungsinteresses nicht vorgenommen (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. 10. 2008, 2 Not 5/08, Rn. 13; Zimmermann, DNotZ 2000, 164, 167 f.), ändert dies jedenfalls mit Blick auf den hier im Raum stehenden Verstoß nichts an der Befugnis der Dienstaufsicht, dagegen vorzugehen. Dass bereits ein einzelner Verstoß gegen § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG und nicht erst eine in einem Notariat festzustellende Systematik eine von der Dienstaufsicht zu verfolgende Dienstpflichtverletzung darstellt, ergibt sich schon daraus, dass die Vorschrift des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG, die der Durchsetzung der vom Gesetzgeber präferierten Direktzahlungsmethode dient, zugleich die Risiken minimiert, die die notarielle Verwahrungstätigkeit mit sich bringt (vgl. Bambring, DNotZ 1999, 381, 385). Die Möglichkeit von Auszahlungsfehlern sind vielfältig und Verwahrungsgeschäfte in hohem Maße schadensträchtig (Arndt/Lerch/Sandkühler, a.a.O., Rn. 43). Steht – wie hier – fest, dass der Notar das Verwahrungsgeschäft allein deswegen durchgeführt hat, weil die Bet. es wollten und Dritte in das Geschäft nicht involviert waren, ist ein dem Notar zuzubilligender Beurteilungsspielraum nicht erkennbar, sondern ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG eindeutig. In einem solchen Fall ist mit Hertel (in: Eylmann/Vaasen, a.a.O., Rn. 23 Fn. 49) davon auszugehen, dass die Dienstaufsicht auch unter Berücksichtigung der gem. § 1 BNotO zu schützenden Unabhängigkeit der Amtsführung des Notars einschreiten darf. Denn insoweit handelt es sich um einen eindeutigen Verstoß, der neben der Praxis einer formularmäßigen Abwicklung über Notaranderkonto auch dann gegeben ist, wenn der Notar in einem einzelnen Fall den bloßen Wunsch der Bet. für eine Anderkontenabwicklung genügen lässt. Etwas anderes ergibt sich letztlich auch nicht aus der vom Kl. in Bezug genommenen Entscheidung des OLG Frankfurt. Den Gründen lässt sich insbesondere nicht entnehmen, ob dort ein gleichermaßen eindeutiger Verstoß gegen § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG vorgelegen hat. Auch Zimmermann (vgl.o.) hat seine im Jahr 2000 vertretene Auffassung unter den Vorbehalt der Weiterentwicklung der „Usancen“ gestellt (a.a.O., 168).

Dass es in H. eine abweichende Handhabung der Regelung des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG gibt, ist nicht zu erkennen. Die von dem Kl. vorgelegten Ausdrücke von Internetseiten verschiedener Notariate belegen vielmehr, dass es zwar – wie vom Gesetz auch vorgesehen – möglich ist, ein notarielles Verwahrungsgeschäft durchführen zu lassen, dies jedoch nur unter bestimmten – vom Notar in jedem Einzelfall zu prüfenden – Voraussetzungen (vgl. Bl. 100 . . . SH 1). Inwieweit daher die Gepflogenheiten abweichen sollen, erschließt sich nicht. Letztlich ist nichts anderes als der Gesetzesinhalt wiedergegeben worden.

Sinn und Zweck der Vorschrift des § 54 Abs. 5 BeurkG besteht darin, dass die Annahme eindeutig und aktenkundig dokumentiert ist

b) Bei der Masse 1/2005 hat der Kl. es unterlassen, auf den Treuhandaufträgen der N. vom 28. 11. 2005, der P.-Bank vom 18. 11. 2005 und der V.-B. vom 1. 12. 2005 die Annahme der Verwahrungsanweisung mit Datum und Unterschrift zu vermerken, obwohl § 54 a Abs. 5 BeurkG dies vorsieht. Der Vermerk bringt zum Ausdruck, dass der Notar die Verwahrungsanweisung geprüft und inhaltlich bestätigt hat (Renner, a.a.O., Rn. 101). Sinn und Zweck der Regelung liegt darin, dass die Annahme eindeutig und aktenkundig dokumentiert ist (Renner, a.a.O., Rn. 102). Relevant ist der Annahmevermerk damit – wie hier – vor allem für die von Dritten, etwa der finanzierenden Bank oder abzulösenden Grundpfandgläubigern, erteilten Treuhandaufträge.

4. Zutreffend ist die Bekl. auch davon ausgegangen, dass dem Kl. zumindest fahrlässiges – im Fall des Verstoßes gegen § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG sogar grob fahrlässiges – Verhalten vorzuwerfen ist. Denn der Kl. hätte den Verstoß gegen die ihm obliegenden Dienstpflichten ohne Weiteres erkennen können. Im Fall der Beteiligung seines Sozius hätte sich ihm der Verstoß gegen die zentrale Vorschrift des § 3 Abs. 1 BeurkG, in dem die für die Amtsführung besonders bedeutsamen Mitwirkungsverbote geregelt sind, geradezu aufdrängen müssen.

5. Die dem Kl. vorzuwerfenden Dienstpflichtverletzungen sind als einheitliches Dienstvergehen gem. § 95 BNotO zu ahnden.

Die Verhängung der im untersten Bereich der denkbaren Sanktion angesiedelten Geldbuße von 1.000,- € – möglich sind solche bis zu 50.000,- € – als Disziplinarmaßnahme gem. § 97 Abs. 1 BNotO ist nicht zu beanstanden.

Zugunsten des Kl. ist insoweit zu berücksichtigen, dass er sein Amt als Notar seit 1995 beanstandungsfrei geführt hat und ihm mit Blick auf die in Rede stehenden Verstöße nur der Vorwurf fahrlässigen Verschuldens – wenn auch in einem Fall des grob fahrlässigen Handelns – gemacht werden kann. Die gegen ihn erhobenen Vorwürfe hat er freimütig eingeräumt und glaubhaft Abhilfe zugesagt. Weiter ist zugunsten des Kl. zu berücksichtigen, dass die Verstöße gegen die Vorschrift des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG auf der einen und § 54 a Abs. 5 BeurkG auf der anderen Seite für sich betrachtet nicht schwer wiegen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Urkundsbet. im Fall der Masse 2/2005 übereinstimmend die Abwicklung des Kaufvertrages über Notaranderkonto wünschten und sie über die dadurch verursachten Kosten aufgeklärt worden sind. Ferner hat es sich insoweit lediglich um einen einzigen Verstoß gehandelt. Auch bei der unterbliebenen Bestätigung der Annahme des Verwahrungsauftrags der Banken gem. § 54 a Abs. 5 BeurkG im Fall der Masse 1/2005 handelte es sich augenscheinlich um ein vereinzelt gebliebenes bloßes Versehen, dem – für sich betrachtet – keine gravierende Bedeutung zukommt.

Demgegenüber fallen aber die Verstöße gegen § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG – einer zentralen Vorschrift im notariellen Berufsrecht – und gegen § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO umso stärker ins Gewicht. Die Mitwirkungsverbote sollen die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars sichern und bereits den Anschein einer Parteinahme, der dem Ansehen des Amtes des Notars in der Öffentlichkeit Schaden zufügt, verhindern. Auch wenn es sich um einen einzelnen Verstoß gehandelt hat, darf nicht aus dem Blick verloren werden, dass die Vorschrift des § 3 Abs. 1 S. 1 BeurkG den Kernbereich der Pflichten des Notars berührt. Dies gilt gleichermaßen für die Pflicht des Notars, gem. § 14 Abs. 1 und 3 BNotO gesetzliche Vorgaben zu beachten. Die Abrufe von Grundbuchauszügen auf bloße Bitte des Maklers und ohne Nachweis eines berechtigten Interesses sind überdies geeignet, den Verdacht zu nähren, der Notar handele vor allem um der guten Geschäftsverbindung zu dem Maklerbüro willen. Erschwerend kommt insoweit noch hinzu, dass der Bekl. die Notarinnen und Notare seines Geschäftsbereichs noch mit Schreiben vom 24. 9. 2008 – mithin nur kurze Zeit vor den in Rede stehenden Verstößen – auf die Probleme im Zusammenhang mit dem automatisierten Grundbuchabrufverfahren aufmerksam gemacht hat.

Die verhängte Geldbuße erscheint mit Blick auf die Anzahl der dem Kl. zur Last gelegten Verstöße – anders als er selbst meint – moderat, auch wenn den Bet. und Betroffenen ein Schaden nicht entstanden ist. Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kl. rechtfertigen demgegenüber keine geringere Geldbuße. Der Notar hat lediglich darauf abgehoben, im Jahr 2009 – mithin in dem auf die maßgeblichen Pflichtverstöße folgenden Jahr – Bruttoumsätze von „nur“ rund 37 000,00 € erzielt zu haben. Die Behauptung, er hätte insoweit Kosten in Höhe von 70 % der Einnahmen gehabt, hat er nicht belegt. Welche Einkünfte der Kl. im Jahr 2008 erzielt hat, ist nicht dargetan, ebenso wenig, welche sonstigen Einkünfte der Kl. hat und welchen regelmäßigen Zahlungspflichten er unterliegt. Bei Anwaltsnotaren zählen zum Einkommen nicht nur die Einkünfte aus notarieller Tätigkeit, sondern auch aus der anwaltlichen oder einer weiteren beruflichen Tätigkeit (§ 8 Abs. 2 S. 2 BNotO; Arndt/Lerch/Sandkühler, a.a.O., § 97 Rn. 28).

Bei Abwägung sämtlicher Umstände erscheint mithin die Verhängung einer Geldbuße von 1 000,- € ausreichend, aber auch erforderlich.

10. Notar-/Berufsrecht – Beachtlichkeit von widerrufenen Treuhandaufweisungen

(Kammergericht, Beschluss vom 23. 11. 2010 – 9 W 165/09)

**BeurkG §§ 54 a; 54 c
BNotO § 14**

1. Zu den Voraussetzungen, unter denen ein Notar den Widerruf einer Anweisung gemäß § 54 c Abs. 1 BeurkG zu beachten hat.

2. Die Unbeachtlichkeit des Widerrufs einer Anweisung setzt das Bestehen einer Amtspflicht

gegenüber einem Dritten (im Sinne einer vom bzw. von den Anweisenden verschiedenen Person) voraus, die der Notar bei Beachtung des Widerrufs verletzt würde.

Zur Einordnung:

Die Entscheidung betrifft die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Notar den Widerruf einer Verwahrungsanweisung beachten muss. Nach § 54 c Abs. 1 BeurkG hat der Notar den schriftlichen Widerruf einer Anweisung zu beachten, soweit er dadurch Dritten gegenüber bestehende Amtspflichten nicht verletzt. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass der Notar grundsätzlich jeden Widerruf zu beachten hat. Dies ist ausnahmsweise anders, wenn die Interessen Dritter zu berücksichtigen sind. Der Gesetzgeber hatte es Rechtsprechung und Literatur überlassen, die von dieser Generalklausel betroffenen Fallgruppen genauer herauszuarbeiten (Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO/BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 54 c BeurkG Rn. 7; Lerch, 3. Aufl. 2006, § 54 c BeurkG Rn. 1). Erforderlich ist nach Auffassung des Senats eine hypothetische Prüfung dahingehend, ob die dem Widerruf widersprechende Nichtauszahlung eine dem Notar einem Dritten gegenüber bestehende Amtspflicht verletzen würde. Problematisch ist jedoch, um welche Amtspflichten es sich handeln kann. Der Senat analysiert dazu die bisher ergangene Rechtsprechung und Literatur und konstatiert, dass die Voraussetzungen, unter denen eine Dritten gegenüber zu beachtende Amtspflicht besteht, noch nicht abschließend geklärt seien. Dem Gericht zufolge kommen insoweit Rechtsbelehrungspflichten und erweiterte Belehrungspflichten nur gegenüber den am Verwahrungsgeschäft oder an dem zu vollziehenden Grundgeschäft Beteiligten in Betracht. Dritten gegenüber kann nur eine außerordentliche Schutzpflicht nach § 14 Abs. 2 BNotO bestehen. Ohne dass weitere Umstände hinzutreten können Sicherungsinteressen Dritter sich jedoch nicht zu einer entsprechenden Amtspflicht des Notar verdichten. Bei der Prüfung der außerordentlichen Schutzpflichten sei jedoch schon deshalb ein strenger Maßstab anzulegen, weil die zentrale Pflicht des Notars, nicht an der Erreichung unerlaubter oder unredlicher Zwecke mitzuwirken, in § 54 d BeurkG gesondert normiert sei. Für die Beachtlichkeit des vor diesem Hintergrund zu beurteilenden Widerrufs verweist das Gericht auf eine umfangreiche Kasuistik und bietet einen instruktiven Überblick über die bisherige Rechtsprechung und Literatur zur Frage der Beachtlichkeit eines Widerrufs. Aus dieser Kasuistik leitet das Gericht einen „Mindesttatbestand“ der Unbeachtlichkeit des Widerrufs her (vgl. insoweit die Gründe unter Ziffer II. 2 b) bb) (6) der Gründe). Hinzuweisen ist insoweit noch darauf, dass der Notar einen Widerruf im Falle einer von mehreren Bet. erteilten Anweisung nur dann beachten darf, wenn der Widerruf durch alle Anweisenden erfolgt. Für die Frage, ob eine von einem oder mehreren Bet. erteilte Verwahrungsanweisung vorliegt, ist die Anweisung als verfahrensrechtliche Handlung von der zugrunde liegenden materiellrechtlichen Vereinbarung der Bet.

streng zu trennen. Auch darauf weist das KG in dieser Entscheidung hin.

Die Schriftleitung (LB/AR)

Zum Sachverhalt:

I. Der Bf. verkaufte mit von dem hier beteiligten Notar beurkundeten Vertrag vom 2. 7. 2008 an die Bg. ein in l. . . gelegenes, mit Wohngebäuden bebautes Grundstück. Der über Anderkonto des Notars abgewinkelte Kaufpreis wurde nach Vorliegen der Auszahlungsvoraussetzungen bis auf einen Restbetrag von 20 000,- € an den Bf. ausgekehrt.

Nachdem die Gemeinde l. . . vom Bf. die Schlussabnahme von im Jahre 1991 erfolgten Baumaßnahmen zur Umstellung der Entwässerungsanlage des Kaufgrundstückes sowie die Durchführung hierfür erforderlicher Restarbeiten forderte, wies der Bf. – nach weiterem Schriftverkehr mit dem Bg. – den Notar unter dem 30. 7. 2008 an, für noch auszuführende Schlussarbeiten eine Sicherheit von 20 000,- € von dem auszukehrenden Kaufpreisteil einzubehalten und davon Rechnungen der beauftragten Firma zu begleichen. Nach Vorlage der Schlussabnahme bzw. Erledigung der Umstellung der Entwässerung sollte der Betrag an den Bf. ausgekehrt werden. Der Notar vermerkte die Annahme des Treuhandauftrages und informierte hierüber die Bet.

Nachdem die Gemeinde nach Eigentumsumschreibung mit ihrem Verlangen nach der Schlussabnahme der Entwässerungsanlage nunmehr an die Bg. herangetreten ist und sich herausstellte, dass die Gemeinde die Durchführung umfangreicher Restarbeiten forderte, verlangte der Bf. mit Schreiben vom 1. 10. 2008 sowie 22. 10. 2008 die Auszahlung der restlichen 20 000,- € und widerrief die Erklärung vom 30. 7. 2008 gegenüber dem Notar. Die Bg. trat dem Auszahlungsbegehren entgegen. Der Notar kündigte mit Vorbescheid vom 3. 11. 2008 an, dass er dem Auszahlungsbegehren nicht entsprechen werde.

Wegen der Einzelheiten wird auf die angefochtene Entscheidung des LG Berlin vom 23. 7. 2009 Bezug genommen.

Das LG Berlin hat die Beschwerde des Bf. zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung wendet sich der Bf. mit seiner weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige weitere Beschwerde ist begründet.

1. Die weitere Beschwerde ist gemäß § 15 Abs. 2 S. 1 BNotO, §§ 27, 29 FGG zulässig.

Vorliegend ist gemäß Art. 111 FGG-Reformgesetz das FGG anzuwenden, weil die Beschwerde vor Inkrafttreten des FGG-Reformgesetz am 1. 9. 2009 erhoben worden ist.

Die Notarbeschwerde ist gemäß § 15 Abs. 2 BNotO nicht fristgebunden

Soweit die Bg. die Einhaltung einer Beschwerdefrist in Zweifel zieht, ist dies unerheblich. Die Rechtsbeschwerde ist vorliegend nicht an eine Frist gebunden (§ 15 Abs. 2 BNotO i. V. m. §§ 27, 29 FGG). Gemäß § 29 Abs. 2 FGG unterläge die Entscheidung des LG nur dann der sofortigen weiteren Beschwerde, wenn auch die Notarbeschwerde mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar wäre. Die Notarbeschwerde gemäß § 15 Abs. 2 BNotO ist jedoch nicht fristgebunden.

2. Die landgerichtliche Entscheidung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand (§ 54 Abs. 2 BeurkG, § 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

Ist ein Verwahrungsverhältnis infolge Erledigung erloschen, ist der Notar grundsätzlich zur Auszahlung des hinterlegten Betrages an den Berechtigten verpflichtet

Der Notar ist im vorliegenden Fall zur Auszahlung des restlichen, ursprünglich als Kaufpreis hinterlegten Teilbetrages in Höhe von 20 000,- € nebst aufgelaufener Zinsen an den Bf. verpflichtet, weil insoweit ein Verwahrungsverhältnis nicht mehr besteht (a) und der Notar weder gemäß § 54 c Abs. 1 BeurkG (b) noch aus § 54 d BeurkG (c) zum Absehen von der Auszahlung berechtigt war. Der Notar war daher unter Abänderung der Entscheidung des LG zur Auszahlung anzuweisen.

a) Besteht ein Verwahrungsverhältnis nicht mehr, weil dieses infolge Erledigung erloschen ist, ist der Notar grundsätzlich zur Auszahlung des hinterlegten Betrages an den Berechtigten verpflichtet.

Hier: Der Eintritt der Auszahlungsreife führte zum Erlöschen des mehrseitigen Verwahrungsverhältnisses

aa) Das ursprünglich zur Abwicklung des Kaufpreises bestehende Verwahrungsverhältnis auf der Grundlage der im Kaufvertrag vom 2. 7. 2008 an den Notar erteilten Verwahrungsanweisung ist beendet.

Die Auszahlungsvoraussetzungen aus dieser gemeinsamen Verwahrungsanweisung der Bet. im Kaufvertrag sind erfüllt. Dies steht zwischen den Bet. außer Streit. Mit Eintritt der Auszahlungsreife war dieses mehrseitige Verwahrungsverhältnis beendet und der hinterlegte Kaufpreisbetrag wurde nur noch für den Bf. verwahrt.

Hier: Das Verwahrungsverhältnis aufgrund einseitiger Anweisung ist ebenfalls erloschen

bb) Auch ein Verwahrungsverhältnis auf der Grundlage der Anweisung vom 30. 7. 2008 ist beendet.

Insoweit ist das LG zu Recht davon ausgegangen, dass die Verwahrungsanweisung vom 30. 7. 2008 eine einseitige Anweisung des Bf. war und deshalb grundsätzlich auch von diesem allein einseitig widerrufen werden konnte. Auf die zutreffenden Ausführungen des LG kann Bezug genommen werden.

Die verfahrensrechtliche Verwahrungsanweisung an den Notar i. S. v. § 54 a BeurkG ist von der zugrunde liegenden materiellrechtlichen Vereinbarung der Beteiligten zu unterscheiden

Insbesondere ist es unerheblich, dass der Bf. diese Verwahrungsanweisung auf der Grundlage einer Einigung der Bet. erteilt hat, welche im Ergebnis der zuvor erfolgten Korrespondenz zwischen diesen zustande gekommen war. Stets ist die verfahrensrechtliche Verwahrungsanweisung an den Notar i. S. v. § 54 a BeurkG von der zugrunde liegenden materiellrechtlichen Vereinbarung der Bet. streng zu unterscheiden (vgl. BGH NJW 2000, 1644). Die Bedingungen der Verwahrung wie auch die Bet. des Verwahrungsverhältnisses ergeben sich allein aus der Verwahrungsanweisung selbst.

Außerhalb dieser Anweisung liegende Umstände darf der Notar nicht berücksichtigen. Auch der Inhalt eines zwischen den Parteien vereinbarten (und vom Notar zu vollziehenden) Vertrages ist hierbei grundsätzlich unbeachtlich. Eine Auslegung über deren Wortlaut hinaus etwa unter Heranziehung des Inhalts des zwischen den Bet. geschlossenen Vertrages oder gar eine ergänzende Vertragsauslegung verbieten sich. Demnach durfte der Notar vorliegend bei der Bestimmung des Inhalts der Verwahrungsanweisung auch nicht berücksichtigen, dass sich die Bet. über einen „Sicherheitseinbehalt“ zugunsten der Bg. verständigt haben sowie dass auf diese Weise einem anerkannten Sicherungsinteresse der Bg. entsprochen werden sollte.

Den schriftlichen Widerruf einer Anweisung hat der Notar nur dann nicht zu beachten, soweit er durch eine Beachtung Dritten gegenüber bestehende Amtspflichten verletzen würde

b) Der Notar durfte vorliegend auch nicht unter Hinweis auf die Interessen der Bg. gemäß § 54 c Abs. 1 BeurkG von der Auszahlung absehen.

aa) Das LG ist davon ausgegangen, der Widerruf des Bf. sei nach dieser Vorschrift unbeachtlich. Danach habe der Notar den (einseitigen) Widerruf einer Anweisung zu beachten, soweit er dadurch Dritten gegenüber bestehende Amtspflichten nicht verletze. Dies hat das LG mit der Begründung bejaht, es hätten Sicherungsinteressen der Bg. bestanden, deren Beachtung sich zu einer Amtspflicht des Notars verdichtet habe.

bb) Diese Überlegungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die vom LG zum Ausgangspunkt seiner Prüfung gewählten Voraussetzungen für die Unbeachtlichkeit eines Widerrufs sind vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckt.

Wann eine Fallkonstellation konkret vorliegt, in der Dritten gegenüber bestehende Amtspflichten zu beachten sind, ist in Rechtsprechung und Literatur noch nicht abschließend geklärt

(1) Der vom LG herangezogene Tatbestand einer „Verdichtung der Beachtung von Sicherungsinteressen zu einer Amtspflicht“ geht auf die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Dritten Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze vom 21. 3. 1996 zurück, mit dem die Regelungen der §§ 54 a ff. BeurkG über die Ausgestaltung des Verwahrungsverhältnisses erstmalig in das BeurkG eingefügt worden sind. Darin heißt es: „Ein schriftlicher Widerruf soll für den Notar ausnahmsweise dann unbeachtlich sein, wenn Dritten gegenüber bestehende Amtspflichten zu beachten sind. Dies ist in den verschiedensten Fallkonstellationen denkbar – etwa, wenn Sicherungsinteressen anderer bestehen, deren Beachtung sich zu einer Amtspflicht des Notars verdichtet hat“ (Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze – BT-Drucks. 13/4184, S. 38). Bereits hiernach diene die Formulierung lediglich dazu, eine Fallkonstellation aufzuzeigen, in der ein Widerruf für den Notar ausnahmsweise unbeachtlich

sein soll, weil Dritten gegenüber bestehende Amtspflichten zu beachten sind.

(2) Wann eine solche Fallkonstellation konkret vorliegt, in der Dritten gegenüber bestehende Amtspflichten zu beachten sind, muss nach wie vor als in Rechtsprechung und Literatur noch nicht abschließend geklärt angesehen werden. Der Gesetzgeber hatte es Rechtsprechung und Literatur überlassen, die von dieser Generalklausel betroffenen Fallgruppen genauer herauszuarbeiten (Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO/BeurkG, 2. Aufl., § 54 c BeurkG Rn. 7; Lerch, 3. Aufl., § 54 c BeurkG Rn. 1).

Um diesen Tatbestand auszufüllen, wird nahezu in der gesamten Kommentarliteratur die o.g. Formulierung aus dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (zum Dritten Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze) verwendet, wonach ein Fall des § 54 c Abs. 1 BeurkG dann gegeben sei, wenn Sicherungsinteressen anderer bestehen, deren Beachtung sich zu einer Amtspflicht des Notars verdichtet hat (Winkler, 16. Aufl., § 54 c BeurkG Rn. 14; Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO/BeurkG, 2. Aufl., § 54 c BeurkG Rn. 6; Armbrüster/Renner, BeurkG/DONot, 5. Aufl., § 54 c Rn. 16; Weingärtner, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, 2. Aufl., Rn. 189; Arndt/Lerch/Sandkühler, 6. Aufl., § 24 BNotO Rn. 148).

Es muss sich um eine Amtspflicht handeln, die der Notar mit der Beachtung des Widerrufs des Beschwerdeführers und Auszahlung gegenüber einem Dritten verletzen würde – dies können auch „außerordentliche Schutzpflichten“ sein

(3) Dem Wortlaut des § 54 c Abs. 1 BeurkG wie auch der Gesetzesbegründung nach setzt die Unbeachtlichkeit des Widerrufs einer Anweisung jedoch zunächst allein das Bestehen einer Amtspflicht gegenüber einem Dritten voraus, die der Notar bei Beachtung des Widerrufs und Auszahlung des verwahrten Geldes verletzen würde.

Die Prüfung hat sich im Einzelfall deshalb auf eine Amtspflicht zu richten, die der Notar mit der Beachtung des Widerrufs des Bf. und Auszahlung gegenüber einem Dritten verletzen würde.

Im vorliegenden Fall kommen insoweit im Grunde allein außerordentliche Schutzpflichten des Notars in Betracht.

Dritte, die zwar in den Schutzbereich eines Geschäftes einbezogen, aber mit dem Notar nicht in Verbindung getreten sind, sind keine Adressaten notarieller Hinweis- und Warnpflichten

Rechtsbelehrungspflichten (als regelmäßige Belehrungspflichten aus § 17 BeurkG, § 24 BNotO oder § 54 a Abs. 3 BeurkG) oder auch eine erweiterte Belehrungspflicht aus § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO analog (wenn der Notar aufgrund besonderer Umstände des Falles, d. h. wegen der rechtlichen Anlage oder der Art der Durchführung des konkreten Geschäfts, Anlass zu der Besorgnis haben muss, einem Bet. entstehe ein Schaden, weil er sich wegen mangelnder Kenntnis der Rechtslage oder von Sachumständen, welche die Bedeutung des

beurkundeten Rechtsgeschäfts für seine Vermögensinteressen beeinflussen, einer Gefährdung dieser Interessen nicht bewusst ist) konnten den Notar gegenüber der Bg. nicht treffen. Im Rahmen des hier interessierenden Verwahrungsverhältnisses konnte sie nicht Adressatin von Belehrungen des Notars sein, da sie nicht Bet. war. Wie oben bereits ausgeführt, stellte die Verwahrungsanweisung vom 30. 7. 2008 eine einseitige Anweisung allein des Bf. dar. Mit der Beurkundung des Kaufvertrages vom 2. 7. 2008 wie auch mit dem (zwischenzeitlich beendeten) Verwahrungsverhältnis auf der Grundlage dieses Kaufvertrages – insoweit war die Bg. Bet. – hat das neue Verwahrungsverhältnis nichts zu tun. Dies gilt auch soweit man aus § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO analog Verhaltenspflichten gegenüber Bet. herleitet (vgl. Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl., Rn. 458). Dritte, die zwar in den Schutzbereich des Geschäftes einbezogen, aber mit dem Notar nicht in Verbindung getreten sind, sind keine Adressaten der Hinweis- und Warnpflichten (Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl., Rn. 464).

Die Regelung des Auszahlungsverbots des § 54 d BeurkG ist für die Fälle, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden, abschließend

Bleibt die Annahme einer außerordentlichen Schutzpflicht des Notars, die letztlich der allgemeinen Pflicht eines jeden Notars entspricht, „dem Unrecht zu wehren“ (Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl., Rn. 465). Gemäß § 14 Abs. 2 BNotO hat ein Notar seine Amtstätigkeit zu versagen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre, insbesondere wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Erfasst werden hiervon Fälle, in denen unter Einschaltung des Notars (als undoloses Werkzeug) betrügerische Absichten zu Lasten eines Bet. oder aber eines Dritten verfolgt werden. Für diese Fälle halten die Vorschriften über das Verwahrungsgeschäft mit § 54 d BeurkG jedoch eine ausdrückliche Regelung bereit (Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl., Rn. 1893 ff.: § 54 d BeurkG als lex specialis zu § 14 Abs. 2 BNotO; siehe hierzu die Ausführungen unter II.2.c dieses Beschlusses).

Im Übrigen lässt sich damit eine Amtspflicht des Notars, die der Notar mit der Beachtung des Widerrufs und Auszahlung des hinterlegten Geldes gegenüber der Bg. verletzen würde, nicht feststellen. Die Formulierung in der Gesetzesbegründung zu § 54 c Abs. 1 BeurkG, wonach es in den verschiedensten Fallkonstellationen denkbar sei, dass Dritten gegenüber bestehende Amtspflichten zu beachten seien, „etwa, wenn Sicherungsinteressen anderer bestehen, deren Beachtung sich zu einer Amtspflicht des Notars verdichtet hat“, hilft hier nicht weiter. Insbesondere kann allein das Bestehen von Sicherungsinteressen eines Dritten ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht zu einer Amtspflicht des Notars führen. Derartige Umstände (etwa die Beteiligteigenschaft der Bg. in Bezug auf die Verwahrungsanweisung vom 30. 7. 2008 oder aber die

oben genannten Voraussetzungen für das Entstehen einer erweiterten Belehrungspflicht aus § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO analog) sind hier nicht gegeben.

(4) In der Literatur werden für eine Unbeachtlichkeit des Widerrufs in Betracht kommende Amtspflichtverletzungen kaum konkret erörtert. Vielmehr werden stets Einzelfälle gebildet bzw. angeführt, in denen ausreichend schutzwürdige Sicherungsinteressen gegeben seien. Der Wortlaut der Vorschrift des § 54 c Abs. 1 BeurkG wird außer Acht gelassen, stattdessen wird mit der oben zitierten Formulierung aus der Gesetzesbegründung zu § 54 c Abs. 1 BeurkG argumentiert. Die Gesetzesbegründung selbst wird zum Gesetzestext erhoben.

Lerchs (BeurkG, 3. Aufl., § 54 c Rn. 1) negative Abgrenzung, der einseitige Widerruf sei generell zu beachten, wenn auszuschließen ist, dass mit dem Widerruf eine Benachteiligung der anderen an der Verwahrung Beteiligten verbunden ist, hilft hier nicht weiter, da damit nicht die Frage beantwortet wird, wann Dritten gegenüber eine Amtspflicht bestehen kann.

Um den Anwendungsbereich des § 54 c Abs. 1 BeurkG einzugrenzen, fasst Renner (Armbrüster/Renner, BeurkG/DONot, 5. Aufl., § 54 c Rn. 17) folgende weiterführenden Beispiele zusammen:

- Erfolgt die Hinterlegung zur Ablösung einer Grundschuld und löscht der Gläubiger sodann die Grundschuld im Vertrauen auf die erfolgte Hinterlegung (also nicht durch Erteilung der Löschungsbewilligung zu treuen Händen des Notars), so ist der anschließend erfolgende einseitige Widerruf des Hinterlegers unbeachtlich, weil für den Grundpfandrechtsgläubiger ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde, der auch vom Notar beachtet werden muss (vgl. auch Winkler, 16. Aufl., § 54 c BeurkG Rn. 14; Weingärtner, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, 2. Aufl., Rn. 189; Brambring, ZfIR 1999, 334).
- Nimmt der Käufer die Hinterlegung vor der Kaufpreisfälligkeit vor, so handelt es sich zunächst um eine einseitige Verwahrung. Der Käufer kann den hinterlegten Betrag zurückerfordern. Das gilt allerdings nicht, wenn der Verkäufer im Vertrauen auf die vorzeitige Einzahlung seinerseits bereits schutzwürdige Dispositionen vorgenommen hat oder die vertraglichen Vereinbarungen solche enthalten. Beispiel: Der Kaufvertrag sieht vor, dass mit der Hinterlegung des Kaufpreises der Besitz auf den Käufer übergeht.
- Eine einseitige Verwahrungsanweisung wird erteilt. Darin heißt es ausdrücklich, dass eine Änderung oder Rücknahme nur mit Zustimmung eines nicht am Vertrag beteiligten Dritten möglich ist. Damit werden Schutzpflichten gegenüber dem Dritten begründet. Der Notar darf einen Widerruf nur berücksichtigen, wenn der Dritte seine Zustimmung erteilt (vgl. hierzu OLG Rostock NotBZ 2005, 339). Hertel (Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO/BeurkG, 2. Aufl., § 54 c BeurkG Rn. 7 sowie Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl., Rn. 1862) führt eine noch vor Geltung der §§ 5 a BeurkG ergangene, unveröffentlichte Entscheidung des BGH an, die auch

Renner (Armbrüster/Renner, BeurkG/DONot, 5. Aufl., § 54 c Rn. 17) zitiert:

- Ist im Kaufvertrag vereinbart, dass aus dem hinterlegten Kaufpreis bei Auszahlungsreife auch die vom Verkäufer geschuldete Maklerprovision zu bezahlen ist, kann der einseitige Widerruf durch den Verkäufer unbeachtlich sein. Hier können Amtspflichten gegenüber dem an der Verwahrungsvereinbarung selbst nicht beteiligten Makler bestehen. Man denke an den Fall, dass der Makler zu der Stundung des Provisionsanspruchs nur bereit war, weil die Auszahlungsanweisung in den Vertrag aufgenommen wurde. Dasselbe gilt, wenn der zur Zahlung der Provision verpflichtete Käufer neben dem Kaufpreis auch die Courtage hinterlegt und diese erst bei Auszahlungsreife des Kaufpreises an den Makler ausgekehrt werden soll (vgl. Ganter, WM 1996, 702).

Die ersten beiden Beispiele betreffen hierbei Fälle, in denen Bet. betroffen sind, gegenüber denen dem Notar ohnehin Schutzpflichten obliegen. In den letzten beiden Beispielen wird dagegen vom Notar ein Handeln im Interesse und zum Schutze eines unbeteiligten Dritten verlangt, was dem vorliegenden Fall näher liegt.

Hertel (Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl., Rn. 1865) hat – allerdings ebenfalls ohne Rücksicht auf das Erfordernis einer drohenden notariellen Amtspflichtverletzung – verallgemeinernd Voraussetzungen des Ausnahmestatbestandes des § 54 c Abs. 1 BeurkG wie folgt formuliert: Ein nicht am Widerruf der Treuhandaufgabe beteiligter Dritter hat nach der Einzahlung und in schutzwürdigem Vertrauen auf die Einzahlung eine Leistung erbracht und dieser Umstand war dem Anweisenden erkennbar. (Der weitere von Hertel angeführte Aspekt, der Widerruf dürfe nur insoweit unbeachtlich sein, als es das schutzwürdige Sicherungsinteresse des Dritten erfordere, was dazu führen könne, dass der Widerruf zwar möglich sei, aber lediglich zu einer Rückzahlung Zug-um-Zug gegen Rückgewähr der erbrachten Leistung führe, betrifft dagegen nicht mehr die Voraussetzungen für eine Unbeachtlichkeit des Widerrufs sondern als Umfang der Unbeachtlichkeitswirkung die Rechtsfolgenseite.)

Ähnlich geht Sandkühler (Arndt/Lerch/Sandkühler, 6. Aufl., § 24 BNotO Rn. 148) davon aus, dass Sicherungsinteressen Dritter, deren Beachtung sich zu einer Amtspflicht verdichtet hat, dann vorliegen, „wenn der Notar oder der Hinterleger bei einem Dritten einen berechtigten Vertrauenstatbestand geschaffen hat, dass das Verwahrungsgeschäft entsprechend der erteilten Anweisung durchgeführt wird und dem Dritten durch die Rückgängigmachung des Geschäfts infolge Widerrufs der Anweisung ein Schaden entstünde.“ Ein Widerruf soll danach in der Regel dann unbeachtlich sein, wenn nach der Einzahlung ein anderer im Vertrauen darauf Dispositionen getroffen hat.

(5) Die einzige, in der veröffentlichten Rechtsprechung bereits konkret behandelte Fallkonstellation ist die eines Widerrufs des Treuhandauftrages der einen Grundstückskauf finanzierenden Bank, wobei der Verkäufer im Vertrauen auf die auf das Notaranderkonto geleistete Zahlung (bzw. nach der kaufvertraglichen Regelung)

bereits Leistungen erbracht hat (Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld, Eintragung der Auflassungsvormerkung sowie Besitzübergang).

Nach Auffassung des LG Schwerin (NotBZ 2004, 446; 2001, 231) kann in diesem Falle eine Rückzahlung nur Zug-um-Zug gegen Rückgewähr der vom Verkäufer bereits erbrachten Leistungen erfolgen (vgl. hierzu von Campe, NotBZ 2001, 209). In diesen Entscheidungen wird das Bestehen einer Amtspflicht, die der Notar bei Beachtung des Widerrufs und Auszahlung des verwahrten Geldes verletzen würde, zwar bejaht, allerdings in keiner Weise begründet. Brambring (Hagen/Brambring, Der Grundstückskauf, 7. Aufl., Rn. 9) sah hierzu in der Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld sowie der Auflassungsvormerkung wie auch in der vorzeitigen Besitzübertragung Vorleistungen des Verkäufers, die sich im Falle der Beachtung des Widerrufs der finanzierenden Bank im Nachhinein als ungesichert herausstellen, was durch die Kaufpreishinterlegung gerade vermieden werden sollte (vgl. hierzu teilweise abweichend Reithmann, WM 2002, 685), woran sich Schutzpflichten des Notars anknüpfen lassen.

Die Fälle des Widerrufs des Treuhandauftrages der finanzierenden Bank nach im Hinblick auf die Zahlung bereits erfolgter Leistung des Verkäufers mögen wie auch die Fälle des Widerrufs bei im Hinblick auf die Zahlung bereits erfolgter Löschung eines Grundpfandrechtes die in der Praxis relevanten Fälle sein (Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl., Rn. 1863; Winkler, 16. Aufl., § 54 c BeurkG Rn. 16; Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO/BeurkG, 2. Aufl., § 54 c BeurkG Rn. 10 ff.), mit diesen Konstellationen ist der vorliegende Fall aber nicht vergleichbar. Zum einen waren die von dem Widerruf Betroffenen stets auch Bet. entweder des Verwahrungsverhältnisses selbst oder aber des vom Notar zu vollziehenden Grundgeschäftes oder aber sind diese zumindest an den Notar herangetreten und haben diesem ihre Interessen anvertraut, so dass den Notar insoweit die oben erörterten Belehrungs- bzw. Schutzpflichten aus § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO analog trafen. Zum anderen sind gerade Dispositionen im Vertrauen auf die Hinterlegung getroffen worden.

Daneben hat sich noch das OLG Hamm mit der Anwendung des § 54 c Abs. 1 BeurkG beschäftigt, allerdings im Zusammenhang mit einer untechnischen Verwahrung zur urheberrechtlichen Prioritätsfeststellung (OLGR Hamm 2006, 174).

Das OLG wendet § 54 c Abs. 1 BeurkG auch im Rahmen der untechnischen Verwahrung an und führt hierzu aus: „Sicherungsinteressen Dritter können sich für den Notar nur dann zu einer Amtspflicht verdichten, wenn der Notar und/oder der Hinterleger für diesen einen berechtigten Vertrauenstatbestand geschaffen hat, dass das Verwahrungsgeschäft entsprechend der erteilten Anweisung durchgeführt wird und dem Dritten durch die Rückgängigmachung des Geschäfts infolge Widerrufs der Anweisung ein Schaden entstünde.

Letztlich hat das OLG den Widerruf des Hinterlegers durchgreifen lassen, weil das Verwahrungsgeschäft in Verbindung mit der urheberrechtlichen Prioritätsver-

handlung allein dem Urheber den Beweis des Zeitpunktes der Werkschöpfung als Voraussetzung der Entstehung des Urheberrechts sichern sollte und damit lediglich der Wahrung der Interessen des Hinterlegers diene. Eine Amtspflicht gegenüber Dritten konnte dem Notar deshalb nicht erwachsen.

Als zu beachtende Amtspflichten kommen nur Rechtsbelehrungspflichten (aus § 17 BeurkG, § 24 BNotO oder § 54 a Abs. 3 BeurkG) oder auch eine erweiterte Belehrungspflicht aus § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO analog (gegenüber am zu vollziehenden Grundgeschäft oder am Verwahrungsverhältnis beteiligten Personen) in Betracht

(6) Zusammenfassend lässt sich hiernach Folgendes feststellen:

Ausgehend vom Wortlaut des § 54 c Abs. 1 BeurkG – gestützt durch die Gesetzesbegründung – setzt die Unbeachtlichkeit des Widerrufs einer Anweisung das Bestehen einer Amtspflicht gegenüber einem Dritten voraus, die der Notar bei Beachtung des Widerrufs und Auszahlung des verwahrten Geldes verletzen würde. In Betracht kommen insoweit nur Rechtsbelehrungspflichten (als regelmäßige Belehrungspflichten aus § 17 BeurkG, § 24 BNotO oder § 54 a Abs. 3 BeurkG) oder auch eine erweiterte Belehrungspflicht aus § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO analog, dies allerdings nur gegenüber am zu vollziehenden Grundgeschäft oder am Verwahrungsverhältnis beteiligten Personen. Dritten gegenüber kann nur auf eine außerordentliche Schutzpflicht des Notars (§ 14 Abs. 2 BNotO) zurückgegriffen werden. Insoweit enthalten die Vorschriften über das Verwahrungsgeschäft in § 54 d BeurkG jedoch eine ausdrückliche Sonderregelung.

Unabhängig von einem „Mindesttatbestand“ für eine Unbeachtlichkeit eines Widerrufs muss eine Amtspflichtverletzung gegeben sein

Der vorhandenen Rechtsprechung und der Literatur lässt sich demgegenüber als Mindesttatbestand für die Unbeachtlichkeit eines Widerrufs entnehmen, dass

- die Einzahlung zur Verwahrung bei einem Dritten einen berechtigten Vertrauenstatbestand in die Durchführung des Verwahrungsgeschäftes geschaffen hat,
- der Dritte nach der Einzahlung im Vertrauen auf die Durchführung des notariellen Verwahrungsgeschäftes Dispositionen getroffen hat
- und dem Dritten durch die Rückgängigmachung der Hinterlegung ein Schaden entstünde.

Damit ist jedoch noch nicht entschieden, ob für die Unbeachtlichkeit eines Widerrufs gemäß § 54 c Abs. 1 BeurkG dieser „Mindesttatbestand“ eine Amtspflicht des Notars zu begründen vermag oder aber ob unabhängig von diesem „Mindesttatbestand“ eine Amtspflichtverletzung gegeben sein muss, was der Senat für überzeugender hält. Gleichmaßen steht noch nicht fest, in welchem Maße der Notar vom Vorliegen dieser Umstände überzeugt sein muss, ob es ggf. ausreicht, dass sich ein Dritter auf diese beruft (vgl. § 54 c Abs. 3 BeurkG) oder aber ob hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen müssen (§ 54 d BeurkG).

cc) Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass sich der Notar vorliegend zur Rechtfertigung seiner Ablehnung der Auszahlung unter Hinweis auf die Interessen der Bg. nicht auf § 54 c Abs. 1 BeurkG berufen kann, wobei die vorstehend aufgeworfene Frage, ob für die Unbeachtlichkeit eines Widerrufs bereits der oben formulierte „Mindesttatbestand“ eine Amtspflicht des Notars begründet oder ob unabhängig davon eine Amtspflichtverletzung gegeben sein muss, hierbei offen bleiben kann.

Mit der Beachtung des Widerrufs des Bf. und Auszahlung des restlichen, ursprünglich als Kaufpreis hinterlegten Teilbetrages in Höhe von 20.000,- € nebst aufgelaufenen Zinsen verletzte der Notar keine diesem gegenüber der Bg. obliegenden Amtspflicht. Rechtsbelehrungspflichten sowie eine erweiterte Belehrungspflicht aus § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO analog scheiden mangels Beteiligteneigenschaft der Bg. in Bezug auf die Verwahrungsanweisung vom 30. 7. 2008 aus. (Eine mögliche außerordentliche Schutzpflicht des Notars gemäß § 14 Abs. 2 BNotO ist unten im Zusammenhang mit der Prüfung von § 54 d BeurkG zu prüfen und im Ergebnis zu verneinen.)

Hier: Nicht einmal die Voraussetzungen des Mindesttatbestands liegen vor

Aber auch wenn man davon ausgeht, dass allein der oben erörterte „Mindesttatbestand“ eine Amtspflicht des Notars begründet und damit zur Unbeachtlichkeit eines Widerrufs gemäß § 54 c Abs. 1 BeurkG führt, lässt sich eine Amtspflicht nicht annehmen, weil die Voraussetzungen des „Mindesttatbestandes“ nicht gegeben sind. Es mag sein, dass die Verwahrungsanweisung des Bf. bei der Bg. einen berechtigten Vertrauenstatbestand in die Durchführung der Verwahrung geschaffen hat. Die Bf. mag insoweit tatsächlich darauf vertraut haben, dass die Kosten, welche der Bf. durch die für die Erteilung der Entwässerungsgenehmigung erforderlichen Arbeiten entstehen werden, durch den auf dem Notaranderkonto weiterhin verwahrten Betrag gesichert sind. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass die Bg. im Vertrauen auf die Durchführung der Verwahrung in irgendeiner Weise Dispositionen getroffen hat, die sie anderenfalls unterlassen hätte. Insoweit kann allenfalls daran gedacht werden, dass die Bf. im Vertrauen auf die Sicherung davon abgesehen haben könnte, im Hinblick auf die entstehenden Kosten eine Minderung des Kaufpreises bzw. Schadenersatz gegenüber dem Bf. geltend zu machen. Hierfür ist allerdings nichts ersichtlich. Dagegen spricht, dass die Bf. gegenüber dem Bf., der jegliche Ansprüche ablehnt, ohnehin gerichtlich vorgehen musste, zumal die tatsächlich anfallenden Kosten – nach Vortrag der Bg. – den hinterlegten Betrag erheblich übersteigen. Damit ist auch nicht ersichtlich, dass der Bg. durch die Rückgängigmachung der Hinterlegung ein Schaden entstünde.

c) Der Notar durfte vorliegend auch nicht unter Hinweis auf die Interessen der Bg. gemäß § 54 d BeurkG von der Auszahlung absehen.

Nach dieser Vorschrift hat der Notar von der Auszahlung abzusehen, wenn entweder hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er bei Befolgung des Wi-

derrufes an der Erreichung unerlaubter oder unredlicher Zwecke mitwirken würde, oder aber einem Auftraggeber i. S. d. § 54 a BeurkG durch die Auszahlung des verwahrten Geldes ein unwiederbringlicher Schaden erkennbar droht.

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Insbesondere bestand keine außerordentliche Schutzpflicht des Notars zugunsten der Bg. als geschützte Dritte.

aa) Dass der Bg. (als Auftraggeberin i. S. d. § 54 a BeurkG) durch die Auszahlung des verwahrten Geldes ein unwiederbringlicher Schaden erkennbar droht (letzte Alternative des § 54 d BeurkG), ist vorliegend ausgeschlossen.

Zum einen ist die Bg. nicht Auftraggeberin i. S. v. § 54 a BeurkG. Zum anderen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Bg. durch die Auszahlung des restlichen Kaufpreisteils ein unwiederbringlicher Schaden droht. Zwar mögen der Bg. nach deren Vortrag ggf. Minderungs- oder Schadenersatzansprüche gegenüber dem Bf. zustehen, dass die Durchsetzbarkeit derartiger Ansprüche nicht oder nur sehr schwer möglich erscheint, ist allerdings nicht ersichtlich (Armbrüster/Renner, BeurkG/DONot, 5. Aufl., § 54 c Rn. 12). Unwiederbringlich würde ein Schaden nur entstehen, wenn die nahe liegende Gefahr einer Insolvenz des Bf. oder anderweitig die Gefahr bestünde, dass ein titulierter Anspruch nicht realisiert werden könnte. Dafür ergeben sich bereits nach dem eigenen Vorbringen der Bg. keinerlei Anhaltspunkte.

bb) Auch die Voraussetzungen der zweiten Alternative des § 54 d BeurkG sind nicht erfüllt. Dass der Notar mit der Auszahlung des restlichen Kaufpreisteils an der Erreichung unerlaubter oder unredlicher Zwecke mitwirken würde, ist nicht ersichtlich, jedenfalls nicht durch hinreichende Anhaltspunkte belegt.

Insoweit deckt sich der Anwendungsbereich des § 54 d Nr. 1 BeurkG mit demjenigen des § 14 Abs. 2 BNotO, wonach der Notar seine Amtstätigkeit zu versagen hat, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre, insbesondere wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Hieraus folgt die oben bereits angesprochene außerordentliche Schutzpflicht des Notars „dem Unrecht zu wehren“ (Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl., Rn. 465). Der Notar darf in diesen Fällen die Verwahrung gar nicht erst übernehmen. Hat er dies dennoch getan, weil er erst später die unerlaubten bzw. unredlichen Zwecke erkennt, greift § 54 d Nr. 1 BeurkG. Da dem Notar gegenüber Bet. des Verwahrungsverhältnisses bereits aus § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO analog Schutzpflichten obliegen (vgl. Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl., Rn. 458), kommen für den Anwendungsbereich des § 54 d BeurkG an sich nur noch unbeteiligte Dritte in Betracht.

Der Bf. verfolgt mit der begehrten Auszahlung des restlichen Kaufpreises keine gesetzeswidrige Ziele, etwa die Begehung von Straftaten. Aber auch für eine Verfolgung unredlicher Zwecke sind hinreichende Anhalts-

punkte nicht gegeben. Dies wäre dann anzunehmen, wenn die vom Bf. verlangte Auszahlung gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen würde, also mit den Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren wären (Weingärtner, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, 2. Aufl., Rn. 211, Armbrüster/Renner, BeurkG/DONot, 5. Aufl., § 54 d, Rn. 7).

Die Bg. beruft sich zwar darauf, dass der Bf. das Fehlen der Entwässerungsgenehmigung sowie der hierfür erforderlichen Arbeiten arglistig verschwiegen habe. Dies allein berechtigt aber nicht zur Annahme, dass der Bf. mit der begehrten Auszahlung einen unredlichen Zweck verfolgt. Der Bf. verlangt die Auszahlung des restlichen Kaufpreises. Im Übrigen setzt er sich gegen geltend gemachte Ansprüche der Bg. zu Wehr. Beides ist nicht unredlich.

Davon, dass der Bf. der Bg. berechnete Ansprüche (Minderung, Schadenersatz) vorenthält, was als unredlich angesehen werden könnte, kann dagegen nicht ausgegangen werden. Der Bf. hat den Vortrag der Bg., er habe das Fehlen der Entwässerungsgenehmigung sowie der hierfür erforderlichen Arbeiten arglistig verschwiegen, substantiiert bestritten. Nach seinem Vortrag hatte er seinerzeit ein Unternehmen (Fa. P. . .) mit der Durchführung der erforderlichen Arbeiten beauftragt. Dieses habe seinerzeit (1996/97) die vollständige

Erledigung angezeigt und die Arbeiten seien nie beanstandet worden. Darauf habe sich der Bf. verlassen.

Im Rahmen von § 54 d BeurkG genügt eine begründete Gefahr für das Vorliegen eines unredlichen Zwecks

Unter diesen Umständen liegen hinreichende Anhaltspunkte für einen unredlichen Zweck nicht vor. Zwar verlangt § 54 d BeurkG keine Gewissheit des Notars, eine begründete Gefahr soll insoweit genügen. Jedoch reicht eine bloße Behauptung eines Bet. – im Gegensatz zu § 54 c Abs. 3 BeurkG nicht – aus (vgl. nur Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl., Rn. 1903). Es gibt aber darüber hinaus vorliegend keine Anhaltspunkte dafür, dass der Vortrag der Bg. zutreffen könnte.

Dem Notar ist es im Zusammenhang mit der Wahrnehmung seiner Amtspflichten bei der Ausführung eines Treuhandauftrages verwehrt, eigene Ermittlungen über die Berechtigung der gegensätzlichen Standpunkte der Bet. zu führen und eine streitentscheidende Rolle einzunehmen (OLG Hamm DNotZ 2000, 379). Der Notar kann auch vorliegend nicht abschließend darüber befinden, ob der Bf. das Fehlen der Entwässerungsgenehmigung sowie der hierfür erforderlichen Arbeiten arglistig verschwiegen hat.

RNotZ – Forum

Rechtsprechung in Leitsätzen

- 1. Liegenschaftsrecht – Ausschließliche Anbringung der Photovoltaikanlage an bzw. auf einem Gebäude**
(BGH, Urteil vom 9. 2. 2011 – VIII ZR 35/10)

EEG 2004 § 11

- 1. Das Erfordernis der ausschließlichen Anbringung an oder auf einem Gebäude i. S. d. § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 ist auch dann erfüllt, wenn das Tragwerk einer bereits bestehenden Photovoltaikanlage nachträglich dergestalt in ein später errichtetes Gebäude integriert wird, dass es zugleich unverzichtbarer Teil der Gebäudestatik ist (Fortführung von BGH, Urteil vom 29. Oktober 2008 – VIII ZR 313/07, NJOZ 2009, 783).**
- 2. Unter einer baulichen Anlage i. S. d. § 11 Abs. 3 EEG 2004 ist jede mit dem Erdboden verbundene, aus Bauteilen und Baustoffen hergestellte Anlage zu verstehen. Ein geschotterter Lagerplatz ist eine bauliche Anlage i. S. d. § 11 Abs. 3 EEG 2004.**
- 3. Photovoltaikmodule sind auch dann baulich-konstruktiv an oder auf einer baulichen Anlage i. S. d. § 11 Abs. 3 EEG 2004 angebracht, wenn sie**

sich räumlich oberhalb der baulichen Anlage befinden und fest mit dem die bauliche Anlage tragenden Erdboden verbunden sind.

- 4. Wird eine ursprünglich an oder auf einer baulichen Anlage angebrachte und betriebene Photovoltaikanlage später ausschließlich an oder auf einem Gebäude angebracht, so ist sie zu dem Zeitpunkt als neu in Betrieb genommen (§ 11 Abs. 5 EEG 2004) anzusehen, in dem der Anlagenbetreiber erstmals den erhöhten Vergütungssatz nach § 11 Abs. 2 EEG 2004 verlangen kann.**

(Fundstellen: Beck-Online, Homepage des BGH, DStR 2011, 827)

- 2. Liegenschaftsrecht – Voraussetzung für die Nachbelehrung nach § 355 Abs. 2 BGB**
(BGH, Beschluss vom 15. 2. 2011 – XI ZR 148/10)

EGBGB Art. 229

BGB § 355

Eine Nachbelehrung nach § 355 Abs. 2 BGB muss einen für den Verbraucher erkennbaren Bezug zu seiner früheren Vertragserklärung aufweisen, der ihm deutlich macht, dass ein Belehrungsmangel im

Nachhinein ausgeglichen werden soll (Bestätigung des Senatsurteils vom 26. Oktober 2010 – XI ZR 367/07).

(Fundstellen: Beck-Online, Homepage des BGH, ZIP 2011, 704)

3. Liegenschaftsrecht – Immobilienerwerb durch eine gleichzeitig gegründete GbR
(OLG Hamm, Beschluss vom 14. 10. 2010 – 15 W 442/10)

**BGB §§ 705 ff.
GBO §§ 20; 29**

Die Formulierung in einer notariellen Urkunde das bezeichnete Grundstück werde „an die Käufer als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ verkauft und aufgelassen, reicht für den Nachweis der in der Urkunde erfolgten Gründung einer BGB-Gesellschaft mit dem Zweck der Verwaltung gemeinschaftlichen Vermögens der Gesellschafter aus, für die im Übrigen die gesetzlichen Vorschriften gelten.

(Fundstellen: Beck-Online, juris, ZIP 2011, 620)

4. Liegenschaftsrecht – Grundstückserwerb durch eine bestehende GbR
(OLG Nürnberg, Beschluss vom 12. 11. 2010 – 9 W 1373/10)

**BGB §§ 705 ff.
GBO §§ 20; 29**

Die Erklärung der Gesellschafter in der notariellen Urkunde, dass die Gesellschaft besteht, aus welchen Gesellschaftern sie besteht und wie die Vertretungsbefugnis geregelt ist, genügt dem grundbuchlichen Nachweiserfordernis des § 29 GBO, wenn kein Anlass zu Zweifeln an diesen Angaben besteht.

(Fundstellen: Beck-Online, juris)

5. Familienrecht – Zur Begrenzung des nachehelichen Unterhaltsanspruchs
(BGH, Urteil vom 2. 3. 2011 – XII ZR 44/09)

BGB §§ 1572; 1578 b

1. Im Rahmen des Krankheitsunterhalts nach § 1572 BGB kann sich ein ehebedingter Nachteil aus der Aufgabe der Erwerbstätigkeit wegen Kindererziehung und Haushaltstätigkeit während der Ehe ergeben, wenn deswegen die Voraussetzungen für eine Rente wegen voller Erwerbsminderung nicht erfüllt sind. Denn nach § 43 Abs. 2 Nr. 2 SGB 6 haben Versicherte bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze nur dann Anspruch auf Rente wegen voller Erwerbsminderung, wenn sie in den letzten fünf Jahren vor Eintritt der Erwerbsminderung drei Jahre Pflichtbeiträge für eine versicherte Beschäftigung oder Tätigkeit gezahlt haben.

2. Auch wenn keine ehebedingten Nachteile vorliegen, ist eine Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung des nachehelichen Unterhalts nur bei Unbilligkeit eines fortdauernden Unterhaltsanspruchs nach den ehelichen Lebensverhältnissen begründet. Bei der insoweit gebotenen Billigkeitsabwägung hat das Familiengericht das im Einzelfall gebotene Maß der nachehelichen Solidarität festzulegen, wobei vor allem die in § 1578 b Abs. 1 S. 3 BGB aufgeführten Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind.

(Fundstellen: juris, Homepage des BGH, FamRZ 2011, 713)

6. Familienrecht – Zur Billigkeitsentscheidung über die Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen
(BGH, Urteil vom 30. 3. 2011 – XII ZR 3/09)

BGB §§ 1570; 1579

1. Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen nach § 1570 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB ist stets zunächst der individuelle Umstand zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Kindesbetreuung auf andere Weise gesichert ist oder in kindgerechten Betreuungseinrichtungen gesichert werden könnte. Ein Altersphasenmodell, das bei der Frage der Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen allein oder wesentlich auf das Alter des Kindes, etwa während der Kindergarten- und Grundschulzeit, abstellt, wird diesen Anforderungen nicht gerecht (im Anschluss an das Senatsurteil vom 15. September 2010, XII ZR 20/09, FamRZ 2010, 1880).

2. Zur Verwirkung des nachehelichen Betreuungsunterhalts nach § 1579 BGB.

(Fundstellen: juris, Homepage des BGH, FamRZ 2011, 791)

7. Familienrecht – Ausgleich von aus dem Anfangsvermögen erworbenen Versorgungsanrechten
(BGH, Urteil vom 30. 3. 2011 – XII ZB 54/09)

**BGB §§ 1587; 1587 c
VersorgAusglHärteG § 3**

1. Auszugleichen sind im Versorgungsausgleich auch solche Versorgungsanrechte, die mit dem Anfangsvermögen eines Ehegatten nach Beginn der Ehe erworben wurden.

2. Dass der ausgleichspflichtige Ehegatte sein Versorgungsanrecht während der Ehe aus seinem Anfangsvermögen erworben hat, rechtfertigt für sich genommen nicht den Ausschluss des Versorgungsausgleichs.

(Fundstellen: juris, Homepage des BGH)

8. Erbrecht – Pflichtteilsverzicht durch behinderten Sozialhilfeempfänger

(BGH, Urteil vom 19. 1. 2011 – IV ZR 7/10)

BGB §§ 138; 2346

Der Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialleistungsbeziehers ist grundsätzlich nicht sittenwidrig.

(Fundstellen: Beck-Online, Homepage des BGH; DNotl-Report 2011, 28, ZNotP 2011, 151)

9. Handels-/Gesellschaftsrecht – Umnummerierung abgetretener Geschäftsanteile

(BGH, Beschluss vom 1. 3. 2011 – II ZB 6/10)

GmbHG § 40

1. Weigert sich das Registergericht wegen formaler Beanstandungen, eine von einem Notar eingereichte Gesellschafterliste in den Registerordner aufzunehmen, hat der Notar ein eigenes Beschwerderecht.
2. Die Umnummerierung abgetretener Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste ist dann zulässig, wenn jeder Geschäftsanteil durch die Angabe der bisherigen Nummerierung zweifelsfrei zu identifizieren bleibt.

(Fundstellen: Homepage des BGH; WM 2011, 754; DStR 2011, 779)

10. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Rechtsmissbräuchlichkeit der Abberufung des alleinigen GmbH-Geschäftsführers

(OLG München, Beschluss vom 16. 3. 2011 – 31 Wx 64/11)

GmbHG § 38

Der Beschluss des alleinigen Gesellschafters einer GmbH über seine eigene Abberufung als alleiniger Geschäftsführer ist regelmäßig rechtsmissbräuchlich und daher unwirksam, wenn er nicht zugleich einen neuen Geschäftsführer bestellt.

(Fundstellen: juris, Beck-Online, NZG 2011, 432)

Gesetzgebung

Geplantes Mediationsgesetz im Bundestag

Die Bundesregierung hat den Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren außergerichtlicher Konfliktbeilegung (BT-Drucks.17/5335) in den Bundestag eingebracht. Neben der außergerichtlichen Mediation gehören zu den Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung die in zahlreichen Landesgesetzen vorgesehenen Schlichtungs-, Schieds- und Gütestellenverfahren, neuere Schieds-

verfahren wie die Adjudikation sowie die Verfahren des sog. Mini Trial und der sog. Early Neutral. Es geht darum, gesetzliche Anreize zur einverständlichen Streitbeilegung zu schaffen und Regelungen für das Mediationsverfahren zu schaffen.

Der Entwurf ermöglicht es den Parteien zukünftig, eine in einer Mediation abgeschlossene Vereinbarung einfach und kostengünstig für vollstreckbar erklären zu lassen: Gemäß § 796 d Abs. 4 S. 1 ZPO-E kann eine in einer Mediation geschlossene Vereinbarung künftig von einem deutschen Notar in Verwahrung genommen und für vollstreckbar erklärt werden. Die Vorschriften des Mediationsgesetzes (MediationsG) sollen für alle Mediatorinnen und Mediatoren gelten, auch für die richterlichen Mediatorinnen und Mediatoren.

Das Zentrale Testamentsregister

Am 1. 1. 2012 nimmt das Zentrale Testamentsregister der Bundesnotarkammer den Betrieb auf. Dort werden Verwahrangaben über notarielle und amtlich verwahrte erbfolgerrelevante Urkunden aufgenommen. Handschriftliche Testamente, die nicht in die besondere amtliche Verwahrung verbracht werden, können nicht registriert werden. Das Zentrale Testamentsregister benachrichtigt im Sterbefall sowohl die Verwahrstelle als auch das Nachlassgericht über etwaige Registrierungen. Notare und Gerichte können das Register im Rahmen ihrer Zuständigkeiten abfragen. Anders als im bisherigen Mitteilungswesen in Nachlasssachen übermitteln Notare die Angaben zu allen erbfolgerrelevanten Urkunden, die sie errichten. Auf die Verwahrzuständigkeit kommt es nicht mehr an. Gerichte sind demnach als Melder im Wesentlichen nur noch zuständig für dort hinterlegte eigenhändige Testamente. Auch Rücknahmen aus der Verwahrung sind künftig registerpflichtig. Eine besondere Herausforderung des zentralen Registerbetriebs ist die eindeutige Identifikation des Erblassers im Sterbefall. Diese ist anhand des Geburtsnamens, Geburtsdatums, Geburtsortes und der Vornamen nicht immer möglich. Daher gehören auch das Geburtsstandesamt und die Geburtenbuch-/Geburtenregisternummer zu Pflichtangaben. Diese können – anders als bisher – auch nicht mehr von einem Standesbeamten nachgetragen werden. Daher dürfte es sich künftig empfehlen, um die Vorlage geeigneter Personenstandsunterlagen zu bitten.

Jede Registrierung ist – wie bereits beim Zentralen Vorsorgeregister – gebührenpflichtig. Die Höhe der Gebühr muss noch in einer Gebührensatzung festgelegt werden. Angedacht sind 15 €. Das Zentrale Testamentsregister der Bundesnotarkammer wird ausschließlich elektronisch geführt. Papiermeldungen und -benachrichtigungen sind – anders als beim Zentralen Vorsorgeregister – nicht vorgesehen. Im Interesse der Datensicherheit und des Datenschutzes ist das Register aus dem öffentlichen Internet nicht zugänglich. Es wird vielmehr als justiz-/notarinternes Fachverfahren betrieben. Jede Notarstelle muss daher über das Notarnetz oder durch eine von der Registerbehörde kostenlos zur Verfügung gestellte Registerbox mit dem Zentralen Testamentsregister gesichert verbunden werden.

Buchbesprechungen

Lothar Müller, Beratung und Vertragsgestaltung im Familienrecht, 3. Aufl. 2010, Verlag C.F. Müller, 401 Seiten, 69,95 €

Infolge der jüngeren Gesetzesnovellen, die mit dem Unterhaltsrechtsänderungsgesetz, dem Versorgungsausgleichsgesetz und der Neufassung des Zugewinnsausgleichs sämtliche Kernbereiche des Familienrechts erfassten, aber auch in etwas weniger zentralen Gebieten zu Änderungen mit Auswirkungen auf das Familienrecht führten – genannt seien hier etwa die Neuregelung des Verjährungsrechts sowie das FamFG – ist der Bedarf des Kautelarjuristen nach aktuellen Hand- und Formularbüchern im Bereich des Familienrechts derzeit besonders hoch. Das in 3. Auflage erschienene Praxishandbuch fasst die bislang in zwei getrennten Büchern erschienenen Werke „Beratung im Familienrecht“ und „Vertragsgestaltung im Familienrecht“ erstmals in einem Band zusammen und berücksichtigt sämtliche jüngeren Gesetzesreformen. Zu der bei Erscheinen des Werkes noch nicht veröffentlichten Entscheidung des BVerfG vom 25. 1. 2011 – 1 BvR 918/10 – zur Verfassungswidrigkeit der bisherigen BGH-Rechtsprechung zur Wandelbarkeit der ehelichen Lebensverhältnisse findet sich in einem Online-Nachtrag auf der Homepage des Verlags (www.cfmueller.de/BVerfG-Nachtrag) sowohl eine Kommentierung des Autors als auch eine Neukommentierung der durch diesen Beschluss betroffenen Textpassagen des Buches.

Das Buch untergliedert sich in drei Kapitel, deren erstes auf 33 Seiten mit einer „Einführung in die neue Rechtslage“ einen kompakten Überblick über die Neuregelungen zum Recht des Unterhalts, des Zugewinn- und Versorgungsausgleichs, des Verjährungsrechts und des Verfahrensrechts gibt.

Das zweite, 196 Seiten starke Kapitel zur „Beratung im Familienrecht“ beginnt mit einer kurzen Einführung zur Annahme des familienrechtlichen Anwaltsmandats. In diesem Zusammenhang sei der Mandant darauf hinzuweisen, dass auch eine in Form eines notariellen Ehevertrags vereinbarte Gesamteinigung grundsätzlich Sache des Anwalts sei, während der Notar nur protokollierende Funktion habe (Kapitel 2 Rn. 13). Diesem Verständnis des Notars als siegelbewährtem Protokollanten, der hierbei hauptsächlich die Identität der Parteien und das Datum des Vertragsschlusses verbindlich festhält, wird man sich nicht nur als Angehöriger ebenjenes Berufsstandes ungern anschließen wollen. Es widerspricht auch dem gesetzlichen Schutzzweck des in § 1410 BGB niedergelegten Formerfordernisses, wonach ein Ehevertrag nur durch einen zur Neutralität gegenüber beiden Ehepartnern verpflichteten Notar beurkundet werden kann, der hierbei gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG in eigener Verantwortung den Willen der Beteiligten erforschen, sie über die rechtliche Tragweite ihrer Vereinbarung belehren und ihren Willen in klarer und rechtlich einwandfreier Weise niederlegen soll. Dass der Notar bei vorheriger Einschaltung eines Anwaltes selbstverständlich nicht ohne vorherige Rücksprache mit diesem zuvor nicht besprochene Rege-

lungen beurkunden wird, versteht sich schon unter dem Aspekt der Zweckmäßigkeit und Kollegialität von selbst.

In einem ausführlichen Teil werden sodann die mit einer Trennung der Ehegatten vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags eintretenden Rechtsfolgen und regelungsbedürftigen Bereiche behandelt. Insbesondere der Trennungsunterhalt wird in Abgrenzung zum bis zum Zeitpunkt der Trennung geschuldeten Familienunterhalt, der u. a. im Unterschied zu ersterem nicht von der Bedürftigkeit eines Ehegatten abhängt, ausführlich erläutert. Für den (anwaltlichen) Berater findet sich in diesem Zusammenhang der Hinweis, mit dem Mandanten zu erläutern, ob eine Trennung möglicherweise noch hinausgezögert werden solle, um beispielsweise nicht sofort einen höheren Anspruch auf Familienunterhalt gegen einen niedrigeren Trennungsunterhaltsanspruch mit Erwerbsobliegenheit und entsprechender Anwendung der Herabsetzungs- und Ausschlussgründe nach § 1579 BGB einzutauschen.

Im Anschluss an die Trennungsphase werden anschließend die mit der Einreichung des Scheidungsantrags eintretenden Rechtsfolgen des Einsatzzeitpunktes für die Geltendmachung von Vorsorgeunterhalt (§ 1361 Abs. 1 S. 2 BGB), des Stichtags für die Berechnung des Zugewinns (§ 1384 BGB), der Festlegung des Ehezeitendes für den Versorgungsausgleich (§§ 1587 BGB, 3 VersAusglG) und des Ausschluss des Ehegatterbrechts nach Maßgabe der §§ 1933, 2077, 2268, 2279 BGB erläutert.

Im Hinblick auf die Regelung des § 1384 BGB, wonach für die Berechnung des Zugewinns auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags abzustellen ist, finden sich auch strategische Hinweise für den einseitig beratenden Rechtsbeistand. So wird etwa empfohlen, den anwaltlichen Rat zu erteilen, dem anderen Ehegatten den eigenen Entschluss zur Ehescheidung nicht zu offenbaren, um diesen nicht zu zwar gemäß § 1375 Abs. 2 BGB für die Berechnung der Höhe des Zugewinnausgleichs nicht zu berücksichtigenden, aber schwer nachweisbaren Vermögensminderungen zu animieren. Plakativ wird dies mit dem hervorgehobenen Hinweis „Beachte: Keine Information, kein Gerede.“ herausgestellt. Um andererseits den zu berücksichtigenden Zugewinn des eigenen Mandanten möglichst niedrig zu halten, könne ihm dazu geraten werden, rechtzeitig vor dem Stichtag des § 1384 BGB ohnehin anstehende Anschaffungen und Ausgaben vorzuziehen, was zu einer Verminderung des eigenen Kapitalstands ohne den Zuwachs entsprechender Gegenwerte auf der Aktivseite führe. Als Beispiele werden die Anschaffung eines Pkw, dessen Verkehrswert bis zum Stichtag gegenüber dem Anschaffungspreis sinkt, die Renovierung der Wohnung oder die Buchung eines angemessenen Urlaubs angeführt. Anders als vom Autor befürwortet (Kapitel 2 Rn. 690) wird man allerdings Vorschussleistungen an den mit der Ehescheidung betrauten Rechtsanwalt gemäß § 9 RVG nicht generell als den Zugewinn mindernde Verbindlichkeit ansehen können, da eine Abzugsfähigkeit insofern zwar nicht die

Fälligkeit, wohl aber das Entstehen der Verbindlichkeit voraussetzt (Palandt/Brudermüller, BGB, 70. Aufl. 2011, § 1375 Rn. 12). Abzugsfähig dürften damit allenfalls Vorschüsse für bereits entstandene, aber noch nicht fällige Gebühren und Auslagen sein, nicht aber Abschlagszahlungen auf erst zukünftig voraussichtlich entstehende Gebühren und Auslagen.

Ein kurzer Überblick über das Abstammungsrecht, taktische Überlegungen zur Frage, ob Antragsfolgesachen wie elterliche Sorge, Umgang, nachehelicher Unterhalt, Ehewohnung und eheliches Güterrecht zusammengefasst im Scheidungsverbundverfahren oder zu einem späteren Zeitpunkt im isolierten Verfahren rechtshängig zu machen sind, sowie ein sechsseitiger Überblick über die internationale Gerichtszuständigkeit in Scheidungssachen und das Internationale Privatrecht der Scheidungsfolgen runden das 2. Kapitel ab.

Das für den Kautelarjuristen interessanteste 3. Kapitel „Vertragsgestaltung“ umfasst 174 Seiten. Hier werden nach einer knappen Übersicht über die je nach dem Stadium der Ehe verschiedenen Vertragstypen (vorsorgende Eheverträge, Trennungsvereinbarungen, Scheidungsfolgenvereinbarungen und Verträge nach der Ehescheidung) und die einschlägigen Formvorschriften anschließend auf rund 100 Seiten getrennt nach diesen Grundtypen verschiedene Regelungsinhalte mit entsprechenden Vertragsbausteinmustern dargestellt. Die Muster sind allesamt praxistauglich, aber leider nicht als elektronische Dokumente beigelegt. Das Auffinden der passenden Muster gestaltet sich zudem etwas schwierig. So sind z. B. die 35 verschiedenen Musterbausteine zum Güterrecht im Inhaltsverzeichnis lediglich unter der Überschrift „Vereinbarungen zum Güterrecht“ ohne nähere Untergliederungen verzeichnet, so dass man gezwungen ist, sämtliche Seiten dieses Unterkapitels einzeln nach dem passenden Muster durchzusehen. Die Kommentierungen zu den Mustern sind in der Regel zudem so knapp gehalten, so dass das Wissen um die Zweckmäßigkeit alternativer Gestaltungsmöglichkeiten vorausgesetzt werden muss. Zuweilen würde man sich auch eine größere Vielfalt an Mustern und umfangreichere Erörterungen wünschen. So fehlt etwa bei den Regelungen zu dem der Parteidisposition weitgehend entzogenen Trennungsunterhalt ein Hinweis auf die praktisch wichtige Gestaltung, wonach der Unterhaltsgläubiger eine Zuwendung des Unterhaltsschuldners erhält, welche er im Fall der Geltendmachung seines Unterhaltsanspruchs wieder zurückzugewähren hat (hierzu ausführlich: Huhn, RNotZ 2007, 177, 198 ff.). Novierende Unterhaltsvereinbarungen werden – ohne Muster – lediglich kurz angesprochen und im Rahmen vorsorgender Eheverträge unter Hinweis auf die Unsicherheit des Wertes einer vereinbarten zukünftigen Leibrente und die Loslösung von der Leistungsfähigkeit des Pflichtigen für wenig sinnvoll befunden (Kapitel 3 Rn. 242 ff.). Dem wird man in dieser Allgemeinheit kaum zustimmen können. So kann es gerade nach der Reform des Unterhaltsrechts mit der grundsätzlichen Begrenzung des Unterhalts für die Betreuung eines Kindes auf drei Jahre, dessen Verlängerung nur nach im Vorfeld schwer einschätzbaren Billigkeitserwägungen möglich ist (§ 1570 BGB), zweckmäßig sein, zugunsten des kinderbetreuenden Ehegatten eine verlässliche Ab-

sicherung in Form einer vom Gesetz losgelösten Rentenzahlungspflicht zu vereinbaren. Eine völlige Loslösung von der Leistungsfähigkeit des Pflichtigen muss hiermit nicht zwingend verbunden sein. Vielmehr ist es gerade Aufgabe des Rechtsberaters, auf die individuelle Situation der Ehegatten abgestimmte, geeignete vertragliche Anpassungsmechanismen vorzuschlagen. Die Unsicherheit der Werthaltigkeit lässt sich – wie auch sonst im Kontext zukünftiger Leistungen – durch die Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel bewältigen.

Die Kürze im 3. Kapitel steht im Kontrast zu den teilweise sehr ausführlichen Mustern im vorherigen Kapitel „Beratung im Familienrecht“, wo sich beispielsweise drei verschiedene Muster-Anwaltsschreiben für die Anzeige der Trennung gegenüber dem Ehegatten des Mandanten finden, die sich einzig danach unterscheiden, dass im ersten Fall der Mandant die Trennung durch den Auszug aus der ehelichen Wohnung vollzogen hat, sich im zweiten Fall der Ehegatte des Mandanten zum Zeitpunkt der Trennung nicht zu Hause aufhält, sondern in einer JVA oder einem Pflegeheim untergebracht ist, und sich im dritten Fall der Ehegatte des Mandanten zum Zeitpunkt der Trennung auf einer Auslandsreise befindet.

In einem zehnteiligen Unterkapitel finden sich anschließend knappe Erörterungen zur Anfechtbarkeit und sonstigen Unwirksamkeitsgründen von Eheverträgen, insbesondere zur Rechtsprechung zur Inhalts- und Ausübungskontrolle gemäß §§ 138, 242 BGB. Bei der Beteiligung von Ausländern, die zwar die deutsche Umgangssprache mehr oder weniger fließend beherrschen, aber in Bezug auf die juristische Sprache eines Ehevertrags Verständnisschwierigkeiten haben, wird die vorsorgliche Hinzuziehung eines Dolmetschers empfohlen, um eine spätere Vertragsanfechtung wegen Inhaltsirrtums gemäß § 119 Abs. 1, 1. Alternative BGB zu vermeiden. Konsequenterweise sollte der Notar in diesen Fällen m. E. sogar weitergehend auf die Übersetzung durch einen professionellen und allgemein vereidigten Dolmetscher sowie auf die Beifügung einer schriftlichen Übersetzung zur Niederschrift hinwirken. Denn auch bei der beurkundungsrechtlich möglichen Übersetzung durch einen nicht beruflich als Dolmetscher tätigen Bekannten der Beteiligten besteht die Gefahr eines Inhaltsirrtums in gleichem Maße. Die gemäß § 122 Abs. 1 BGB eintretende Schadensersatzpflicht des Anfechtenden stellt schon aufgrund ihres möglichen und damit streitanfälligen Ausschlusses bei bereits leicht fahrlässigem Nichterkennen des Irrtums durch den Vertragspartner gemäß § 122 Abs. 2 BGB kein ausreichendes Korrektiv dar. Gleichwohl wird der zur Urkundsgewährung verpflichtete Notar die Beurkundung nicht ablehnen können, wenn die Beteiligten aus Kostengründen auf die schriftliche Übersetzung eines professionellen Dolmetschers verzichten.

Kurze Erörterungen zur Rechtswahlmöglichkeit im Internationalen Privatrecht nach Art. 14, 15 und 25 EGBGB sowie zur parallelen Gestaltung der Verträge eingetragener Lebenspartner beschließen das Kapitel.

Allgemein ist positiv anzumerken, dass der Autor es nicht nur bei der rechtlichen Darstellung belässt, sondern auch die „psychologische“ Zweckmäßigkeit man-

cher Regelungen in den Blick nimmt. So rät er davon ab, den Anspruch auf nachehelichen Unterhalt von einer gewissen Mindestdauer der Ehe abhängig zu machen, weil hierdurch auf den potentiell unterhaltspflichtigen Ehegatten kurz vor Ablauf dieser Frist bei vielleicht kriselnder, aber (noch) nicht gescheiterter Ehe ein erheblicher Druck entsteht, die Ehescheidung durchzuführen, weil er sich nur so einer möglicherweise lebenslänglichen Unterhaltspflicht entziehen kann (Kapitel 3 Rn. 239 f.). Leider sind auch einige wenige redaktionelle Fehler vorhanden, deren ärgerlichster sicher ist, dass in Kapitel 3 Rn. 262 noch die inzwischen überholte Gesetzeslage, wonach durch den Ausschluss des Versorgungsausgleichs von Gesetztes wegen Gütertrennung eintrat (§ 1414 Satz 2 BGB a. F.), als *lex lata* dargestellt wird.

Das Buch ist wegen seiner offensichtlichen Ausrichtung auf den einseitig beratenden und auch prozessual tätigen Anwalt als Zielgruppe sicherlich kein unverzichtbarer Bestandteil jeder Notarsbibliothek. Gleichwohl kann es sich als ergänzende Anschaffung lohnen, weil es einmal einen raschen Überblick über die jüngeren Gesetzesnovellen ermöglicht und zum anderen einen interessanten Einblick in die Anwaltperspektive bei Familiensachen bietet.

Notarassessor Dr. Daniel Berresheim, Bonn